

60.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES "ACATLAN"

"FUNCION DE LA CULPABILIDAD;
GARANTIA DEL CIUDADANO FRENTE AL
PODER PUNITIVO"

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

LUIS GUILLERMO CRUZ RICO

ASESOR: LIC. AARON HERNÁNDEZ LÓPEZ

México, D.F. a 16 de febrero de 2000



275579





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.

Agradezco especialmente a mis padres, Rodrigo y Carmen por todo el apoyo y cariño que me han dado a lo largo de mi vida. A mis hermanos Marco Antonio y Rodrigo F., quienes con su ejemplo han hecho mi camino un poco más fácil. A mis abuelos que con su sabiduría y tranquilidad me han enseñado a disfrutar las cosas simples de la vida. Por último pero no menos importante a mi universidad y mis profesores, pues ellos han inculcado en mí la necesidad de luchar para lograr la plena libertad de pensamiento del ser humano y así consumir una convivencia armónica entre los que nos llamamos mexicanos.

INDICE

INDICE...	1
INTRODUCCION	4
EL PODER Y EL ESTADO	6
a) Nocion de Poder.....	6
a 1) Poderio y Coacción material	6
a 2) La creencia en la necesidad de poder	8
a 3) La ideología de la legitimidad.....	8
b) Poder Politico y Poder no Politico.....	9
b1) La unidad de poder.....	10
b.2) Las instituciones políticas, instrucciones del Estado.....	11
c) El poder y el Derecho	14
c 1) La influencia del derecho sobre el poder.....	16
d) El Estado	19
d 1) Noción de Estado.....	20
d.2) Las relaciones entre el Estado y otras comunidades.....	23
d.3) La Soberania del Estado.....	25
EL DERECHO PENAL COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL	29
a) Derecho penal objetivo	31
a 1) Las medidas de seguridad postdelictuales	32
a 2) Las medidas de seguridad predelictuales.....	33
a 3) Las normas penales	35
b) Derecho penal subjetivo.....	41
b.1) Del Estado absoluto al advenimiento del Estado liberal	41

b 2) El Estado intervencionista	44
b.3) El Estado social y democrático de derecho	45
c) Límites al jus punendi	47
c 1) Límites materiales	47
c.2) Límites formales del derecho penal subjetivo	51
LA PENA Y SUS TEORIAS	58
a) El derecho penal y la pena	58
b) Teorias de la pena	60
b 1) Teorias absolutas de la pena	60
b.2) Teorias relativas de la pena	63
CULPABILIDAD COMO	79
GARANTIA DEL CIUDADANO	79
a) TEORIAS SOBRE LA CULPABILIDAD	80
a.1) Teoria psicológica de la culpabilidad	80
a.2) La teoría normativa de la culpabilidad	81
a 3) El normativismo restringido al sujeto	83
b) POSICIONES CRITICAS RESPECTO DE LA CULPABILIDAD	86
b 1) La antigua crítica del positivismo italiano	
(el problema del libre albedrío o del determinismo)	86
b 2) La actual crítica a la culpabilidad	88
b 3) Sustitución del concepto de culpabilidad	89
b 4) Culpabilidad analizada desde los fines de la pena	90
(Criterio extrínseco de determinación)	90
b 5) Criterios intrínsecos de una determinación	
rev. saca de la culpabilidad	92
c) CONCEPTO CRITICO DE CULPABILIDAD	95
EL SUJETO RESPONSABLE	95

CONCLUSIONES	101
PRIMERA	102
SEGUNDA	105
TERCERA.....	106
CUARTA	109
BIBLIOGRAFIA	111
1. nacional.....	111
2 extranjera.....	113

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como finalidad hacer un pequeño análisis de uno de los elementos del delito: la culpabilidad, pero sin la intención de agotar el tema pues por su complejidad y amplitud resultaría imposible abarcarlo en una tesis de licenciatura. Tampoco busco fundamentarlo únicamente bajo el punto de vista dogmático-jurídico penal, sino desde una perspectiva un poco más global, ya que en el mismo se toman en cuenta criterios dados por diversas disciplinas de las ciencias sociales, pero sin hacer un lado la teoría general del delito, que para el caso en particular es indispensable para la comprensión de dicho concepto, mismo que a lo largo de la evolución del derecho punitivo ha sido objeto de innumerables críticas - que serán examinadas las más influyentes en las próximas páginas - pero que hasta la actualidad no han sido suficientemente contundentes para determinar la desaparición de tal elemento del delito.

Por otro lado no pierdo la oportunidad para señalar que este trabajo se encuentra circunscrito en el mundo valorativo, por lo que no trataré de abordar conceptos y temas que se encuentren inmersos en el mundo fáctico, pues si fuese así rebasaría el ámbito de acción de un jurista

Así en el primer capítulo me remonto a la fuente generadora más importante del derecho: el poder, ya que el conjunto de ordenamientos jurídicos es la expresión misma del poder, los que han sido aceptados por los individuos como "buenos, justos y necesarios", pero que en realidad no persiguen su función declarada, es decir, la protección de "el bien común", sino la preservación del "status quo" de una minoría que lo detenta, misma que ha convecino a la generalidad de que su modo de vida es el óptimo y que aquellos que no se encuentren de acuerdo con él son los "desviados", los "anormales", los "renegados" y que por dicha condición son merecedores de un mal o una pena.

De igual manera se aborda la importancia de la "legitimación" de las ideas dictadas por los detentores del poder y su diferencia con el concepto de "legalidad", mismo que no siempre va de la mano con el primero citado. También se hace referencia al Estado, sin caer en su definición tradicional de "conjunto de gobierno, territorio y población", sino como producto de la idea legitimada de poder.

El segundo capítulo lo dedico al derecho penal como instrumento de control social indispensable para la preservación y fortalecimiento de la organización humana mejor estructura: "El Estado". Destacando su *importancia como medio formal para contener y regular la vida* de los individuos, definiendo cuáles son las conductas contrarias a la sociedad y por ende merecedoras de una reacción violenta por parte del órgano estatal. Por otro lado abordo el tema del derecho penal desde sus dos *grandes campos creados para su mejor comprensión y estudio*, es decir el "derecho penal objetivo, o jus poenale " y la potestad punitiva del Estado, en otras palabras el "jus punendi"

En el tercer capítulo hago referencia a la "pena" y a sus teorías más importantes, mismas que han influido a los sistemas penales al rededor del mundo, circunstancia que es necesaria para comprender el papel que ha jugado el concepto de culpabilidad en el desarrollo de la teoría del delito. Así, al hacer una pequeña reseña de las teorías de la pena más influyentes busco encontrar la relación existente entre la imposición de un sistema de penas determinado con su base ideológica, dejando de manifiesto que las funciones y fines de la pena no son los mismos y que son influenciados por el sistema político y económico adoptado por las sociedades occidentales en las distintas etapas de su desarrollo.

El cuarto capítulo lo he dedicado a hacer un análisis del concepto de culpabilidad, desde el origen de su definición, hasta las críticas más severas que pugnan por su desaparición en la teoría del delito. Por ello se abordarán los puntos de vista de los autores más representativos de las corrientes en el derecho penal: Causalismo, Neocausalismo y Finalismo.

Por último, insisto en la importancia de la culpabilidad en el derecho penal, pero no desde un punto de vista abstracto y formalista, sino desde una perspectiva real del sujeto a quien el Estado pretende imponer una pena por haber cometido una conducta descrita por una ley penal como acreedora de una sanción. Asimismo, no trato de concebir el origen de la culpabilidad en el libre albedrío o en el determinismo del ser humano, sino en el límite real y formal de la potestad punitiva del Estado frente al particular, pues si no existiese dicho freno a la actividad sancionadora, el individuo se encontraría aun más en desventaja frente al Estado.

Capítulo I

EL PODER Y EL ESTADO

a) Noción de Poder

Antes que nada debe efectuarse una distinción fundamental entre el poderío material y el poder; el primero reposa solamente en la posibilidad de coacción; el segundo se basa, además, en la creencia del coaccionado de que es legítimo aceptar la coacción.

a.1) Poderío y Coacción material

El poderío es la ley del más fuerte, que puede constreñir materialmente al más débil. El poderío es omnipresente, ya que resulta de la desigualdad de fuerzas. Cuando se habla de "fuerza" y de "coacción material", no es limitativo al ámbito de la política, sino también de la fuerza económica, el encuadramiento colectivo, etc. Tal es el caso en los Estados modernos

donde la policía y el ejército, que son medios organizados de coacción, tienen siempre un papel central como fundamentos del poder político, en tanto éste se basa en el poderío material.

También la fuerza económica está muy próxima a la coacción física. El que puede privar a un hombre de su subsistencia consigue fácilmente que le obedezca. Con lo anterior se constata que el poder económico y el poder político están estrechamente ligados. En general, en las diferentes épocas de la historia, la clase que posee los medios de producción y la riqueza, ejerce la autoridad política y detenta el gobierno. El feudalismo colocaba el Estado en manos de los propietarios de las tierras, en una época en que la tierra era la fuente de riqueza esencial. En el siglo XIX Karl Marx describió al Estado como: "el instrumento de dominación de la burguesía industrial y mercantil"¹, en el momento en que la industria y el comercio constituían la base de la riqueza; las libertades políticas oficialmente reconocidas a todos los ciudadanos eran más formales que reales para aquellos que no tenían los medios económicos de ejercerlas.

Por otro lado Douverger señala que: "...las técnicas de encuadramiento de los hombres en el seno de organizaciones colectivas, conducen a formas más sutiles, más disimuladas, pero más fuertes. La estructura del ejército que mantiene a los soldados en la disciplina, las de ciertas órdenes religiosas o de ciertas sociedades han precedido en este campo a las grandes organizaciones de masas modernas. Al encuadrar a los individuos en sistemas de jerarquía entrecruzadas (partidos políticos, sindicatos, organizaciones recreativas, etc.) al repartir a los miembros de cada organización en grupos de base muy coherentes y reducidos, al colocarlos bajo estrecho control de un círculo interior de jefes cooptados y disciplinados, al someterlos a una formación ideológica rigurosa y profunda, se puede tener un poderío muy constrictivo sobre grandes masas humanas"². Ciertamente, el aspecto ideológico hace que no se trate solamente de un poderío, sino también de creencias que se intentan desarrollar sistemáticamente. No obstante las técnicas de encuadramiento constituyen por sí mismas formas de coacción

En tanto se obedece solamente porque se está coaccionado a hacerlo, por la presión física, la dominación económica o el encuadramiento colectivo, no existe realmente poder. El poder aparece cuando los que obedecen creen, además, que es normal que ellos obedezcan, que esto es bueno, justo, legítimo. Así el poder comprende dos elementos: 1) la coacción material; y 2) la creencia de que la coacción esta bien fundada.

a.2) La creencia en la necesidad de poder.

En principio existe una creencia en la necesidad del poder en general, que la realidad social, tal como es percibida directamente por los hombres, contiene en sí misma la idea de jefe, autoridad, poder, es algo realmente importante. En la sociedad, el poder surge como un fenómeno natural. La idea de que se puede vivir sin jefes parece absurda. La existencia del poder es un dato inmediato de la conciencia del hombre. La educación, evidentemente lo refuerza. Desde la primera infancia, el niño es orientado a plegarse a la voluntad de sus padres, a obedecer sus órdenes; en la sociedad niños-padres, los primeros son los gobernados y los segundos los gobernantes. La escuela después con los profesores, los directores, con su sistema de sanciones y coerción, inculca profundamente el sentido de la autoridad y de la obediencia. A medida de que el niño se desarrolla y cobra conciencia de la sociedad que lo envuelve, el espectáculo de la autoridad establecida y de su carácter universal viene a revelar la enseñanza de sus padres y maestros. Educado por ellos en la práctica de la obediencia se encuentra en todas partes. Situación que ejemplifica Maurice Douverger al sostener que: "La "crisis de originalidad juvenil", en la etapa de la adolescencia, le servirá para descubrir solamente que él es el igual de sus antiguos jefes (padres y maestros), es decir, que obedecerá a los mismos jefes de éstos sin intermediarios"³.

a.3) La ideología de la legitimidad.

Pero si la existencia de un poder al cual se debe obediencia parece tan normal, cada sociedad se forma ideas particulares sobre la naturaleza y modalidades del poder y la obediencia. Tiende a definir a un "poder legítimo"⁴, que rechaza a los otros como ilegítimos, y no son por tanto poderes legítimos, sino solamente poderíos apoyados en la coacción. La noción de legitimidad, es pues, uno de los elementos fundamentales del poder. La legitimidad, no es más que un sistema de creencias. Se puede

definir a la legitimidad como la cualidad que presenta un poder de ser conforme a la imagen de poder que se considera válida en la sociedad. Para aquellos que creen que el poder debe ser ejercido por un monarca de linaje real, el poder es legítimo si se halla en manos del descendiente de los reyes precedentes. Para aquellos que creen que el poder reside en la elección popular, los gobernantes son legítimos si emanan de elecciones libres.

Las ideologías relativas a la legitimidad reflejan más o menos los intereses de aquellos que las desarrollan y que creen en ellas. Dados los conflictos de intereses en una misma sociedad, éstas ideologías son normalmente diferentes. Diversos sistemas de legitimidad se oponen y, por tanto, ningún gobierno puede ser considerado como legítimo por todo el mundo. El poder es legítimo a los ojos de parte de la población. No obstante, estas situaciones son relativamente raras, porque las clases dominantes consiguen generalmente hacer compartir, al menos en parte, su concepción de la legitimidad a las clases que dominan. El concepto de Derecho tiene un importante papel a este respecto.

b) Poder Político y Poder no Político.

Para comprender lo que es poder político puede partirse de la distinción que hacía a principios de siglo, el jurista francés León Duguit, entre los "gobernantes" y los "gobernados". *En todo grupo humano, estimaba él, desde el más pequeño al más grande, existen los que mandan y los que obedecen, los que dan órdenes y los que las atacan, los que toman decisiones y los que las aplican, los primeros son los "gobernantes" y los segundos son los "gobernados"*⁶. Por lo que todo poder es político. Pero existen otros autores que defienden una concepción según la cual, sólo el poder ejercido por los gobernantes del Estado es un poder político; la ciencia política es entonces la ciencia del Estado.

Este conflicto es importante por sus implicaciones ocultas, que es necesario poner de relieve, pero no tiene consecuencias en lo concerniente a las instituciones políticas desde la perspectiva de este trabajo, por lo que por razones prácticas, se trata esencialmente de las instituciones del Estado.

b1) La unidad de poder.

El debate sobre la definición de la ciencia política, (ciencia del poder o ciencia del Estado) disimula una oposición fundamental sobre la naturaleza del Estado y de la sociedad nacional en relación con otras agrupaciones humanas.

Hacer de la ciencia política la ciencia del Estado, aislando el estudio de la sociedad nacional del de las otras sociedades, es sugerir implícitamente que el poder en el Estado y en la sociedad nacional tiene otra naturaleza que en los otros grupos humanos. Esta tendencia se conecta con la teoría nacida con el Estado mismo, a finales de la Edad Media, la de la "soberanía". El Estado sería una especie de sociedad perfecta que no depende de ninguna otra y que domina a las demás: sería así "soberana". Los gobernantes del Estado tendrían por tanto una cualidad particular que los otros jefes de otros grupos humanos no compartirían con ellos; la soberanía. Esta teoría ha aportado a los gobernantes del Estado, en el momento en que éste se convertía en el grupo humano esencial, el carácter sagrado que habían tenido siempre a lo largo de la historia los jefes del grupo más importante: jefes de tribus, gobernantes de las ciudades, etc. anteriores a los gobernantes del Estado. Para fundamentar su autoridad, los gobernantes del grupo esencial -de la sociedad global- hicieron creer en un principio que eran dioses, después, que eran descendientes de un dios, más tarde, elegidos por un dios. El carácter sagrado de su persona se trasladó inmediatamente a sus funciones. La sacralización del Estado es la culminación de esta evolución.

Los que defienden que la ciencia política es igual a la ciencia del poder, tienden, por el contrario, a pensar que el poder existente en el Estado no es diferente por naturaleza al que existe en las otras sociedades humanas, que se distingue únicamente por la perfección de su organización interna o por el grado de obediencia efectiva que consigue. Para ellos, el Estado y la sociedad estatal no son sagrados. Rechazan la teoría de la soberanía y la sacralización del poder. Más exactamente, las consideran como una ideología, como un sistema de creencias, pero no como una realidad material.

No se puede probar que sea más conforme a la realidad afirmar que todos los grupos humanos tienen la misma naturaleza, que el Estado no es soberano ni sagrado y el poder, tal como se ha definido, tiene un carácter

político en todas las sociedades. Pero la unidad de poder es una hipótesis de trabajo más eficiente que la teoría de la soberanía. La superioridad verdadera de la concepción "ciencia política, igual a ciencia del poder", consiste en que es más operativa que la otra: sólo ella permite, en efecto, la verificación de su hipótesis de base. Si se estudia de forma comparativa el poder en todos los grupos humanos, se podrán descubrir las diferencias eventuales de naturaleza entre el poder en el Estado y el poder en otros grupos. Por el contrario, si se estudia al poder en el marco único del Estado, se impide la comparación con el poder en los otros grupos humanos y, con ello constatar que la diferencia de la naturaleza que se ha afirmado *a priori*, quizá no exista en los hechos.

b.2) Las instituciones políticas, instituciones del Estado.

Generalmente para la sociología, la unidad de poder es una hipótesis de trabajo necesaria, por tal circunstancia Durkheim estima que: "...se debe estudiar, pues, el poder en todos los grupos humanos de forma comparativa. Pero no se puede estudiar todo a la vez. Afirmar la unidad del poder no impide describir separadamente sus formas en tal o cual sociedad: el poder en el Estado, el poder en la empresa, el poder en las asociaciones y en las organizaciones, el poder en la familia, etc. La enseñanza de las instituciones políticas corresponde al estudio del poder del Estado...".

El conflicto sobre la definición de la ciencia o sociología política (ciencia del Estado o ciencia del poder), no existe aquí. Todo el mundo admite que el término "instituciones políticas", designa esencialmente las instituciones políticas del Estado.

En el lenguaje común (e incluso en el de los especialistas), la voz "política", tiene dos sentidos. En un sentido amplio, se define por el poder, es decir, por un poder material legitimado por un sistema de creencias: todo el poder es entonces político. En un sentido más restringido, la política es, "Lo que se relaciona con los asuntos públicos" (Lettré), o "el conocimiento de todo lo que tiene relación con el arte de Gobernar un Estado y dirigir sus relaciones con los otros Estados" (Robert). Cuando se habla de ciencia política o de sociología política, la voz "política", se toma en el primer sentido, cuando se habla de instituciones políticas, se toma el segundo.

Las diferentes instituciones políticas engloban en primer lugar a las instituciones oficiales del Estado: Gobierno, etc. Pero se extiende también a instituciones concernientes a otros grupos humanos, porque éstas se influyen en el funcionamiento de las instituciones del Estado. Tal es el caso de los partidos políticos, que sirven para hacer funcionar las instituciones estatales, pero que son también comunidades humanas distintas, que tienen sus propios "gobernantes", razón por la cual es necesaria la observación, la inferencia entre éstos grupos y los gobernantes del Estado, a desbordar el dominio de la política en sentido restringido.

Finalmente, es necesario situar las instituciones políticas en el contexto general de la sociedad, lo que conduce necesariamente a estudiar los poderes económicos, los poderes religiosos, los poderes profesionales, etc., en sus relaciones con los gobernantes del Estado.

*Al respecto Douverger considera que: "... desde que los hombres reflexionan sobre la política, oscilan entre dos interpretaciones diametralmente opuestas. Para unos, la política es esencialmente una lucha, un combate: el poder permite a los individuos y a los grupos que lo poseen asegurar su dominación sobre la sociedad y aprovecharse de ello; los otros grupos y los individuos se revuelven contra esta dominación y explotación e intentan resistirlas y destruirlas. Para los otros, la política es un esfuerzo de para hacer reinar el orden y la justicia; el poder asegura el interés general y el bien común en contra de la presión de las reivindicaciones particulares. Para los primeros, la política sirve para mantener los privilegios de una minoría sobre la mayoría. Para los segundos, es un medio de realizar la integración de todos los individuos en la comunidad y su convivir en armonía y orden."*⁷.

La adhesión a una u otra postura está determinada por la situación social. Los individuos y las clases oprimidos, insatisfechos, pobres, no pueden considerar que el poder asegure un orden real, sino solamente un espejismo de éste, detrás del cual se enmascara la dominación de los privilegiados: para ellos la política es lucha. Los individuos y las clases poseedoras, ricas, satisfechas, encuentran que la sociedad es armoniosa y que el poder mantiene un poder auténtico, para ellos, la política es integración. En la mayoría de los Estados occidentales, los segundos han logrado persuadir más o menos a los primeros de que las luchas políticas son sucias, malsanas, deshonestas, que sus participantes sólo persiguen intereses egoístas, con modelos dudosos. Al desmoralizar así a sus adversarios, se aseguran una gran ventaja. Toda "despolitización" favorece al orden establecido, la inmovilidad, al conservadurismo.

Pero cada una de estas dos actitudes expresa únicamente una parte de la

realidad. Ni los conservadores más optimistas pueden negar que, a pesar de que la política tenga como objetivo realizar la integración social, raramente lo consigue de una forma satisfactoria. En definitiva, la esencia misma de la política, su naturaleza propia y su verdadero significado es, siempre y en cualquier parte, ambivalente. La imagen de Jano, el dios de doble cara, es la representación del poder; expresa la realidad política más profunda.

Los gobernantes intentan desarrollar la creencia de su legitimidad por medio de la propaganda. Althusser define a la propaganda como: "...el esfuerzo hecho por un gobierno para persuadir a sus gobernados de que deben obedecerle..."⁸. Pero cuando el gobierno persuade a sus súbditos para que obedezcan por el medio que les inspira, se trata más de coacción que de propaganda. *La frontera que les separa, es no obstante, indecisa.* "Mostrar su fuerza para no tener que usarla": esta fórmula de Lyautey es ya propaganda. Cuando se muestra (o se finge mostrar) una fuerza que no tiene, se trata de propaganda pura y simple. Hacer creer por la fuerza, por la violencia, por el terror, sin ejercerlos materialmente es una de las formas de la propaganda, y no la menos importante. Muchos gobiernos hacen suya la frase célebre "Que se me odie, con tal de que se me tema".

Pero los gobernantes quieren también que se les ame. Intentan desarrollar en la conciencia de los ciudadanos la veneración o la adoración, fundada en la superioridad natural o sobrenatural. *Recogen así de la propaganda todos los métodos empleados por los gobernantes para desarrollar su prestigio (creencia en su investidura, en su infabilidad; esplendor de las costumbres, etiqueta, etc.).* "Pero la propaganda propiamente dicha sirve sobre todo para persuadir a los gobernados de que su gobierno es el mejor posible, que viven felices gracias a él, más felices que bajo cualquier otro Gobierno, porque hace reinar la justicia, la abundancia, la igualdad, la libertad, etc."⁹

La propaganda varía mucho según el régimen político. En los Estados democráticos occidentales generalmente está menos desarrollada, que en los países de estructura autoritaria: la presencia de una oposición, de una crítica a los gobernantes, dificulta su desarrollo; el carácter bastante evolucionado de la opinión pública, obliga por otra parte a precauciones y matices, pero finalmente la propaganda es una fuente importante de poder en los Estados modernos.

c) El poder y el Derecho

En las sociedades modernas, el derecho es uno de los instrumentos esenciales de poder. No toda la actividad del poder se desarrolla dentro del marco del derecho y un análisis puramente *jurídico de las instituciones políticas* proporcionaría una visión parcial. Pero una gran parte de la actividad del poder se realiza a través del derecho. Las Constituciones, los códigos, las leyes secundarias, los reglamentos, las sentencias de los tribunales, etc. son procedimientos de acción fundamentales del poder. En ellos se fundan sus dos elementos: el elemento coacción y el elemento legitimidad.

Toda sociedad reposa sobre cierto número de modelos de relaciones humanas, que inspiran más o menos las relaciones concretas de sus miembros: por ejemplo, circular por la derecha, saludar a los vecinos, ayudar a una persona de edad avanzada, respetar la persona y el bien del otro. Las *instituciones* no son otra cosa que un conjunto de reglas relativas a un mismo ámbito o a un mismo objeto. Estas reglas son más o menos respetadas en la práctica, ya que el sujeto no está obligado a hacerlo por una determinación material (así se distinguen las "reglas" o "normas" y las "leyes", en el sentido científico de la palabra, que son determinantes (v.g. la ley de la gravedad).

Es así de que el hombre inmerso en un grupo social tiende a obedecer las reglas por dos elementos, que corresponden, poco más o menos a los dos elementos que constituyen el poder: la coacción y las creencias. El primer elemento está constituido por la amenaza de sanciones. El que no se doblega ante una regla y actúa en sentido contrario, se arriesga a sufrir un castigo que puede constituir una desaprobación social difusa (burla, vacío social, etc.) o en una sanción organizada (condena al pago de una multa, a prisión, etc.).

También la obediencia se encuentra sustentada por el valor que se le concede a la regla misma. Dar un valor a un acto es clasificarlo en las categorías del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, de lo conveniente o lo inconveniente. Todas las sociedades humanas tienen así su sistema de valores: es decir, clasifican los actos humanos en las categorías en cuestión en una forma que les es propia. La definición de la legitimidad del poder reposa en un sistema valorativo. Los sistemas de valores sirven para

justificar las normas de conductas propuestas como modelos a los miembros de la sociedad. En la medida de que los individuos creen en el sistema de valores de la sociedad en que viven, obedecen sus reglas porque las consideran buenas. El sentimiento del deber moral es así la otra base de obediencia a las reglas.

Parece que en las sociedades primitivas las reglas sociales formaban un todo indiferenciado. En particular los sistemas de valores y las sanciones tenían siempre una fuente dominante mágico-religiosa. Progresivamente, los sistemas de valores se diferenciaron y se distinguieron tres grandes categorías de las reglas sociales: las reglas morales y las reglas religiosas, las reglas jurídicas y los usos sociales. Muchas reglas pertenecen a dos o más categorías a la vez, o incluso a las tres; es a la vez contrario a la moral, al derecho y a la decencia privar de la vida a otro.

La distinción de los tipos de reglas, reside sobre la distinción del sistema de valores que las fundamenta. Las reglas de derecho están fundadas en la distinción entre lo justo y lo injusto, las reglas de la moral en la distinción del bien y del mal, los usos sociales en la distinción de lo decente y lo indecente. La distinción reposa en segundo lugar en el modo de sanción. Las reglas de derecho son reglas sociales cuya violación, es reprimida por la autoridad pública mediante una sanción organizada por ella. (represión administrativa o penal). La violación de los usos sociales está sólo sancionada por una reprobación difusa y no organizada: la burla, el desdén, etc. La violación de las reglas religiosas y/o morales está sancionada por un sentimiento particular e interior del transgresor. En ninguna de los dos últimos casos interviene el Estado. Si interviene es porque hace del uso social o la regla moral una regla de derecho.

En tercer lugar la distinción también se da -pero sólo parcialmente- en el modo de elaboración de las reglas. En un principio las reglas de derecho eran, como todas las reglas sociales, elaboradas por el mismo grupo, de una forma difusa y no organizada: por la costumbre, por la tradición, por el uso, o aún por las convenciones concluidas entre los miembros del grupo. Ciertas reglas de derecho siguen siendo establecidas por alguno de estos procedimientos: existe un derecho consuetudinario y un derecho convencional. Para éstas, el carácter de reglas de derecho resulta solamente (aparte del sistema de valor que las fundamenta) del hecho de que la autoridad pública castiga su violación con sanciones organizadas. Pero la mayoría de las reglas de derecho son establecidas por la autoridad pública misma, bajo la forma de Constituciones, Leyes, Códigos, Reglamentos, etc. Para éstas el carácter de reglas de derecho resulta así

de su modo de elaboración, es decir, el hecho de que son dictadas por la autoridad pública.

c.1) La influencia del derecho sobre el poder

El derecho es un elemento del poder, un medio de acción del poder, una forma del poder. Lo organiza, lo institucionaliza y legitima. Pero no obstante, comporta elementos de garantía en contra del poder

Fijar las reglas de conducta obligatorias para todos los individuos, establecer sanciones para el caso de violación a estas reglas y aplicar eventualmente éstas sanciones, tales son las diversas formas de la actividad del poder en los Estados modernos. Así el poder se organiza alrededor de la actividad jurídica. En los grupos sociales en que la noción del derecho aún no se ha elaborado, en el conjunto de las reglas sociales sigue confuso, en que todo es a la vez uso y moral, en que las reglas jurídicas no están diferenciadas, el poder es débil.

El desarrollo del derecho y del poder marchan casi al mismo paso, porque el derecho da al poder sus órganos, asegura la diferenciación progresiva y perfeccionamiento de éstos. El derecho da sobre todo al poder el carácter permanente que supera la vida de los gobernantes, es elemento esencial de la "institucionalización" del poder. En vez de obedecer a un hombre, a un individuo, se obedece a una "institución"; es el carácter de titular de una función (rey, general, presidente), lo que fundamenta la obediencia, no la personalidad de quien lo ejerce; éste es el "poder institucionalizado". Las Constituciones, Códigos, las Leyes, etc., forman lo esencial del poder "institucionalizado"; al inscribir en los textos jurídicos los órganos del poder y su estructura, o al crear las instituciones, se desvía sobre ellos la *obediencia primeramente debida a los jefes individuales*. Pero no todas las instituciones del poder son jurídicas. por ejemplo los grupos de presión, la prensa, etc., que tienen un papel muy importante. A pesar de ello, las instituciones esenciales, las más numerosas, y las más obedecidas con mayor facilidad, son las instituciones jurídicas.

Los procedimientos jurídicos, que dan al poder el carácter institucional le permiten así legitimarse ante los ojos de los ciudadanos. Cuando un

usurpador llega al gobierno por un golpe de fuerza, hace lo posible para enmarcarlo detrás de un camuflaje de procedimientos regulares; por ejemplo se hace investir por un voto parlamentario, en las condiciones previstas por el derecho existente.

Indudablemente, es necesario distinguir entre legalidad y la legitimidad. La legalidad de poder consiste en su conformidad con el derecho positivo existente. La legitimidad del poder consiste en su conformidad con las teorías del poder aceptadas en la época, en el sistema de valores de la sociedad. Pero, normalmente, a los ojos del ciudadano, la legalidad es el signo de la legitimidad. La legalidad del poder comporta pues, su legitimación. Solamente en el caso de que la legalización sea imposible, el usurpador apela directamente a las teorías de la legitimidad; "saliendo de la legalidad para entrar al derecho", tomando esta última voz en el sentido del "derecho natural" y de "legitimidad".

A pesar de todo, el desarrollo del derecho ha dado algunas garantías a los individuos contra el poder. En cierta medida, se ha traducido en una disminución de la arbitrariedad. El desarrollo del derecho positivo ha suprimido "el acto del príncipe". El poder se ha encontrado limitado por las reglas que él mismo ha puesto. En vez de ser libre para lanzarse a todas las fantasías, está ligado por principios estables. Puede cambiar estos principios, indudablemente; pero esto no siempre es fácil. Cuando la autoridad no puede establecer ninguna regla de derecho, cuando está totalmente sometida a las costumbres y los usos, no hay lugar al cambio arbitrario. "El Estado despótico, tal y como era descrito en el siglo XIX, caracteriza la primera fase del establecimiento del derecho por el poder." El respeto a la legalidad se ha convertido así en un elemento muy importante de la protección de los ciudadanos en contra de los abusos de la autoridad.

La noción del derecho desarrollada en el texto es la del derecho positivo: como el conjunto de reglas de conducta vigentes y eficaces que son sancionadas por la autoridad. Pero algunos estudiosos han afirmado que existe un derecho superior a los gobernantes, al que éstos deberían obedecer: el derecho natural. En caso de conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural, los ciudadanos habrían de aplicar el segundo, no el primero. Así Antígona invoca en contra del rey Cerón, en la tragedia de Sófocles, "los derechos divinos, no escritos, inmutables, eternos". El derecho natural es una noción moral. Corresponde a la idea de que existe un sistema de valores de moral social como a todas las sociedades humanas, que correspondería a una cierta "naturaleza" del hombre.

La concepción del derecho natural tiene una gran importancia práctica. La creencia de que el derecho positivo no expresa solamente la voluntad de los gobernantes, sino que debe traducir el derecho natural, está muy extendida especialmente en las sociedades occidentales. Tiende a desarrollar el espíritu de resistencia al poder, pero no obstante tiende a reforzar de cierta manera el poder.

Los teóricos del derecho natural son oponentes: Antígona se enfrenta a Cerón; Santo Tomás de Aquino y los teólogos de la Edad Media, a las monarquías que se constituyen sobre las ruinas del Feudalismo; los filósofos del siglo XVIII, al absolutismo del Antiguo Régimen. En la actualidad, la mayoría de quienes invocan al derecho natural lo hacen para criticar leyes establecidas.

Este vínculo entre el derecho natural y la oposición está conforme con la naturaleza misma de la doctrina. Al afirmar la dualidad esencial del derecho natural y el derecho positivo, y la subordinación del segundo al primero, sienta un principio fundamental de debilitamiento del poder. Esto equivale a decir que el poder no puede hacerlo todo, que la autoridad está limitada. Negar el derecho natural, afirmar que el derecho positivo es el único válido, es reconocer un carácter absoluto a la autoridad.

La doctrina del derecho natural va más lejos aún. Al afirmar la "trascendencia del derecho", es decir, al pretender que existe un derecho superior al Estado, del cual el derecho positivo ha de ser la traducción, quita al Estado, en realidad, el poder de crear el derecho; solamente puede expresar el derecho natural, precisarlo, completarlo. Las reglas fundamentales que regulan la vida social se escapan. Al negar al derecho natural, por el contrario, se llega a la teoría de "inminencia del derecho", según la cual el derecho no es más que lo que el Estado ha decidido; el derecho se convierte, pues, en un instrumento del Estado, que refuerza su poder.

Pero el derecho natural ha servido de cierta manera para reforzar al poder. En primer lugar porque los opositores no han tenido el monopolio del derecho natural, los gobernantes lo han invocado para obtener más fácilmente la obediencia. Cuando han afirmado que sus prescripciones positivas no eran más que la traducción de principios morales superiores y la aplicación de la justicia y, cuando han logrado persuadir a los

gobernados de la verdad de esta afirmación, su poder ha hallado un fundamento más sólido que nunca.

Por otra parte, el concepto mismo de derecho natural ha provocado lo que podría llamarse una "sacralización" del derecho, de la que se han valido el derecho positivo y el poder, pero también surge la confusión, que ha contribuido a conferir al derecho positivo con carácter casi sagrado, el no distinguir siempre en sus análisis los hechos concretos y las consideraciones éticas; por lo que se contribuye a revestir a las autoridades de un prestigio moral. Todos los análisis del Estado considerado como "el ordenador del Bien común" - que expresan en realidad una noción de *derecho natural*- han ayudado poderosamente a forjar una imagen idealizada del poder, que hace aceptar mejor sus decisiones por los ciudadanos. Las doctrinas del derecho natural han servido históricamente como "relevo" a las concepciones primitivas sobre el carácter mágico y sagrado de los reyes y jefes.

También se ha acentuado esta tendencia, dando motivos nobles y racionales a leyes cuyos móviles verdaderos eran menos confesables; muchos comentarios sobre "la intención del legislador" tienen un tinte cómico involuntario. En este sentido la teoría marxista del Estado, que lo considera un instrumento de dominación de la clase explotadora (burguesía) sobre la clase explotada (proletariado) tiene el mérito de despojar al poder político de este carácter sagrado. Aunque también es cierto que los comunistas resacralizan de hecho al Estado, cuando es revolucionario y está en manos del proletariado. Pero no obstante, se niegan a atribuirle un valor absoluto y le reconocen solamente una función transitoria (teoría de la extinción del Estado).

d) El Estado

El fenómeno del poder se manifiesta en todas las agrupaciones humanas: la autoridad del padre en la familia, del secretario del sindicato, del presidente de una asociación, etc. Los diversos grupos, por otra parte, no están aislados unos de los otros; se ligan entre sí con vínculos complejos. Existe entre ellos una cierta subordinación, que hace que las autoridades de uno dispongan prerrogativas respecto a los otros. El poder no está pues, compartimentado de una forma hermética entre los grupos sociales.

Entre estos grupos, uno representa en la actualidad una importancia particular: el Estado, por lo que resulta necesario precisar la noción de

Indudablemente, se encuentran rasgos de organización análoga en muchas otras agrupaciones humanas. En la mayoría de las asociaciones, partidos políticos, sindicatos, los congresos ocupan el lugar del legislador, los comités ejecutivos apoyados por funcionarios desempeñan funciones de administrador, las comisiones de conflictos ejercen una actividad parecida a la de los tribunales. Pero dichas organizaciones son mucho más rudimentarias, sumarias y menos acabadas que la del Estado.

En el Estado se encuentra un sistema de sanciones más complejo que en los otros sectores, que permiten a los gobernantes hacerse obedecer por los miembros de la comunidad: tal es el caso de la organización policiaca, encargada de vigilar la aplicación de las leyes, de averiguar y detener a aquellos que las violan; la organización judicial, encargada de pronunciar sanciones a los culpables después de un periodo complejo de instrucción, en el que los acusados se benefician de garantías; la organización penitenciaria, encargada de aplicar las penas pronunciadas por los tribunales (multas, prisión, trabajos forzados, pena capital). Pueden también encontrarse instituciones parecidas en las otras comunidades humanas, pero nunca éstas instituciones están tan acabadas y/o desarrolladas.

El Estado, finalmente, dispone de mayor fuerza material para hacer ejecutar sus decisiones. Al ser el único o casi único que posee policías y ejércitos modernos, el Estado no encuentra frente a él ninguna comunidad que pueda oponerle una fuerza material equivalente. En caso de conflicto violento tiene la última palabra. Puede verse que, de hecho, a lo largo de la historia, el marco esencial del poder ha sido siempre un grupo social que disponía de la mayor fuerza material: la dispersión de la fuerza armada en la forma de milicias señoriales, engendró la dispersión de la soberanía en el régimen feudal; el desarrollo de los ejércitos permanentes es lo que ha engendrado los Estados soberanos. Para que una comunidad internacional superior a los Estados pueda tomar cuerpo y llegar a convertirse en el marco esencial del poder sería necesario que se constituyese una fuerza armada internacional más poderosa que la de los Estados.

Entre las agrupaciones humanas, la comunidad nacional es hoy la más fuerte, aquella en que los lazos de solidaridad son más intensos. Esto significa que en caso de conflicto entre las solidaridades de diversos grupos, la solidaridad nacional priva. Es típico que se considere como "un deber", como "el bien", sacrificar a la patria los lazos de sangre o de sentimiento: es la afirmación del valor supremo de las solidaridades

nacionales. El hecho de que la comunidad de religión no impida las guerras entre las naciones, en la época contemporánea, ilustra bien, por otra parte, la superioridad de la solidaridad nacional sobre la solidaridad religiosa. Así podrían multiplicarse ejemplos parecidos.

Individualmente, ciertos sujetos no siguen estas tendencias generales: algunos soldados traicionan por amor o solidaridad familiar, algunos ciudadanos se niegan a pelear por su país en nombre de ideales religiosos o pacifistas. Para éstos las solidaridades nacionales son menos *importantes que las solidaridades de otro tipo, pero estadísticamente hablando, son excepciones*. Para la gran masa de gente, las solidaridades nacionales privan sobre las otras. En tanto subsista esta situación, la supresión de las soberanías nacionales será imposible.

La fuerza de las solidaridades nacionales es fundamentalmente un fenómeno de creencias. Los elementos materiales (comunidad de raza, de lengua, de religión, de territorio, etc.) tienen evidentemente su importancia, pero no son esenciales. Países de diversas razas, de diversas lenguas, de diversas religiones pueden tener una solidaridad nacional muy fuerte (tal es el caso de Suiza), incluso países con territorio dividido (como Pakistán). Lo importante no es el elemento material en sí, sino el sistema de valores que engendra.

La raza, la lengua, la religión no funda a la nación, sino la idea de raza, lengua o de religión. En Alemania, por ejemplo, las teorías racistas tuvieron gran influencia en el desarrollo del nacionalsocialismo. El hecho de que sean científicamente falsas (no existe raza pura en el mundo y la noción de raza aria no puede ser tomada en serio) no influye en la realidad. Es el mito de la raza lo importante. Observaciones análogas podrán hacerse con relación al territorio, cuya influencia es considerable en el desarrollo de la solidaridad nacional. Ni la noción de "espacio vital", ni la de "fronteras naturales" corresponden a una realidad material. Pero la idea que se hacen los hombres del espacio vital y las fronteras naturales tienen una gran importancia en el desarrollo de la solidaridad nacional.

Entre todos los factores de la comunidad nacional, parece que la historia tiene en definitiva un papel esencial. Y aquí tampoco se trata de una historia objetiva y científica. Cada pueblo se forja su imagen de su pasado más o menos legendaria que tiende a justificar sus actitudes y reivindicaciones. La enseñanza de la historia en todos los países es de hecho, una educación del patriotismo, un medio de desarrollar los

sentimientos nacionales en las nuevas generaciones. A través de ella los ciudadanos de una nación llaman conciencia de las diferencias (verdaderas o falsas; lo importante es que sean creídas) que les distingue de los ciudadanos de otras naciones. Así se construyen estereotipos nacionales, a los cuales los individuos tienden más o menos a parecerse.

Desde estas imágenes pseudohistóricas, cada nación tiende a desglosar la idea de una "misión" que le corresponderá en el mundo y que define de una forma vaga pero luminosa el destino futuro que quiere cumplir. Esta *misión es concebida de forma diferente según las épocas y los regímenes políticos*. El "pangermanismo" del Imperio alemán y la dictadura nazi han sido Repúblicas de Weimar y Bonn. La imagen de una "Francia, patria de los derechos del hombre y de la libertad", extendida por los liberales del siglo XIX, era rechazada por los conservadores. "Los Estado Unidos de América "guardianes de la democracia en el mundo", marcan una evolución profunda respecto del aislacionismo. Igualmente varían los "enemigos ancestrales", es decir, los adversarios esenciales que quieren destruir la nación y contra los cuales ésta ha de afirmarse y luchar. El odio contra "el otro" es un poderoso factor de solidaridad nacional. "El otro" varía según las circunstancias y las necesidades al ser utilizado el sentimiento nacional por los gobernantes para popularizar la política que deseen seguir.

d.2) Las relaciones entre el Estado y otras comunidades.

El hecho de que el Estado sea la comunidad humana mejor organizada y más sólida le confiere una cierta supremacía de facto sobre las otras comunidades. Esta supremacía, es a pesar de todo, limitada y el desarrollo del federalismo tiende a limitarla aún más. Dicha supremacía no debe confundirse con la teoría de la soberanía del Estado, que es totalmente distinta.

La supremacía del Estado es un hecho material: el hecho de que el Estado es el grupo social mejor organizado y más solidario, esto comporta unas consecuencias muy importantes en las relaciones entre el Estado y los otros grupos sociales. En las comunidades situadas en el interior del Estado -familias, asociaciones, sindicatos, etc.- se aprecia una tendencia a la absorción de la autoridad de sus jefes por la autoridad de los gobernantes del Estado. El Estado da en primer lugar a estas

comunidades un estatuto jurídico; éstas no disponen como él del derecho de establecer por sí mismas sus instituciones fundamentales, su Constitución. Que les cree en su totalidad o que se limite a reconocer su existencia tiene poca importancia; En ambos casos se traza los límites de su autonomía con relación al Estado y define sus órganos esenciales así como los poderes de éstos. Además interviene en grados diversos en su funcionamiento. Las diversas formas de tutela o de control de los municipios dan una idea bastante precisa de esta participación de las autoridades estatales en la dirección de las comunidades inferiores, es más o menos intensa, pero siempre existe.

Finalmente, el Estado presta a estas comunidades inferiores un apoyo de sus órganos, se produce en éstos lo que Goerge Scelle han llamado un "desdoblamiento funcional": lo gobernantes del Estado actúan parcialmente como gobernantes de las otras comunidades, por ejemplo cuando los funcionarios estatales perciben impuestos en provecho de los municipios, se desempeñan la "función de funcionarios municipales". Hay una de esas formas de desdoblamiento funcional que es particularmente importante: el empleo de la fuerza material del Estado como "brazo secular" de los otros grupos, porque éstos no disponen por sí mismos de una fuerza material suficiente.

Las comunidades más grandes que el Estado -las comunidades internacionales- siguen siendo muy débiles, a pesar de los esfuerzos desplegados desde hace más de cincuenta años con la Sociedad de Naciones y la Organización de las Naciones Unidas. Sus órganos gubernamentales son insuficientes e incompletos y, sobre todo, su autoridad es débil. El "desdoblamiento funcional" actúa en una amplia escala; muchos intereses de la comunidad internacional los dirige directamente cada Estado en su territorio (una gran parte del derecho internacional privado se halla en esa situación). En segundo lugar, la mayoría de los órganos llamados internacionales están compuestos por delegados de los gobernantes de los Estados que por la existencia de verdaderos gobernantes internacionales. La regla de la unanimidad en las decisiones y la existencia de un derecho de veto traducen muy bien esta situación.

Incluso existen verdaderos órganos "supranacionales", es decir auténticos gobernantes de la comunidad internacional, independientes de los gobiernos nacionales, la situación no sufre demasiada variación, ya que los Estados siguen decidiendo la ejecución o no de sus decisiones, al no existir una fuerza pública internacional y, sobre todo, una solidaridad suficientemente sentida por los miembros de la comunidad internacional.

No obstante la violación por un Estado de un compromiso suscita una reacción de la opinión, lo que manifiesta un cierto desarrollo de la solidaridad internacional. El estado de la comunidad internacional deriva de los Estados, quienes le dan por medio de tratados su constitución. La comunidad internacional sigue siendo más bien una agrupación de Estados que una comunidad de hombres.

Existen algunas agrupaciones humanas, bastante raras, que no son ni mayores, ni menores que los Estados, que no se sitúan ni por de bajo, ni por encima de él en una jerarquía de los grupos, sino en su mismo nivel; si se considera a los Estados como agrupaciones verticales, éstas serían agrupaciones horizontales. Citando a título de ejemplo: la Iglesia católica, la Asociaciones Científicas o técnicas internacionales, las federaciones sindicales internacionales, etc.

La mayor parte tienen una débil importancia y un papel muy reducido, excepcionalmente, algunas disponen de una organización gubernamental muy compleja y perfeccionada, y se basan al mismo tiempo en una solidaridad muy profundamente sentida por sus miembros, por ejemplo la Iglesia católica o lo que fue la Internacional comunista. Frente a éstas comunidades rivales, el Estado inicia una lucha ordinaria bastante viva. En algunas ocasiones logra dominarlas y plegarlas a su directiva. Se convierten entonces en un instrumento de su política. Si no lo consigue intenta perseguirlos y prohibir sus actividades en su territorio (persecuciones religiosas en ciertos Estados, persecuciones comunistas en otros). Solamente en el caso de que no sea posible hacer otra cosa, el Estado acepta tratar con ellas en un plan de relativa igualdad.

d.3) La Soberanía del Estado

Esta teoría trata de justificar la supremacía del Estado al concederle un carácter absoluto, y constituirse como su valor fundamental. Pero para comprender mejor tal postura es necesario hacer una distinción previa: la soberanía en el Estado y la soberanía del Estado. La soberanía en el Estado concierne a la jerarquía entre las autoridades públicas: es "soberana" la autoridad colocada en la cúspide de ésta jerarquía. La autoridad soberana no depende de ninguna otra, sino que, por el contrario todas las demás dependen de ella. El problema de la soberanía en el Estado, es el problema esencial de la teoría del poder. Las autoridades subordinadas derivan su derecho de gobernar de la autoridad soberana;

pero ¿de quién deriva ésta su autoridad? Las ideologías relativas a la legitimidad del poder derivan solamente del poder soberano; únicamente de él debe ser justificado, los otros poderes se justifican por remisión. Por esto las diversas teorías de la soberanía; teoría de la soberanía real, teoría de la soberanía nacional, etc.

Pero aquí únicamente me referiré al segundo aspecto de la soberanía: la soberanía del Estado. Ésta ni afecta a la jerarquía de los órganos gubernamentales en el interior del Estado, sino al lugar del mismo Estado en la jerarquía de los grupos humanos. Decir que el Estado es soberano es decir que los otros grupos humanos le están subordinados y que él no está a ninguno otro superior. La soberanía del Estado traduce, en el plano teónico y jurídico, el hecho de la supremacía material.

Las dos nociones difieren en los puntos siguientes: 1. la supremacía es relativa y limitada (el Estado no siempre es el grupo mejor organizado y más solidario en realidad); por el contrario, la soberanía es una noción absoluta; 2. la supremacía no es más que un aspecto del Estado, el cual no se define por ella, por el contrario, la soberanía es la forma que le da el ser al Estado, es decir es el criterio mismo del Estado; un Estado que no es soberano, no es Estado; 3. La supremacía es una noción de hecho, sin juicio de valor; la soberanía es el elemento de un sistema de valores en que la supremacía de Estado es considerada como buena; así la teoría de la soberanía es una justificación de supremacía.

La doctrina de la soberanía y el Estado moderno se desarrollan al mismo tiempo. Fue elaborada en Francia a finales de la Edad Media, en el curso de la lucha de la monarquía en contra el Imperio y el Papado al mismo tiempo que contra los feudales: Fueron los antiguos juristas franceses los que hicieron de la soberanía una cualidad esencial del Estado, inherente a su naturaleza. Es fácilmente comprensible el significado político de esta teoría; ayudar al rey de Francia a reafirmar su autoridad frente al Papa, al emperador, a los señores feudales. Con el triunfo del Estado-nación, la teoría de la soberanía se generalizó y se convirtió en la base de las concepciones jurídicas relativas al Estado.

La concepción clásica de soberanía llevaba a negar la existencia de toda autoridad superior a la del Estado. El derecho internacional sólo podía basarse, por tanto, en los acuerdos libremente discutidos entre los Estados soberanos; sólo podía ser un derecho contractual. Hasta 1914 predominó esta concepción del derecho internacional. En el interior de Estado, por otra

parte, ninguna comunidad, ninguna agrupación podía oponérsele. El "self-government" local sólo podía basarse, por tanto, en la tolerancia del Estado, siempre revocable; así la teoría de la soberanía conducía a la centralización.

La supremacía del Estado es un hecho relativamente reciente en la historia. Se desarrolló a partir del siglo XVI, con el crecimiento del Estado-nación. En la Edad Media, los señoríos y la Iglesia constituían los grupos sociales mejor organizados y más solidarios: En la Antigüedad, las Ciudades ocupaban generalmente esta situación, y algunos Imperios. En las civilizaciones primitivas, el grupo supremo era generalmente la tribu.

La supremacía del Estado nunca ha sido absoluta, por lo que la misma se bate hoy en retirada ante el desarrollo de solidaridades internacionales, que tienden hacer pasar la era de los Estados a la era de las federaciones. En cierta manera, el Estado se desvaloriza, de aquí el desarrollo contemporáneo de una teoría antítesis de la teoría de la soberanía del Estado; la teoría federalista, revestida de diversas formas.

El federalismo tiene en principio a conferir el máximo de autonomía, en el interior del Estado, a las comunidades locales más reducidas. Se trata entonces de la presencia de un federalismo interno. Cuando esta autonomía es limitada, se habla de descentralización, pero cuando crea verdaderos Estados autónomos en el interior del Estado nacional, se habla de federalismo propiamente dicho; esto afecta solamente a las grandes subdivisiones del Estado, es decir, a las regiones o provincias; para las pequeñas subdivisiones de tipo municipal, no se puede rebasar el nivel de descentralización. El Estado federal es así un "Estado de Estados", si se puede llamar así, en que las provincias tienen un parlamento y un Gobierno autónomos, México, Estados Unidos, Suiza, entre otros, han adoptado desde hace gran tiempo la estructura federal.

Por otro lado el federalismo internacional no afecta a la organización interior de los Estados, sino a la relación de los Estados entre sí; tiende a reagrupar a los Estados-naciones como comunidades más amplias, e incluso en una sola comunidad mundial. Debe hacerse al respecto una distinción fundamental entre federalismo auténtico y un simple sistema de alianza estable. La oposición tradicional de la "federación" y la "confederación" es fundamental en este caso. Las autoridades situadas al frente de una federación tienen un verdadero poder gubernamental sobre los Estados miembros; la federación constituye un "super-Estado", en comparación de los Estados miembros. Por el contrario, al frente de una

confederación existen solamente organismos de coordinación, sin poderes de decisión verdaderos; la autoridad se mantiene en manos de los Estados *confederados*. La consecuencia es que las decisiones de los organismos confederados han de ser tomadas por unanimidad, mientras que es suficiente la mayoría para las de los organismos federales.

Los organismos globales de la comunidad mundial (O.N.U. y sus agencias especializadas UNESCO, Organización Mundial de la Salud, etc.) *conservan su carácter confederal*. Lo mismo sucede con los organismos de áreas geográficas, más reducidas, pero no obstante muy amplias, como la O.T.A.N. y la O.E.A. Los únicos intentos de federación verdadera afectan a un reducido número de Estados (la Comunidad Europea) y sólo se trata de un federalismo parcial que afecta a algunos ámbitos limitados de la vida estatal (tarifas aduaneras, circulación de personas y mercancías, producción e intercambio, etc.). La regla de la mayoría que caracteriza al federalismo aún no se aplica.

Las doctrinas del federalismo internacional tuvieron un gran auge inmediatamente después de la segunda guerra mundial: pero pronto fueron superadas por el renacimiento del nacionalismo que tendía a reforzar la supremacía del Estado-nación, sin embargo en la historia reciente ha surgido el concepto de "globalización", mismo que se basa especialmente en el comercio e intercambio económico entre los países constituyendo así "regiones de libre comercio".

Capítulo II

EL DERECHO PENAL COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL

Como se ha visto, en el grupo social más evolucionado en su organización, como lo es el Estado, necesita de instrumentos que le permitan su consolidación y estabilidad, *mismos que respondan a los intereses de sus miembros (gobernantes y gobernados, sin entrar en la discusión de quién se ve más beneficiado y protegido), encontrándose dentro de ellos variados tipos, con características propias, pero todos con un fin en común, la preservación y consolidación del Estado.* Tales instrumentos han sido diferenciados por la sociología y en especial por Durkheim como: "medios formales e informales"¹¹, siendo de los primeros y el más importante el derecho. Así el derecho, en su conjunto, es uno de los instrumentos más importantes para que el Estado logre justificar sus alcances y sus límites. Esta justificación constituye la legitimación de su actividad, así con el derecho, el Estado adquiere su carácter institucional, que dentro del discurso sostenido por los detentadores del poder (ya sea económico, político, material, etc.), es necesaria la observancia de ciertas reglas de conducta para que la vida en sociedad sea posible, "para que los poseedores y los desposeídos se vean protegidos por igual".

Pero para que dichas reglas de conducta tengan verdadera eficacia, es necesario que sean consideradas por los miembros del grupo social como válidas e indispensables y que cuando se vean violentadas por algún individuo, a éste se le aplique una sanción. Así surge el carácter coercitivo

de la norma estatal, entendido éste como la potestad exclusiva del Estado para ejercer la fuerza en contra de quien atente a su estabilidad.

Sin embargo, no todos los comportamientos humanos contrarios a la sociedad y a los individuos que la integran pueden ser sancionados de igual forma, pues si fuese así, no se estaría en un Estado de derecho, sino en un Estado de terror totalmente violento. Es por ello que el derecho se ramifica para afrontar el control social desde distintas posiciones y con diferentes consecuencias. Dentro de estas ramificaciones se sitúa el *derecho penal, mismo al que se le ha concebido como el último recurso (ultima ratio)* que tiene el Estado para afrontar los comportamientos antisociales, es decir, el Estado únicamente podrá valerse del derecho penal cuando haya agotado todos los medios posibles para la solución de un conflicto.

Como medio de control social, éste tiende a evitar determinados comportamientos que se repuntan como indeseables para la sociedad, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se materialicen; más el derecho penal se caracteriza por prever las sanciones en principios más graves -las penas y las medidas de seguridad, que afectan directamente a la persona o al patrimonio de quien los realiza -, como forma para evitar los comportamientos que considera especialmente más reprobables - los delitos -. Se trata, pues, de una forma de control social importante como para que, por una parte, haya sido monopolizada por el Estado y, por otra, constituye una de las formas más eficaces del poder estatal, que desde la Revolución francesa se considera necesario delimitar con la máxima claridad posible como garantía del ciudadano. De ahí que el poder punitivo reservado al Estado, sólo pueda ejercerse de acuerdo a lo previsto por determinadas normas legales, aprobadas por los representantes del pueblo en los países democráticos. Tales normas, que constituyen el derecho penal, deben determinar con la mayor precisión posible qué conductas pueden considerarse constitutivas de delito (que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico tutelado) y qué penas deben sufrir quienes las realicen. Es lo que se conoce con la expresión "*principio de legalidad*", es decir, el carácter eminentemente formalizado que distingue al derecho penal de otros medios de control social.

Por tal virtud, el derecho penal reviste una importancia particular, toda vez que el mismo al ser la expresión más enérgica que posee el Estado para su

preservación, debe acotarse para que no se constituya en un instrumento que responda a intereses egoístas y contrarios a los de los miembros de la sociedad. Así para su mayor comprensión los teóricos lo han dividido en dos grandes campos de estudio; el derecho penal objetivo o "jus poenale" y el derecho penal subjetivo o "jus punendi".

a) **Derecho penal objetivo**

Juan Bustos lo define como: "aquella parte del ordenamiento jurídico que *determina las características del hecho delictivo e individualiza al sujeto que lo realizó, al que le impone por su hecho una pena y/o medida de seguridad*"¹².

El derecho penal objetivo, tiene pues una finalidad de carácter sistemático, es decir, dar un desarrollo y explicación coherentes y racionales, con pretensión de validez universal, a las reglas jurídicas referidas al delito, al sujeto responsable (delincuente) y a las penas y medidas de seguridad. De ahí que uno de los aspectos básicos del derecho penal sea el referido a su estructura normativa, esto es, a la naturaleza y carácter de las reglas jurídicas que lo componen.

La doctrina penal ha tendido a poner como exclusivo eje de sus consideraciones la acción o el hecho delictivo, con lo cual el sujeto queda absorbido por la realización, cosificado; y ciertamente las penas o medidas de seguridad no se imponen a actos o hechos, sino a sujetos. El derecho penal no puede quedar reducido a la teoría del delito y de la pena, sino que dentro de estos dos términos hay un ámbito que ha quedado atrofiado en la dogmática clásica o neoclásica, esto es, lo relativo al individuo o mejor dicho al delincuente.

Para la dogmática tradicional el sujeto responsable aparece dentro de una de las características del hecho delictivo, esto es, la culpabilidad, con la cual resulta totalmente minimizada su trascendencia dentro del problema penal. Ello resulta todavía peor cuando se sostiene la supresión de la culpabilidad y su sustitución, por ejemplo, por la necesidad de la pena, conforme a criterios preventivos generales consecuentes, ya que entonces si que sólo queda por una parte teoría del delito y por otra de la pena,

desaparece todo atisbo de consideración del sujeto, aunque sea bajo la *forma equivocada de la culpabilidad*.

Tampoco se trata de volver al positivismo natural italiano del siglo pasado y prescindiendo del hecho delictivo, configurar todo el problema sobre las características biológicas, antropológicas o sociales del sujeto. Pero si partiendo del hecho realizado, referir ese hecho a un sujeto con toda su complejidad al momento de su realización; y no al revés, referir al sujeto como una característica de su hecho, en definitiva sólo como una cuestión decisional, de voluntad al hecho. Una separación metodológica entre delito y delincuente permite una investigación más a profundidad de las características propias y autónomas que pertenecen a la teoría del delincuente.

Un punto de gran discusión en la evolución del derecho penal es si ha de contener las medidas de seguridad, lo que a su vez implica varias cuestiones, esto es, si ha de abarcar tanto las medidas de seguridad postdelictuales y las predelictuales, y si el principio de legalidad tiene aplicación respecto a dichas medidas.

a.1) Las medidas de seguridad postdelictuales

Hoy resulta casi incuestionable en la doctrina que pertenecen al ámbito del derecho penal y es por ello que aparecen en casi la totalidad de los códigos penales actuales. En el derecho penal comparado, dos autores tan dispares en sus planteamientos dogmáticos como Baumann y Welzel están, sin embargo de acuerdo en la inclusión de éstas dentro del derecho penal. Ambos autores, se puede decir, coinciden en que el presupuesto necesario para la pena y medida de seguridad postdelictuales es la existencia de un hecho injusto, es decir, que participe de las características de tipicidad y antijuricidad; Por ello es que en virtud de este presupuesto común y básico (y porque ambas afectan los derechos del individuo), aunque se reconozca que no se puede decir lo mismo respecto de la culpabilidad, ya que las medidas postdelictuales no se fundamentan en ella, sino en la peligrosidad, los autores actuales son partidarios de su inclusión dentro del derecho penal, como lo plantea Cuello Calón.

Esta configuración del sistema penal en penas y medidas de seguridad es lo que ha recibido la denominación de sistema dualista o de la doble vía. Sin embargo, en los últimos tiempos, con razón se tiende a la construcción

de un sistema monista, no como un retroceso al pasado, en que los códigos sólo contemplaban penas y únicamente por excepción, medidas de seguridad respecto de los enajenados, sino en miras de una revisión progresiva. Esto es, si hoy desde un punto de vista de los fines que ha de tener el sistema penal -en definitiva ofrecer alternativas a la resolución de sus conflictos al individuo- no hay diferencia entre penas y medidas de seguridad, y por otra parte tampoco desde el punto de vista de las garantías para su imposición (como límite a la afectación de los derechos del sujeto), pareciera que un sistema dualista no tiene razón de ser. En tal sentido la propia culpabilidad aparecería hoy como una garantía y no como un problema ontológico de libre albedrío, tan indemostrable como la posibilidad determinista; luego entonces, libre albedrío y peligrosidad determinista no podría ser de modo alguno fundamento ni de la pena ni de la medida de seguridad. En cambio, la culpabilidad en cuanto exigiría una referencia del hecho al sujeto como tal, sí que sería una garantía tanto para la imposición de las penas como de las medidas de seguridad. Consecuencia de todo ello es el rechazo de que es necesario hacer a la acumulación de penas y medidas de seguridad y a plantear fines divergentes para unas y otras -manteniendo un criterio retributivo estricto para las penas - y en definitiva a seguir sosteniendo una separación ejecutiva entre ellas.

De todos modos hay que señalar que en el derecho penal comparado se ha sostenido la no inclusión de las medidas postdelictuales dentro del derecho penal. Así la doctrina italiana mayoritariamente, para la cual tendrían un carácter puramente administrativo, aún cuando en la actualidad hay voces en contra. En el derecho alemán H. Mayer excluía aquellas medidas de pura "beneficencia", como las destinadas a los anormales. Una posición semejante tiene en América Latina Zaffaroni: para él: "...las medidas dirigidas a inimputables deben quedar fuera del derecho penal, por tener un carácter sólo "asistencial-administrativo..."¹³.

a.2) Las medidas de seguridad predelictuales

Las medidas de seguridad predelictuales resulta imposible incluirlas dentro del derecho penal, pues ellas en modo alguno pueden sustentarse en el presupuesto fundamental de éste, que es la realización de un injusto, es decir, de un acto típico y antijurídico. Así Rodríguez Mourullo expresa: "Las

medidas predelictuales que se apoyan en la peligrosidad social "sin delito" constituyen medios de policía pertenecientes al derecho administrativo."¹⁴ Además atacan, por su arbitrariedad, no sólo los fundamentos del derecho penal sino a las bases mismas del Estado de derecho, ya que se apoyan únicamente en una presunta peligrosidad o temibilidad del sujeto, conforme a la cual recaen sobre él privaciones o restricciones de sus derechos fundamentales. Se trata pues, de una intervención intolerable del Estado sobre el individuo, ya que se basa en sus características personales, provocando una discriminación entre los ciudadanos.

Punto aparte se debe de estudiar a la prisión preventiva, que ha sido considerada hasta la actualidad no como una medida de seguridad predelictiva, ya que se ha sostenido que no se basa en las características individuales del sujeto, ni crea una discriminación entre los ciudadanos. Para la imposición de la prisión preventiva debe existir la presunción de que el sujeto haya cometido un hecho injusto.

Además sus defensores sostienen que con la prisión preventiva se logra evitar que el probable responsable se sustraiga de la acción de la justicia y por ende dar mayor celeridad al proceso penal, pues con la presencia del sujeto no habrán acciones dilatorias en el juicio causadas por la ausencia de éste. Por otro lado, hay una mayor certeza de seguridad y tranquilidad social, pues estando internado el procesado en un establecimiento especial durante todo el tiempo que dure la definición de su situación jurídica, éste no podrá cometer otro ilícito de semejante naturaleza, por estar limitado en su libertad ambulatoria.

Es el caso que en la legislación penal mexicana la aplicación de la prisión preventiva se hace por regla general, siendo la excepción los delitos cuya pena privativa de libertad sea menor a dos años. Cabe hacer aquí un *paréntesis para destacar que si bien es cierto existe la libertad provisional en el procedimiento penal, ésta es considerada como un "beneficio para el individuo", mismo que podrá obtener reuniendo cierto número de requisitos tales como que el delito del que se le imputa su comisión no sea considerado como grave, que no haya sido condenado con anterioridad por un delito grave, que garantice la posible reparación del daño y el pago de una multa, etc.*

Tal posición, por sus características es susceptible de duras críticas, pues si bien es cierto que para su imposición es necesaria la presunción de la comisión de un injusto penal, también lo es de que para que exista un delito deben de integrarse sus tres elementos: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, pero en la etapa de instrucción en el proceso penal no se han acreditado fehacientemente dichos elementos, por lo que en el plano jurídico no existe la certeza de que se haya cometido una acción que sancione el ordenamiento penal. Así también, desde el punto de vista formal, a un sujeto únicamente se le podrá considerar como delincuente hasta el momento en que se le dicte una sentencia condenatoria irrevocable, es decir que la ley no prevea recurso ordinario o extraordinario que pueda modificar tal decisión.

Por otro lado desde el punto de vista del mundo fáctico, el costo social de la prisión preventiva es muy alto, ya que además de presentar sobrepoblación los centros de reclusión, la manutención de los internos es muy elevada para los ciudadanos comunes, pues es de éstos de donde se obtienen los recursos para cubrir (en forma precaria) sus necesidades. También es muy común que la mayoría de los internos de los centros preventivos estén sujetos a proceso por delitos que por su naturaleza podrían obtener su libertad provisional, pero por no contar con los medios económicos suficientes no alcanzan tal "beneficio". Así mismo, cuando un hombre es privado de su libertad por ser probable responsable de un delito, desde ese momento es estigmatizado por los miembros de su grupo social, causándole daños en su persona y su familia.

Es por eso que existe la tendencia a rechazar el empleo de la prisión preventiva, ya que es restrictiva de derechos para el individuo sin que exista una verdad jurídica sobre su posición, además de que la experiencia es basta para recordarnos que a aquellos sujetos que han sido objeto de internamiento "preventivo", se les forma un resentimiento en contra de la sociedad y se convierten en verdaderos alumnos de conductas criminales mucho más graves.

a.3) Las normas penales

El planteamiento normativo del derecho surge del hecho incuestionable que está dirigido al hombre y en función de éste. Así el derecho no podría

prohibir o mandar que lloviese, no tiene ningún sentido, el derecho no puede mandar o prohibir resultados. Frente a ello sólo hay dos posibilidades, ajenas al derecho penal. Una es el establecimiento de una determinada relación natural (física, química, meteorológica, etc.) que lleva al surgimiento de una ley de carácter natural; la otra puede ser la formulación de una relación entre el hombre y ese hecho físico material, es decir, la forma de manejarlo o manipularlo, lo que origina una regla técnica. En otras palabras, la ley natural nos dice lo que es o por lo menos pretende eso, la regla técnica lo que tiene que hacerse. El derecho penal, en cambio tiene la pretensión de vincular las conductas de los hombres, lo que da origen *no a una ley natural ni a una regla técnica, sino a una regla jurídica*, a cuestiones valorativas. Ahora bien, las reglas jurídico-penales se puede analizar desde diferentes puntos de vista; con relación a su carácter, en qué consisten, qué es lo fundamental de ellas; cuál es su ubicación y estructura dentro de del sistema jurídico general o bien cuál es la estructura; su génesis, cómo surgen las normas.

Estos tres aspectos son los que han llevado desde mediados de siglo pasado a la configuración de la teoría de las normas, si bien con acentuaciones diferentes y se puede decir que sólo en los últimos tiempos, desde un ángulo sociológico-jurídico, se ha puesto atención especial a este último aspecto.

a.3.1) Teoría monista

Para ella, el derecho está compuesto sólo por normas con carácter imperativo, luego en el ámbito jurídico sólo hay mandatos y prohibiciones; pero ellas no tienen autonomía y sólo cobran significación en su relación con los imperativos. Estas otras reglas jurídicas que no son imperativos tienen por función crear los presupuestos para el surgimiento o desaparición de un imperativo o bien para anularlo total o parcialmente. Para una teoría monista no queda otra posibilidad que desestimar toda otra regla jurídica existente que no es un imperativo -norma prohibitiva o de mandato- como una determinada limitación o circunstancia de la norma y, con ello, en definitiva entenderla como parte integrante de la norma desde un principio.

Esta formulación tiene evidentemente repercusiones inmediatas sobre la teoría del derecho penal y, por tanto del modelo que se ha elaborado para la comprensión del delito, es lo que se le ha llamado la teoría de los

elementos negativos del tipo, con una gran tradición dentro de la dogmática del derecho penal, las normas de permiso (v.g. legítima defensa, estado de necesidad, etc.) aparecen como simples presupuestos de la norma prohibitiva. Luego una conducta que cumple con los presupuestos de una regla permisiva no es contraria a la norma desde un principio. Sólo hay entonces comportamientos prohibidos y no prohibidos, relevantes jurídicamente e irrelevantes. Es por ello que Welzel señala que la doctrina de los elementos negativos del tipo es un brote tardío de la antigua teoría de los imperativos.

La teoría monista de las normas se preocupa por averiguar el carácter de ellas y señalar su ubicación dentro del sistema jurídico general, con lo cual al mismo tiempo determina la estructura de éste. En cuanto a lo primero lo fundamental de las normas es su carácter imperativo. Respecto de lo segundo, las normas constituirán la esencia del sistema jurídico, por eso toda otra regla jurídica no tendría autonomía alguna frente a ellas, serían totalmente dependientes y pasarían a constituirse en simples supuestos.

a.3.2) Teoría dualista

Esta teoría parte de la existencia de normas, esto es, de reglas jurídicas con carácter imperativo -prohibiciones o mandatos-; pero reconoce que el ordenamiento jurídico no consiste sólo en normas, sino que además existe otro género de reglas jurídicas, las reglas de permiso (legítima defensa, estado de necesidad, las llamadas causas de justificación en general). Estas reglas de permiso son de carácter independiente frente a las normas y no tienen entonces sólo por función cumplir una determinada delimitación o circunscripción de ellas.

Esta concepción dualista se remonta a Binding, quien atacó duramente la concepción imperativista monista como el "moustro" dogmático más raro que se había dado en el mundo. Según este autor, el dominio exclusivo de la norma impediría el desarrollo de un sistema de derechos subjetivos. Si la única tarea de las reglas jurídicas se agotara en la obligación, entonces desaparecería el concepto de derecho subjetivo y sólo quedaría frente a la obligación la categoría de lo que no tienen significación jurídica, es decir, que no está permitido ni prohibido, luego se niega un derecho subjetivo y también en general los derechos subjetivos.

Hay que destacar, que para Binding, al igual que para los monistas, las normas "están constituidas por un imperativo, que implican una obligación, prohibición o mandato, respecto a la conducta del sujeto (lo motivan a actuar de determinada manera)"¹⁵. Por eso que la norma está más allá de la ley penal, el delincuente contraviene la norma pero no la ley penal, pues en este caso el delincuente lo único que hace es cumplir con la primera parte de ella. La norma se deduce exclusivamente de la primera parte de la ley penal, en cuanto a la acción realizada por el sujeto justamente cumple aquello que la prohibición quiere que se omita.

En otras palabras, la fundamentación de la norma es completamente independiente de la conminación con una pena. Ello por una parte podría significar poner simplemente al sujeto ante la opción de no llevar a cabo el delito o de realizarlo con el riesgo de una pena, lo cual evidentemente no se adecua a lo que es una prohibición o mandato, que pretenden vincular obligatoriamente la conducta, establecer un deber ser. Por otra parte, si se considera a la conminación penal exclusivamente como el señalamiento de una consecuencia, en ese caso como el delincuente siempre espera evadir la obligatoriedad vinculante de la prohibición. Es por eso que Binding como comprobación de su planteamiento se remonta históricamente al decálogo, que justamente contenía sólo la norma, esto es, la prohibición o mandato. Ello reafirma el carácter previo e independiente de la norma. Sólo muy posteriormente se encuentran juntas normas y ley penal, para por lo último sólo quedar ésta expresamente.

Estos planteamientos de Binding, han sido profundizados por Armin Kaufmann. para este autor "las normas no son ni las únicas reglas jurídicas ni todas las reglas jurídicas son normas"¹⁶. Las normas son sólo juicios de valor jurídico sobre actos, pero no, por ejemplo, aquellos juicios de valor sobre sucesos o sobre lo que constituye los bienes jurídicos que darán forma a las reglas jurídicas. Ello quiere decir, entonces, continuando con el pensamiento de Binding, que no sólo los juicios de valor sobre actos -que pueden ser deducidos en su contenido de la primera parte de la ley penal, esto es, del tipo de la ley penal-, prescinden de la conminación con una pena, sino también los juicios sobre sucesos y bienes jurídicos. En otras palabras, no sólo las normas, sino las reglas jurídicas son independientes de la conminación penal. Más aún, como las normas presuponen esas otras valoraciones, las reglas jurídicas son el fundamento de las normas, ya sea mediata o inmediatamente. Hay, pues, una relación de dependencia de las normas respecto de las demás reglas jurídicas.

existencia de la norma. Ello resulta evidente dentro del pensamiento de Kelsen, pues esa norma fundamental para los imperativistas sólo adquiere importancia si se hace el comportamiento opuesto se producirá un acto de coacción. De partida, pues todos los esfuerzos de la teoría de los imperativos quedan relegados a un segundo plano, a una completa irrelevancia jurídica.

Sin embargo, hay cierta semejanza entre la teoría pura y el imperativismo monista. No en cuanto al carácter de la norma, que como se ha visto sería sólo sancionatorio o bien coactivo, sino en cuanto a la estructura del sistema jurídico, ya que todas las normas tendrían la misma formulación. Todas se distinguirían por el acto de coacción y cuando así no sucede es porque se trata de normas dependientes. , Que "determinan sólo una de las condiciones a la cual se liga -en una norma independiente- el acto coactivo"¹⁸. Es decir que la teoría de las normas Kelsen es de un doble monismo. Por una parte sólo reconoce dentro del orden jurídico la actividad del Estado y desconoce la de los ciudadanos, que jugarían un rol completamente intrascendente, por eso para Maier considera que la teoría pura del derecho: "reconoce dentro del orden jurídico normas de sanción, desconociendo otro tipo, como por ejemplo, las reglas o normas de compete"¹⁹.

En definitiva, este doble monismo de la teoría pura ha implicado que en el campo del derecho penal haya sido predominantemente rechazada para explicar el orden jurídico y se haya preferido ya sea el imperativismo monista o el imperativismo diferenciador. Ambos, en menor medida el primero y en mayor el segundo, reconocen la importancia jurídica de la actividad humana, como contenido esencial del ordenamiento jurídico y ello concuerda con el carácter humanizador o personalizador del derecho penal moderno, en otros términos, concuerda con el llamado principio de culpabilidad y con las garantías del ciudadano respecto de la intervención del Estado. Sólo una teoría de la pena fundada radicalmente en la prevención general, esto es, en la actividad coaccionadora o intimidante del Estado, podría basarse en el planteamiento de Kelsen para construir una teoría del delito y de la pena, dentro de la cual la actividad humana y el hombre en definitiva, serían un mero presupuesto, lo único esencial sería la *finalidad intimidante del Estado*.

b) Derecho penal subjetivo

Así como en el derecho penal objetivo el centro de preocupación gira en torno de la sistematización de las normas jurídico-penales, en el caso del derecho penal subjetivo es la potestad punitiva del Estado. El derecho penal objetivo es el *jus poenale*, el derecho penal subjetivo es el *jus PUNENDI*. Pero existe discrepancia en cuanto a su origen, así Maurach establece que: "el *jus poenale* es una emanación del *jus PUNENDI*"²⁰, para otros es todo lo contrario (Berner). Evidentemente se trata de conceptos completamente independientes uno de otro; pero en todo caso el nudo de la problemática del derecho penal está justamente en la potestad punitiva del Estado. *Negar la existencia de un derecho subjetivo de castigar del Estado es cerrarse el camino para entender los fundamentos de todo sistema del derecho penal.* Mucho tiempo y quizá por efecto del gran desarrollo de la teoría del delito se produjo una gran despreocupación por este tema, lo que llevó a decir que constituía un recuerdo histórico. Pero pasado el entusiasmo por la teoría del delito, o bien porque reducido el análisis sólo a ella había límites y contradicciones insalvables, los juristas han vuelto a colocar su atención en la pena y en la potestad del Estado de carácter punitivo.

En suma, el derecho penal subjetivo o *JUS PUNENDI* se puede definir como la potestad penal del Estado de declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas o medidas de seguridad. Es entonces expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer *violencia legítima*. *La violencia penal no es sino un aspecto de aquella.* Ahora bien, ello de por sí implica un orden jurídico positivo, esto es, que el Estado es una organización surgida de los hombres y para los hombres, por eso se plantea el problema del derecho penal subjetivo, no se trata de situar la discusión metajurídica o en el plano del derecho natural²¹, aunque haya autores que así lo hagan o periodos de la historia en que esto fue lo preponderante. Una consideración realista del derecho penal subjetivo lleva necesariamente a considerar su evolución conforme al desarrollo del Estado moderno.

b.1) Del Estado absoluto al advenimiento del Estado liberal

Los orígenes del Estado moderno están en el Estado absoluto, ya sea que se plantee como Estado originario o de transición, en cuanto consiste en la centralización total del control y del poder legítimo. Esta legitimidad era de carácter absoluto, pues provenía de Dios. Por eso mismo los reyes absolutos utilizaron abundantemente la epístola de San Pablo a los romanos, conforme a la cual las autoridades existentes han sido establecidas por Dios y serían ministros de él para castigar al que obra mal. En esta concepción el jus poenale era clara y concluyentemente una expresión del jus PUNENDI y, además, sobre éste no había posibilidad de mayor discusión, pues no sólo era metajurídico, dentro de lo cual todavía podía haber una discusión ética o bien moral, sino que era divino.

No es raro entonces que la cuestión de la legitimidad del jus PUNENDI sólo se venga a plantear con los autores del Iluminismo, es decir, ya los pregoneros del Estado moderno, en otras palabras, el Estado de derecho democrático. Estos, sin embargo, tuvieron que recurrir también a una instancia metajurídica, de carácter ético-social, ya sea sobre la base del derecho natural, del utilitarismo o de categorías racionales absolutas.

Rousseau es el autor que mejor sintetiza las direcciones iluministas con su teoría del contrato social, en la que apunta que: "el delincuente es aquel que se coloca en contra del contrato social, es un traidor en cuanto rompe el compromiso de organización, producto de la libertad y debe ser tratado como rebelde"²². El contrato social es pues fuente legitimadora del jus punendi tanto en un sentido material, como formal, ya que como expresaba Beccaria: "sólo el legislador puede dictar penas, pues es el único que puede representar a todos los hombres que han convenido en el contrato"²³. Pero esa fuente legitimadora es también límite del jus punendi, ya que como "el contrato social es para la felicidad de los hombres", la ley penal debe tener como tarea más prevenir que retribuir. Por otra parte el criterio básico ha de ser la necesidad para la conservación de éste vínculo entre los hombres, de modo que todo lo que vaya más allá constituirá una pena "injusta por naturaleza"²⁴.

Junto a esta concepción de legitimidad de una ética social utilitaria, guiada por la felicidad de los hombres -con sus expresiones de prevención y necesidad como atributos de la ley penal-, se encuentra la concepción de legitimidad basada en una ética social racional, que adquiere también un carácter absoluto, aunque se aparte de una concepción divina.

Es la posición sustentada por Kant, para la cual "aún cuando el Estado se disuelva voluntariamente debe ejecutarse al último asesino, por un imperativo de justicia". La legitimidad del jus PUNENDI adquiere un carácter absoluto en razón de la absolutez de los principios ético-sociales. Este planteamiento es posteriormente objetivizado por el positivismo jurídico de Binding. Para este autor el estudio del jurista debe concretarse sólo a la norma jurídica, luego, sólo al derecho positivo. Por eso para él el jus PUNENDI no es ya el derecho de penar, sino a penar, esto es, a través de las normas el Estado obtiene un derecho a la obediencia de los delincuentes.²⁵ Luego, el jus PUNENDI queda convertido realmente sólo en un derecho subjetivo, en una pretensión o demanda del Estado, que surge de las normas jurídicas, el derecho positivo.

Es decir, el *JUS PUNENDI* o derecho subjetivo, en el estricto sentido de las palabras, es una expresión del derecho objetivo. Este planteamiento tuvo una gran repercusión y se mantiene dentro de la trayectoria del derecho penal en Mezger y Baumann. Reducido el jus punendi a una simple pretensión a castigar que fluye del derecho objetivo, pierde evidentemente toda su importancia, además de quedar envuelto en una compleja equívocidad de la voz "pretensión". Es por eso que en general la dogmática no se preocupó del jus punendi, pues bastaba con el derecho objetivo, con la sistematización de las jurídicas. Con lo cual hubo un encubrimiento del rol político del derecho penal y de la pena.

Estas concepciones, de retribución, sobre la base de una ética jusnaturalista o bien racionalista pura, o de prevención general, sobre la base de una ética social utilitaria, aparecen adecuadas a una concepción de Estado de derecho liberal. De un Estado de derecho no intervencionista, meramente guardián, un Estado mínimo, en que su única función es evitar la lucha de todos contra todos, garantizar el contrato social, resguardar el orden social, en otros términos su propia existencia. Dentro de tal concepción basada ya sea en el racionalismo liberatorio o bien jusnaturalista, en que el centro de toda consideración está la libertad del hombre, cualquier otra función que vaya más allá de la conservación del pacto social en sentido estricto no le compete al Estado y por tanto resulta indiferente que se consigna o no para juzgar la bondad del Estado. Lo que interesa es impedir la intervención abusiva en la libertad, en cuanto ella es la base del nuevo sistema económico social, se trata de romper con todas las ligaduras que impiden la movilidad de la mano de obra, que obstruyen

la ley de la oferta y la demanda, y en definitiva, que ponen cortapisas a la industrialización, al capital. Pero al mismo tiempo es necesario el orden social, para que ello sea posible, la disciplina social y del trabajo consecuentemente, está es la función del Estado y de la pena. Por eso, con razón Foucault señala que: "los Iluministas que han descubierto las libertades también han inventado la disciplina"²⁶. Esta misma idea de un Estado mínimo es su actividad coercitiva, que beneficia a todos, sin contradicciones internas, se observa en el planteamiento de Haffke: "la prevención general es un instrumento de control social y como tal neutro valorativamente". La difusión del neoliberalismo en el último tiempo, no sólo lo es en el plano económico, sino también político y penal.

Si bien este modo de concebir el Estado y la pena asegura la autoridad del Estado como tal, garantiza su sometimiento al derecho. No sólo en general, sino también en particular. Todo ciudadano ha de saber lo que se va a juzgar, el mal cometido y que la medida de ese mal se dará la medida de la pena. Están dadas las bases de garantía de un Estado de derecho que continúan vigentes hasta nuestros días, y que ya expresara a principios del siglo XIX Feuerbach. De ahí que por la preocupación garantista sugiera la teoría del delito. Es decir las condiciones o presupuestos que debía tener la pena. La teoría del delito es de un claro corte garantista; antes no necesaria, ya que el poder del soberano no admitía restricciones, de ahí que no hubiese Parte General en las legislaciones, sino sólo Parte Especial.

b.2) El Estado intervencionista

El sistema aparentemente perfecto del Estado liberal estaba sujeto a múltiples contradicciones y tensiones por la existencia de elementos contrapuestos; poseedores y no poseedores de los medios de producción, libertad y disciplina, igualdad política y desigualdad económica, dependencia económica y autonomía ética, etc. Este cúmulo de problemas no resueltos, que se expresaron en grandes movimientos y revueltas sociales, llevaron a que el Estado abandonara su posición de simple *guardián del orden* y tuviese que *intervenir* en los procesos de disfunción social que se producían en el sistema.

Ahora bien, la intervención en el mercado, su regulación, era justamente para lograr su defensa, la defensa de lo social, de la sociedad que se daba en torno al mercado. Por eso esta intervención y consecuentemente control por parte de Estado, asume el carácter de defensa social. Esta actitud *intervencionista del Estado obtiene su fuente de legitimación en la ciencia positiva*, ya que ella descubre y entrega las "leyes natural-sociales" (científicas) que rigen la sociedad y permiten por tanto resolver las disfunciones. No es de extrañar entonces el auge de la sociología positiva. Ello repercute en el problema criminal, en cuanto también el problema criminal implica problemas de disfunción social, superables mediante el descubrimiento y constatación de las correspondientes leyes sobre la naturaleza criminal. La legitimación la da la ciencia y por ende que el derecho penal sobra, de ahí que no tengan sentido las garantías de la teoría del delito, ya que se trata de problemas determinados científicamente y en que la potestad del Estado de control y defensa social encuentran su total legitimación en lo que diga la ciencia.

El derecho pasa a ser una mera técnica al servicio del control, que además en caso alguno podía pretender ni siquiera generalizar o igualar, ya que los procesos disfuncionales eran diferentes en cada caso, de modo que había que especificar, establecer sistemas especiales y excepcionales, había que discriminar constantemente, de partida, porque científicamente el delincuente (y con él el disidente o desviado en general) era un ser diferente, anormal socialmente. El Estado intervencionista, que se basa en la ciencia (como verdad absoluta) y reniega del derecho penal, necesariamente tenía que plantear como solución al problema criminal la prevención especial, el sistema de medidas de seguridad (predelictuales sobre todo) y a su vez una tipología de criminales (según diferentes sistemas clasificatorios). La defensa de lo social, encubre los intereses en juego, y encuentra su mejor legitimación en la ciencia. El extremo más radical del intervencionismo y defensa social, con una profunda crisis del Estado moderno, lo constituye el Estado fascista y nazi, en que el Estado es el Jefe del Estado y el derecho un mero instrumento de sus designios, el intervencionismo se funde con una concepción absolutista de Estado.

b.3) El Estado social y democrático de derecho

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial surge la tendencia de retomar los principios de un Estado de derecho. El crecimiento económico

sobre la base de la economía de mercado pone en primer lugar la protección de la libertad. Como ya había sucedido a principios del siglo XIX hay un florecimiento de las doctrinas de derecho natural; por ello mismo vuelven a tomar fuerza las tendencias retribucionistas en materia de la pena y a predominar sobre otras. Sin embargo, se toma conciencia de la necesidad de la actividad social del Estado, que la pena en ese sentido tiene que regular activamente la vida social, pero sin vulnerar el principio de libertad (del mercado, del capital) sobre el cual se basa el sistema. Renacen pues tendencias preventivas limitadas (democráticamente), ya sea *generales o especiales, pero sobre todo se trata de buscar expresiones eclécticas*, como ya había sucedido a principios del siglo XX, y aún se intentan vías superadoras, que expresen mejor una realidad social cambiante y las transformaciones producidas en la sociedad capitalista postindustrial. En general el Estado social y democrático de derecho no aparece como un sistema definido y estable, en él aparecen tensiones entre un sistema neoliberal, tendencias intervencionistas corporativistas de nuevo cuño (esto es, en que las corporaciones u organización de los intereses en juego tienen capacidad de decisión e influencia en el Estado), con lo cual se producen vaivenes en el control social estatal y específicamente en el control penal, con grandes dificultades para determinar sus bases legitimadoras.

Subsiste la retribución junto a la prevención general y la especial (se pretende también crear sistemas excepcionales o diferenciados, para cierto grupo de individuos, pero que en definitiva repercuten sobre toda la sociedad). con lo cual se produce una confusión en los principios legitimadores que se traduce en una confusión en la construcción de una teoría del delito y de la pena. En todo caso, como se ha señalado, está siempre presente la lucha por los límites de la intervención del Estado, por profundizar por ello mismo los derechos humanos y fundamentales, por legitimar la acción del Estado sólo desde una base democrática participativa. Se reconoce entonces el rol garantista del derecho. De ahí que desde esta óptica política y concretamente de política criminal y penal, aparezca como una investigación fundamental la indagación sobre los límites materiales y formales de la intervención del Estado, que van a ser los pilares sobre los cuales se construyan las teorías del derecho penal, de la pena, del delito y del delincuente. Esta investigación lleva necesariamente a una comprensión de la estructura económica y social del Estado y con ello dilucidar las bases políticas del sistema, que aparecen plasmadas en las Constituciones Generales de los países.

Se produce pues, un rechazo a todo planteamiento metafísico del Estado y el *jus punendi* aparece ligado a lo que es el Estado y su justificación última habrá de encontrarse en lo que el Estado realmente es. Y en ese sentido el Estado moderno es ejercido y centralizado por el excluyente poder a través de un aparato político, sobre la base de un reconocimiento de una sociedad civil plural, hegemónicamente estructurada. En tal medida el *jus punendi* como emanación de ese poder y las bases sobre el cual se asienta, de ahí entonces sus límites.

c) Límites al *jus punendi*

c.1.) Límites materiales

Entre los límites materiales, es decir, aquellos relacionados directamente con sus bases de sustentación o legitimación, estarían los siguientes: el principio de la necesidad de la intervención; el principio de la protección de los bienes jurídicos; el principio de la dignidad de la persona.

c.1.1) Principio de la necesidad de la intervención

Este principio fue planteado por Beccaria, sobre la idea del contrato social y que: "...el Estado está para la felicidad de los hombres y no para su infelicidad..."²⁷

Hoy reaparece con un gran reconocimiento por los juristas. La intervención penal del Estado sólo está justificada en la medida que resulte necesaria para la mantención de su organización política dentro de su concepción hegemónica democrática. Todo lo que vaya más allá de tal medida lo

encauza por la vía autoritaria, que termina inevitablemente en la supresión de las bases democráticas del Estado.

Este principio tiene diferentes proyecciones. El derecho penal ha de entenderse como *última ratio*, esto es, sólo debe recurrir a él cuando han fallado todos los demás controles, ya sean formales o informales. La gravedad del control penal, es decir, el modo tan directo y personal de ejercicio de la violencia estatal que él significa, impone que sólo se le considere en última instancia. Es el último recurso que ha de utilizar el Estado, sólo en ese caso está justificado. Estrechamente vinculado a lo anterior está el *carácter fragmentario del derecho penal*. Es decir, dada la gravedad del control penal no es posible utilizarlo frente a toda situación, sino sólo respecto de hechos muy determinados y específicos. De otro modo el Estado podría convertirse en un Estado policial, y además, se correría el riesgo de paralizar toda actividad social a través de la violencia social. “Los ciudadanos de un Estado de derecho no pueden vivir bajo la amenaza penal constante en todas sus actividades sociales, eso sería la negación del Estado de derecho, pues provocaría la inseguridad de los ciudadanos”²⁸. De ahí que a partir de la década de los 70’s se fortalecieron movimientos tendientes a la simplificación de las Partes Especiales de los códigos penales y con un sesgo de descriminalización de conductas.

También se habla del carácter subsidiario del derecho penal, pero pareciera que el contenido de este principio coincide (Según Cobo y Vives: “La reacción penal no resulta adecuada sino allí donde el orden jurídico no puede ser protegido por medios menos gravosos que la pena”)²⁹ con el principio de *última ratio*, expresión que es preferible al de subsidiario, pues éste parecería dar la idea de un orden previo y principal, y éste no es el sentido.

c.1.2) Principio de protección de los bienes jurídicos

El principio de la necesidad de la pena corre el peligro de ser demasiado abstracto y vago, requiere pues de una base concreta de sustentación que señale cuales son los hitos y límites fundamentales del sistema. De ahí que no baste con el principio de necesidad de la pena, sino que resulta indispensable señalar qué es lo protegido, problema que la teoría penal ha tratado solucionar mediante el desarrollo de la teoría del bien jurídico. La intervención del Estado sólo es posible y necesaria cuando se trata de la

protección de bienes jurídicos. Este principio también entra a limitar materialmente el poder punitivo del Estado.

"No se pueden establecer penas que no tengan su fundamento en la existencia de un bien jurídico protegido, no se pueden establecer delitos que no estén contruidos sobre la existencia de un bien jurídico; es por ello necesaria la descriminalización de todos aquellos hechos que no estén en relación a la defensa de un bien jurídico"³⁰. Esto implica que el Estado no puede intervenir penalmente para defender determinadas ideas morales, religiosas, estéticas, políticas (salvo cuando atentan contra los fundamentos del Estado de derecho, es decir, contra bienes jurídicos), tampoco en la defensa de una pura regulación del orden u organización de determinadas actividades sociales.

Por ello todos los tipos legales regulados por el derecho penal se configuran exclusivamente para la protección de bienes jurídicos y no de ideologías políticas, ni valores meramente éticos, culturales o morales, que no implican una nocividad social. Para dar completo contenido al principio garantista, de que la misión exclusiva del derecho penal es la de proteger bienes jurídicos, se requiere no de una concepción formal del tipo legal sino de una de tipo material, en la que se describa al ámbito situacional en donde se manifieste el comportamiento que lesione o ponga en peligro los bienes jurídicos.

En otras palabras, para que se dé el injusto penal no basta que el tipo penal prevea el mero incumplimiento de lo dispuesto por la norma legal, ya que ello no es suficiente garantía al principio del bien jurídico, sino además este principio impone, para que se considere como injusto penal y por tanto merecedor de sanción, la realización de un comportamiento externo y final que produzca un resultado consistente en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

Para que pueda plantearse la antijuricidad de un hecho típico no basta con la concreción desvalorativa de un acto, sino además es necesario que a ese acto se le pueda imputar el resultado producido, esto es, que se haya producido una afectación real o se haya puesto en peligro un bien jurídico. No solamente a través del incumplimiento de las reglas jurídicas establecidas en el ordenamiento legal infringido, se podrá valorar el

contenido del injusto del comportamiento realizado, sino que se deberá para determinar el contenido del injusto, observar la perturbación del bien *jurídico*, incluso en los delitos formales que implican meros incumplimientos de deberes.

c.1.3) El principio de la dignidad humana

No se puede dudar que en gran medida la historia actual del derecho penal está ligada al reconocimiento de la dignidad humana. Y en ello ha tenido una gran influencia de derecho natural. Su concepción de un hombre libre e igual, hecho a semejanza de Dios, pone justamente el acento en plantear un límite al legislador, es decir, que ha de reconocer esta realidad y no tratar al hombre (delincuente) como una bestia o un animal feroz. El problema del derecho natural, en todo caso, ha sido el carácter demasiado abstracto de sus afirmaciones y su naturaleza metafísica. Por esa abstracción la dignidad del hombre así determinada resulta poco instrumental para limitar la actividad del Estado y más, al partir de un supuesto axiomático, no comprobable en la realidad, permite al Estado cualquier ataque a la persona concreta y a su dignidad concreta.

Justamente el mérito de la Ilustración, fue el haber puesto de manifiesto que no es posible la dignidad del hombre sin poner término a la necesidad. En otras palabras, el examen del hombre concreto señala desigualdades y sometimientos que si no se consideran en cuanto a tales, se revierten en una mayor afección de la dignidad de la persona. Es por ello que el legislador no puede someter a un mismo tratamiento a un menor que a un adulto, a un indígena que a un sujeto adaptado al mundo "civilizado". Pero no sólo eso, sino que además tiene que considerar todos los diferentes condicionamientos sociales y económicos que provocan una determinada conducta, así como los de carácter cultural.

Por otra parte, los medios utilizados por el legislador no podrán atentar en contra de la dignidad concreta de la persona, es decir, no deben convertirse en elemento de sometimiento y desigualdad, de mayor miseria y necesidad. De ahí la abolición de la pena de muerte, la proscripción de la tortura y la crisis que sufre la pena privativa de libertad.

La dignidad de la persona humana aparece como el último y fundamental límite material a la actividad punitiva del Estado. Sin él el límite de la necesidad de la intervención y del bien jurídico no tendría sentido, ya que tanto la necesidad de la intervención como el bien jurídico se podrían *construir exclusivamente en torno al Estado, con lo cual se socavarían todos los principios garantistas*. Por eso el bien jurídico sólo es comprensible como “*relación social concreta*”, es decir, como actividad y situación de hombres concretos, cuya calidad de tales ha de ser respetada y reconocida por el Estado. Es por eso que así como el bien jurídico es esencial para la configuración del injusto (el delito), en cambio, la dignidad de la persona es fundamental para la configuración de la teoría del “sujeto responsable” (la teoría del delincuente), que hasta hoy, en general se engloba bajo el término de la culpabilidad.

El principio de la necesidad de la pena, por su parte, es un principio general, que se suma supletoriamente a estos dos fundamentales y que viene a regular limitativamente aspectos concretos y puntuales de la actividad del Estado con relación al delito y al delincuente. Sólo así la dogmática penal aparece constituida no sólo por elementos formales conceptuales, sino también por aspectos político-criminales, sólo así se puede evitar que se configure como un conjunto de axiomas o verdades absolutas.

c.2) Límites formales del derecho penal subjetivo

c.2.1) “Nullum crimen nulla pena sine lege”

En gran medida el derecho penal moderno nace con este lema y en especial la teoría del delito y de la pena, pues, se trata de especificar las consecuencias de esta frase en relación a los principios generales que han de informar el derecho penal. En otras palabras, el derecho penal moderno nace desde una perspectiva garantista, en este sentido no es o se pretende ser la “Carta Magna del delincuente”, como sostenía v. Lutz, sino la Carta Magna del ciudadano. Es decir, el Estado ha de tener límites muy precisos y claros en su intervención sobre el ciudadano, a su vez el contenido de esos actos de intervención ha de estar suficientemente detallados y especificados y por último el ciudadano ha de tener la

posibilidad real de conocer con toda claridad tanto el contenido de esos actos como también el fundamento de ellos.

La enunciación de este lema, conocido en la actualidad como el principio de legalidad penal, se debe a Paul Johan Anselm Ritter von Feuerbach, quien lo enuncia en 1801 con la siguiente formulación latina "nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legalis", es decir: "no hay pena sin ley, no hay pena sin crimen, a todo criminal le corresponde una pena legal". Ha predominado, sin embargo, la formulación sucinta es la que encabeza el título de este apartado.

Ciertamente el principio de legalidad tiene antecedentes antiguos, aunque siempre sólo con un carácter parcial. Así ya es posible encontrar atisbos de él en la "Magna Charta Libertatum" en Inglaterra (1215), cuando ésta señala: "Ningún hombre libre será tomado o aprisionado o despojado o proscrito, o destruido de cualquier manera, ni pasaremos sobre él ni enviaremos por él, salvo por el juicio legal de sus pares o por la ley del país". Se pone, pues, sólo el acento en el juicio legal, con bastante razón en una época en que solía reinar la total arbitrariedad del soberano; también, en cierto modo, se heces alusión al principio de irretroactividad de la ley. Pero su mayor desarrollo viene a producirse en el siglo XVIII, con el Iluminismo y los vientos revolucionarios que aparecen primeramente recogidos en la Constitución de Maryland (1791), que textualmente señala: "That retrospective laws punishing facts comited before the existence of such laws, and by them only declared criminal, are oppressive, unjust and unompatible with liberty, wherefore no ex post laws ought to de made." En esa misma dirección se expresa en Francia la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1791): "La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne put être puni qu'en vertu d'une loi étblie et promulguée aúnteriuement au délit et légalement appliquée". Luego, tanto la Constitución de Maryland como en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, sólo se refieren a la irretroactividad de la ley penal (principio de la prohibición de retroactividad de la ley posterior al hecho o bien principio que los hechos se rigen por la ley anterior).

De todos modos el mantenimiento de este principio no ha sido pacífico en la evolución del Estado moderno. Así los planteamientos de la escuela positiva italiana que pretendían la sustitución del derecho penal por la "Defensa Social", y por tanto las penas por medidas de seguridad,

propugnaban justamente que las medidas (de defensa social) podían aplicarse sin delito o crimen (sólo por rasgos de peligrosidad social del sujeto) y *por tanto siempre retroactivamente* (ya que siempre la defensa y el tratamiento posterior serían los más eficientes respecto de ese sujeto). También penalistas, como Bebing, sostuvieron que por lo menos el principio de *lex previa* o irretroactividad de la ley penal no era necesario, ya que bastaría con el principio de tipicidad, es decir, con la descripción precisa del comportamiento punible. Pero ciertamente la mayor ruptura desde un punto de vista estatal con el principio se produjo en la época del Terror durante la Revolución francesa, en que se derogó el principio de *lex previa*, y en la Alemania nazi, al introducirse por ley de 28 de junio de 1935 la analogía en el Código Penal, lo que también sucedió en la Unión Soviética y en Dinamarca.

El resurgimiento de los derechos humanos y los principio garantistas con posterioridad al Segunda Guerra Mundial se hizo sentir también en el principio de legalidad penal. Es así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 señala: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de aplicación del delito" (art. 11.2). Posteriormente en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 4 de febrero 1950, se recoge dicha formulación: "Nadie puede ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que fue cometida, no constituía una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no puede ser impuesta una pena más severa que la que era aplicable en el momento en que se cometió la infracción (art. 7.1).

Tres son los aspectos que integran el enunciado del principio de legalidad penal: *nulla poena sine lege scripta*, *nulla poena sine lege stricta*, *nulla poena sine lege previa*. Se puede decir que por una parte su contenido se fundamenta en el principio del imperativo de la ley y, por otra, de la división de poderes, como aspectos fundamentales de un Estado de derecho, y consecuentemente, de rechazo a la arbitrariedad. Pero no sólo eso, el principio de legalidad se fundamenta también en los principios político-criminales materiales que limitan la intervención del Estado, sólo a través de él pueden encontrar debida expresión formal.

c.2.1.1) Nulla poena sine lege scripta

Ciertamente el principio de legalidad está estrechamente ligado al problema de las fuentes del derecho y por ello su contenido dice siempre también

referencia con esta temática. Al señalarse que no hay pena sin ley escrita, se hace alusión al rechazo de la costumbre como fuente del derecho penal e igualmente a la jurisprudencia, y a los principios generales del derecho. Delitos y penas sólo se pueden crear por la ley, porque su generación expresa la voluntad popular e implica además un proceso "transparente", que posibilita el conocimiento y participación por parte de los ciudadanos, por tal virtud Rodríguez Mourullo considera que: "...es expresión del carácter fundamentalmente político del principio"³¹. La costumbre, la jurisprudencia, los principios generales de derecho, por su generación no constituyen una suficiente garantía al ciudadano, ya que él queda al margen, y evidentemente la base fundamental de la garantía penal es la posibilidad de participación del ciudadano en la creación de los delitos y las penas. Ello no quiere decir, sin embargo, que las demás fuentes generales del derecho no tengan incidencia en el derecho penal, la tienen, pero en forma subordinada a la ley, salvo cuando no se trata de disposiciones que crean delitos (tipos de injusto) y penas, como las referentes a causas de justificación.

c.2.1.2) Nulla poena sine lege stricta

El que la ley penal haya de ser estricta significa un rechazo a la analogía como fuente creadora de delitos; con ello por una parte se asienta el imperio de la ley, pero también por otra se impide que de esta materia el juez se convierta en legislador, es un límite a la actividad judicial. El juez no podría ser frente al ciudadano al mismo tiempo legislador, el ciudadano quedaría totalmente inerte frente al Poder Judicial. En este sentido estricto la analogía es someter bajo la norma penal un hecho que queda fuera de ella, apelando a su sentido o semejanza. La prohibición de la analogía, es pues, *un claro límite al poder estatal y a la arbitrariedad*, sobre todo si se considera que el que el Poder Judicial está sumamente identificado con el sistema de control directo del Estado y en ese sentido con todo el aparato coercitivo (y estigmatizador) estatal. Desde esa perspectiva ni siquiera goza de la suficiente independencia ni tampoco es un poder en sentido estricto, pues carece en gran medida de la participación popular. Seguramente por ello mismo es que el principio de legalidad penal ha sufrido sus mayores violaciones justamente a través de la derogación de la prohibición de la analogía.

El primer Código Penal que la introduce es el danés en 1930 en su artículo 1º ("Cae bajo la ley penal aquel acto cuyo carácter esté previsto por la

legislación danesa o aquella acción enteramente asimilable a un acto de esa clase”)

El real retroceso garantista se produce con el Código Penal soviético de 1926, que en su artículo 16 señalaba: “Cuando algún acto socialmente peligroso no esté expresamente previsto en este Código, se determinará el fundamento y extensión de la responsabilidad por párrafo de este Código que prevea los delitos más análogos”; en 1958, con la ley de Fundamentos de 25 de diciembre, se volvió a la prohibición de la analogía que se recoge en el Código Penal de 1960. Por su parte durante el régimen nazi en Alemania, por la ley de 28 de junio de 1935, se modificaba el artículo 2 del Código Penal, en los siguientes términos: “Será castigado el que cometa un acto que la ley declara punible o que merezca serlo en arreglo al pensamiento fundamental de una ley penal y al sano sentir del pueblo”; Su derogación se produjo el 20 de enero de 1946, por ley 11 del Consejo de Control.

c.2.1.3) Nullum poena sine lege previa

Implica la irretroactividad de la ley penal, o en otras palabras, la prohibición de retroactividad de la ley *ex post facto*. Ha sido en general la forma que ha adoptado o en que se ha hecho hincapié en las fórmulas constitucionales y legislativas desde la Constitución de Maryland y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Se trata de impedir la arbitrariedad del legislador. Es cierto, como se ha señalado en su contra, que a veces la buena intención del legislador es impedir que queden impunes hechos que evidentemente deberían constituir delito; pero los ciudadanos no pueden quedar entregados a las buenas o malas intenciones del legislador de turno, de ahí la necesidad de este principio. A pesar de que fue la Revolución francesa la que lo difundió, fue también la primera en violarlo en la época del Terror, sobre la base que ciertos hechos contra el Estado quedarán impunes. Planteamiento que posteriormente recoge Beling: “Este dogma en el hecho no tiene justificación. Suficientemente numerosos son los casos lamentables en que alguien ha actuado antijurídicamente y culpablemente, escapa al juez penal, sólo porque al tiempo de actuar todavía no había nacido el correspondiente tipo”. Pero no es suficiente el principio de tipicidad que plantea Beling, para sustituir o eliminar la garantía que ofrece el principio *lex previa*; todo lo contrario, el principio de tipicidad no sería comprensible desde un punto de vista garantista, si fuera ajeno a

él, ya que sólo implicaría entonces un límite muy parcial a la intervención abusiva del legislador, pudiendo transformar el Estado de derecho en una dictadura. En sentido estricto y extremo el principio de representación popular es afectado si se deroga el postulado de *lex previa*, pues si bien el legislador pudo ser elegido para derogarlo, ello sería una contradicción con el sentido mismo del principio de representación popular, que es el carácter democrático del Estado, pues el legislador tendría poderes omnívoros (carácter autoritario del Estado) y podría eliminar toda participación (aún de los que los eligieron) mediante el recurso de la creación de delitos en contra del Estado o contra él. En este sentido la *lex previa* es justamente una expresión de rechazo a la arbitrariedad, una protección al ciudadano a la intervención abusiva e injustificada del Estado.

c.2.1.4) Ne bis in idem

Un mismo delito no puede recibir más de una pena, que una misma agravante no puede ser apreciada más de una vez, que un mismo hecho no se puede castigar al mismo tiempo con una pena criminal y sanción administrativa. En definitiva, consiste en que uno y el mismo presupuesto no puede dar lugar a más de una pena o modificación de ella. Parece evidente que en el plano estrictamente penal-criminal, este principio queda abarcado por el principio de legalidad desde una interpretación lógica, pues como la ley ha de ser estricta (lo que implica la tipicidad), necesariamente no puede usar el mismo presupuesto para imponer más de una pena.

c.2.2) El principio de Juicio Legal

Dicho principio está íntimamente ligado al principio de legalidad, sin embargo adquiere trascendencia propia, en razón de que se refiere al ámbito procesal, es decir los pasos o formalidades que se deben cubrir para el descubrimiento de la "verdad legal" y estar en aptitud el Estado de sancionar o no una conducta.

Dicho principio, por su importancia, ha sido elevado a rango constitucional en la mayoría de los países del orbe, con la finalidad de evitar que el individuo sea nuevamente objeto de "juicios sumarios", sin ningún fundamento legal previo a la comisión del hecho juzgado.

c.2.3) Principio de ejecución legal

Este principio de igual forma se deriva del principio de legalidad, pero se refiere a que la aplicación y ejecución de las penas sea de acuerdo a los mecanismos previamente establecidos por la ley y que hayan sido impuestos por el juez que tuvo conocimiento de la causa penal. Así, el reo no podrá ser objeto de sanciones o penas distintas a las señaladas en la sentencia condenatoria. Por otro lado, la ejecución de la pena y en especial la de prisión, se debe realizar en establecimientos especialmente instalados para tal fin, con la vigilancia de la autoridad administrativa, que debe ser distinta al órgano jurisdiccional que decidió la situación jurídica del individuo.

Capítulo III

LA PENA Y SUS TEORIAS

a) El derecho penal y la pena

Al definir al derecho penal, no importando la óptica del autor o la tendencia teórica, siempre se llega a una característica en común esencial, la imposición de penas, y que ya en su evolución ha marcado el rasgo definitorio a la hora de su nombre.

Más aún, al considerar la teoría de las normas apareció que para Kelsen la regla jurídica se distingue justamente por la sanción, que en el caso de la norma jurídica es la pena; el Estado sólo puede querer sus propias acciones y esa acción sería el acto coactivo. De ahí entonces que, para Kelsen: "... ya en la norma aparece la esencialidad de la pena, para el derecho penal, la conducta humana es solamente un presupuesto, la norma imperativa no tiene sentido..."³². Para Binding en cambio: "...la sanción o la pena no juega rol alguno en el carácter de la norma, para que exista el imperativo no es necesaria la sanción..."³³. Parecería que en general las posiciones de Binding y los autores que han profundizado su orientación tendrían razón, en cuanto a que la norma está referida al comportamiento de los individuos dentro de la relación social. La sanción no aparece como definitoria de la norma ni menos aún de las demás reglas jurídicas: carácter y naturaleza de éstas no están dados por la pena. Ello sin embargo no quiere decir que no haya que considerarla desde el punto de vista de su estructura, en cuanto a que la norma como estructura establece un sistema de comunicación simbólico, establece una relación con "otro" y genera una expectativa respecto a la intervención del Estado, de ahí que si bien la norma no aparece definida por la pena, si en cambio la

pena es esencial para la comprensión del derecho penal, ya que implica la realización de una expectativa, de la actuación del Estado con un acto coactivo, la pena. De modo entonces que no hay que confundir los niveles de la norma penal, de las reglas jurídicas, y del derecho penal en su conjunto.

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

Ahora bien, esto quiere decir que hay una correspondencia teórica entre los diferentes aspectos del derecho penal, en otras palabras, que un determinado modelo de análisis sea consecuente al analizar a cada una de las diferentes características del derecho penal y establezca entre ellas relaciones determinadas. En este sentido resultan importantes las teorías de la pena, pues ellas señalan los criterios fundamentales que van a servir para la configuración del modelo de análisis del derecho penal y que van a estar ligados lógicamente y teológicamente con los demás aspectos del derecho penal, con los presupuestos de la pena, esto es, el delito y el sujeto delincente, aunque ciertamente en la evolución del derecho penal el acento puede estar en sus presupuestos o bien en la pena.

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

Por otro lado, el acento se puede poner en la pena, al no considerarla ya sólo como un castigo, sino con una finalidad, esto es, ligarla a una estructura social determinada y por tanto a las funciones del Estado, es decir, desde un punto de vista político general. Se trata pues de considerar los fines que persigue el Estado con la pena y por ello se va a entonces a una consideración político-criminal del derecho penal. Pero se ha cometido el error de que al poner el acento en la vista de la pena con un planteamiento completamente opuesto al libre albedrío, el del determinismo, para poder explicar el comportamiento del sujeto como un proceso causal, en que la norma, entonces no juega ningún rol fundamental.

b) Teorías de la pena

b.1) Teorías absolutas de la pena

Tienen su mayor fundamento en dos juristas y filósofos europeos: Kant y Hegel. Para este último, la pena es la negación de la negación del derecho, cumple entonces un papel restaurador o restitutivo y, por tanto, según sea el quantum o intensidad de la negación del derecho, así también será el quantum o intensidad de la nueva negación que es la pena. Este planteamiento es comprensible dentro de la concepción general del Hegel sobre el derecho, en que hay que partir de su conocida frase: "lo que es racional, es lo real, y lo que es real eso es racional"³⁴ Para Hegel justamente el derecho es: "...la expresión de la voluntad racional, ya que en cuanto racional u organización racional es liberación de la necesidad..."³⁵. Pero ello desligado de otra consideración, ya sea de ley natural, contractual o historicista, sino sólo como expresión del espíritu en cuanto tal, como la contradicción con el mundo de la necesidad cuya oposición es el mundo de la racionalidad y la libertad. El delito es, entonces una expresión de una voluntad irracional, luego el injusto es expresión de esa contradicción entre dos voluntades. Pero de partida hay una voluntad irreal o nula en sí. , Que es la delictiva, pues es negación de la racionalidad que es lo único real. De ahí que el delito sea la irracionalidad, de lo nulo, de lo irreal. Es por eso que la pena aparece como la negación de la negación del derecho (constituida

necesariamente privación de bienes jurídicos...".³⁸ Por su parte para Welzel la pena aparece: "... presidida por el postulado de la retribución justa, esto es, de que "cada uno sufra lo que sus hechos valen"...".³⁹ Se trata, pues, de un mal que se impone al sujeto culpable.

En definitiva para las teorías absolutas, considerando especialmente su expresión retribucionista, la pena es un mal que recae sobre un sujeto que ha cometido un mal desde el punto de vista del derecho. Ahora bien, cada uno de los males tiene la misma naturaleza jurídica, esto es, que implican una afectación de bienes jurídicos y sobre esa base es que plantea la posibilidad de adecuación relativamente precisa entre la medida de un mal al otro. A la intensidad de una afectación a un bien jurídico protegido por el derecho se responde mediante la afectación en medida similar sobre un bien jurídico del sujeto. Ahora bien, tal mal que recae sobre el sujeto requiere, para no ser expresión de puro autoritarismo, una justificación subjetiva, esto es, hay que partir de la base de un sujeto libre, capaz de decidir entre el bien o el mal o bien de reconocer el valor. Si la pena no ha de ser expresión del puro autoritarismo o de la pura fuerza del Estado, sino expresión de derecho, entonces el derecho ha de poder motivar al individuo mediante sus reglas, ha de poder vincular obligatoriamente el comportamiento del individuo, lo que supone su libertad, su capacidad de reconocer el valor. Hay pues una clara correspondencia entre las teorías absolutas retribucionistas y las teorías imperativistas de la norma. De ahí también la coincidencia entre los autores como Binding y Welzel, a su vez sus máximos exponentes del pensamiento dogmático, pues ésta ha surgido y se ha desarrollado especialmente bajo tales concepciones.

Cabe destacar que estas teorías absolutas muestran gran preocupación por la justicia y por lo tanto por la llamada "pena justa", tanto desde el punto del hecho como respecto del sujeto por el hecho realizado, de ahí que ellas hayan servido para desarrollar el principio de culpabilidad, sólo se responde por el hecho y en cuanto al sujeto sea culpable. Por eso estas teorías han sido esencialmente garantistas, esto es, impedir una intervención abusiva del Estado.

Pero la crítica surge desde su propio punto de partida ético, de buscar la justicia como tal, al plantearse el problema desde un punto de vista absoluto, como si existiera un orden de verdades o valores absolutos e inmovibles; se olvida que no se trata de una investigación teológica o metafísica, sino sólo dentro de un determinado sistema social, que como se ha visto, es completamente complejo y relativo. Esto ha llevado a la consideración del derecho y del derecho penal como puro problema ético,

en que sólo están en juego valores absolutos. Todo lo cual choca con la realidad social que regula el derecho y del cual es expresión. Por otra parte, si se parte de estos criterios absolutos, se debe considerar al hombre dotado de libertad absoluta (libre albedrío), lo que tampoco es demostrable y no pasa de ser un simple axioma dogmático. Pero además, dentro de un Estado democrático no aparece racional ni tampoco apropiado a la dignidad de la persona humana, en virtud de la trascendencia que se le reconoce en un Estado de derecho democrático, que la pena sólo consista en un mal, que sólo tenga el objeto de retribuir. Tal unilateralidad, a pesar de todas las garantías que se establecen, está marcado por las ideas de la "venganza", que no resultan adecuadas en una concepción de un Estado de democrático.

b.2) Teorías relativas de la pena

Las teorías relativas o de la prevención no se preocupan en el fundamento de la pena, sino de ¿para qué sirve la pena?. En forma amplia se puede decir que dos son las corrientes principales: la prevención general, vista como "una advertencia a todos para que se abstengan de delinquir" o como sostiene Antón Oneca: "Un escarmiento en cabeza ajena"⁴⁰; y la prevención especial, que es continuando con la idea de dicho autor: "...la actuación sobre el delincuente mismo, ya sea enmendándolo para que en el futuro no vuelva a delinquir, o bien impidiéndole una actividad delictiva..."⁴¹.

b.2.1) La prevención general

La prevención general ha sido sustentada entre otros por Bentham y Feuerbach. Para Bentham la pena debe ser útil, en forma general, por eso el fin de la pena es la prevención general, pero no sólo eso, sino que además es su único fundamento legitimante, que residirá en su utilidad y más precisamente "en su necesidad". Para este autor el delito no es algo malo, reprobable, moralmente, sino que está caracterizado por su "dañosidad social", por eso las penas son "males infligidos, según las formas jurídicas, a individuos convictos de un acto dañino, prohibido por la ley, y con el fin de prevenir actos semejantes". Para que las penas cumplan con su finalidad útil han de tener una serie de "cualidades deseables":

divisibles, ciertas, iguales, conmensurables, análogas al delito, ejemplares, "económicas" ("grado de severidad necesario para alcanzar su fin"), remisibles o revocables, suprimir el poder de dañar, tendencia a la reforma moral, convertibilidad en provecho para el lesionado, simplicidad en su descripción, popular, etc. Por eso era importante la espectacularidad de la pena de muerte, justamente para lograr una mayor efectividad de la pena en su capacidad preventiva general. Por ello también se preocupa por la ejecución de la pena y aún del propio lugar en que ella se lleva a efecto, desarrollando el sistema de construcción penitenciario llamado Panóptico, que permitía la ejecución de la pena con un más lato grado de eficacia. Pero a quien se le reconoce como el mayor precursor de esta tendencia es a Feuerbach, por la nitidez con que la expresó. Para este autor se trata de prevenir en forma general los delitos, esto es, mediante una intimidación o coacción psicológica respecto a todos los ciudadanos. El "impulso sensual será eliminado en cuanto cada uno sepa que inevitablemente seguirá un mal a su hecho, que es mayor que el desagrado que surge del impulso no satisfechos hacia el hecho". Rechaza a la retribución moral, porque ella pertenece a un orden moral, pero no jurídico, esto es, propio de la sociedad civil y de ahí que según él sería además "físicamente imposible". La pena en una sociedad civil organizada, lo cual sólo puede lograr en cuanto la pena implique la coacción psicológica de todos. De este modo la pena se adecua a los fines del Estado, le es útil, ya que éste no es más que la sociedad burguesa organizada.

Esta teoría se debate entre dos ideas; la utilización del miedo y la consideración de la racionalidad del hombre: En el fondo esta teoría si no quiere caer en el totalitarismo, en el terror, en la consideración del hombre como animal que responde sólo a presiones negativas, tiene necesariamente que reconocer por una parte, la capacidad racional, absolutamente racional del hombre, lo cual es una ficción igual al libre albedrío, o bien, por otra, un Estado absolutamente racional, lo cual también es una ficción.

En todo caso hay una crítica social que no puede superar, que viene desde Kant, en el sentido que el individuo no debe ser utilizado como medio para las intenciones de otro ni quedar incluido dentro del derecho de cosas. Sin embargo, diferentes autores dan respuesta a las críticas de Kant, tal es el caso de Hoerster, que estima que tal planteamiento sería contundente "si la medida apareciese respecto al individuo arbitraria e injusta". Para Hoerster la cuestión reside en combinar los puntos de vista de la prevención general y la distribución justa. La prevención general serviría para justificar la intervención punitiva del Estado, en cambio la distribución justa explicaría quién y en qué medida, esto es, cómo castiga el Estado. Pero en verdad,

con ello simplemente se hace un traslado desde la prevención general a una argumentación sobre la justicia en particular, basada en la racionalidad: distribución equitativa o justa o igualitaria o socialmente ética por parte del Estado. Más el problema reside justamente ahí. ¿Es posible demostrar tal distribución justa o racional? Ello es puesto en duda desde el ángulo estricto del Estado de derecho liberal por Nozick. Para este autor, cuando se habla de razón social o entidad social, en último término: "... siempre se trata de gente en individual, de personas distintas, con sus propias vidas individuales, y se usa entonces algunas de ellas en beneficio de otras..."². La expresión "bien social" encubriría esta realidad de modo intencional o no y ello implicaría que tal Estado de derecho se está negando a sí mismo, pues no respetaría suficientemente a las personas individuales consideradas y a sus vidas, que son únicas y, por tanto, no intercambiables.

Ni la racionalidad, ni la distribución igualitaria son virtudes inherentes o inminentes del sistema, tales características dependen de los intereses concretos del grupo hegemónico. Por esto, la teoría de la prevención general o cae en la utilización del miedo como forma de control social, con lo cual se entra en el Estado de terror y en la transformación de los individuos en animales; o bien en una suposición de una racionalidad absoluta del hombre en el sopesamiento de costos (la pena aumentaría el costo del delito) y beneficios, lo cual es una ficción como el libre albedrío. Y por último, se cae en la teoría del bien social o la utilidad pública, que lo único que hace es encubrir: la realidad de los intereses en juego, una determinada socialización, los fallos, las contradicciones y conflictos de una democracia todavía imperfecta.

Pero en la base del pensamiento preventivo-general no sólo está el argumento de la racionalidad, sino también el de la utilidad. La pena retributiva resulta sin utilidad para la sociedad, pues ni puede lógicamente eliminar el hecho producido ni tampoco impedir que tales hechos ocurran en el futuro, ya que no se lo plantea. Se queda simplemente en el plano metafísico, despegada de la realidad. Como el hecho producido es imposible eliminarlo, lo que le interesa lograr a la sociedad es impedir que otros hechos similares se produzcan en el futuro. Luego la pena debe tener tal función utilitaria, lo que se lograría a través del criterio preventivo-general. Pero sus propios defensores están de acuerdo que ciertas penas, como tales (pena de muerte) y con relación a ciertos delitos (delitos económicos), no tienen efecto preventivo general alguno. Por eso se tiende a considerar que los postulados preventivo-generales son aplicables a un grupo determinado de penas, delitos o autores. Con lo cual se abandona

una idea preventivo-general amplia y se suscribe a una preventivo-general reducida. Pero aún esta misma aparece discutible empíricamente.

Pero el efecto preventivo propiamente radica en la certeza y prontitud de la aplicación de la pena. Lo que a su vez hay que tomarlo relativamente. Así al insistir sin límites en la eficacia preventivo-general lleva inevitablemente, para aumentarla, a la transformación del Estado democrático de derecho en un Estado puramente policial. En suma hay que destacar en el planteamiento preventivo general, que es un intento importante para justificar la intervención penal en un Estado de derecho, basándose no en razones ético-metafísicas, sino en razones sociales y político-jurídicas, ético-utilitarias.

Los problemas con los que se enfrenta son, sin embargo, variados y desde diferentes perspectivas. Desde el punto de vista de un Estado de derecho resultan cuestionables los medios utilizados, el medio (la coacción psicológica) y la instrumentalización de la persona humana. Por otra parte, en ese mismo sentido garantizador un tal planteamiento tiende a graduar la pena no por el hecho cometido, sino conforme a los fines socio-políticos del Estado, con lo cual también se transgrede otro principio fundamental de un Estado de derecho y se va por la pendiente del autoritarismo y arbitrariedad total. Además desde el punto de vista exclusivamente utilitario, la prevención general intimidatoria no es posible comprobarla, por lo menos en el estado actual de las ciencias sociales, lo cual la convierte entonces en una cuestión de fe o simplemente de disquisición filosófica y, por tanto, contradictoria con el postulado de utilidad social. Más aún, para un Estado que pone su acento en la intervención de los procesos sociales, como única de paliar su disfuncionalidad, la prevención general resulta inadecuada justamente por su generalidad, ya que todo lo que se trata es *de diferenciar los procesos y controlarlos en su especificidad.*

Pero el problema central de la teoría de la prevención general reside en el hecho, que como estima Barbero Santos: "...que con relación al individuo que se le aplica la pena resulta puro castigo, puro mal..." ¿Cómo entonces se puede configurar una teoría del delito y del sujeto responsable a partir de la teoría de la prevención general?. Ello resulta casi imposible, porque se tiende a suprimir la culpabilidad del delito, aspecto referido al sujeto responsable. Por lo menos los autores retribucionistas se refieren encubiertamente a él mediante el concepto de culpabilidad, en que lo convierten en un "Hombre", dotado de libertad absoluta, y por eso evaden considerar al hombre concreto, al hombre responsable, los autores de la *prevención general (Hassemer, Gimbernat, etc.) lo hacen desaparecer y*

les basta con la necesidad de la pena (su utilidad), que no entra en consideración con el hombre concreto al que se le aplica, sino con relación al efecto intimidante sobre los demás (a su "utilidad social" al "bien público"). El individuo concreto queda totalmente cosificado, se deshumaniza el derecho penal. Pero no sólo eso, también resulta difícil la construcción de la teoría del delito, que es lo único que queda en pie, pues consecuentemente hay que prescindir de una consideración normativa de derecho (de valores vinculantes, que motivan al sujeto), pues lo único que está presente es la coacción, la intimidación (por eso consecuentemente ya Feuerbach decía que la imputabilidad era capacidad de ser intimidado, y que los semiimputables debían tener, por eso mayor y no menor pena), y la coacción puede forzar, pero no comprometer, no obliga al sujeto. De ahí que para un tal modelo lo más adecuado sería el sistema de la teoría pura del derecho de Kelsen, en el cual el sujeto no cuenta y, por tanto, tampoco la norma o las reglas jurídicas. Todo queda reducido al Estado y al individuo inerte frente a él, algo muy diferente a lo que se pretende en un Estado social y democrático de derecho.

b.2.2) La prevención especial

La idea de la prevención surge en la segunda mitad del siglo XIX con la escuela positiva italiana, se difunde con las diferentes escuelas eclécticas, en especial con la dirección político-criminal de v. Litz y últimamente con la nueva defensa social de Marc Ancel.

Así Ferri, con quien la escuela positiva italiana llega a su punto máximo de esplendor, señala que: "...la sanción no tiene que infligir un castigo proporcionado a una culpa moral, sino proveer a la más eficaz defensa social frente a delincuentes peligrosos, que serían los más..."⁴³; y al excluirse entonces toda idea de retribución moral, se borra toda diferencia entre penas y medidas de seguridad, pues ambas tendrían la misma función y naturaleza, esto es, rehabilitar o segregar, según sea el caso.

Por su parte, Dorado Montero, sostenía: "...el abandono completo de la punición de los delincuentes y actuar con relación a éstos con medidas de protección tutelar..."⁴⁴. Su concepción iba más allá aún que la escuela positiva italiana.

El autor que logró universalizar la prevención especial fue Litz, quien ya en su obra "Programa de Marburgo" planteó que la pena debía regirse por el criterio de la prevención especial, y que según si el delincuente era ocasional, de estado o bien habitual incorregible, la finalidad de la pena sería la intimidación individualmente considerada, la corrección o la inocuización⁴⁵.

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

Este tipo de concepciones tutelares se extendió a finales de la década de los 60's y principios de los 70's. Es así como Plack aboga en Alemania por la supresión del derecho penal y su reemplazo por un derecho de medidas basado en la peligrosidad social del autor. Además trata de diferenciarse de un criterio defensivo puro señalando que tales medidas también han de alcanzar a la sociedad de los "buenos y justos", para que se acojan sin perjuicio a los que han fracasado.

En definitiva, desde v. Litz en adelante, la prevención especial logra gran trascendencia, ya sea sólo como planteamiento unilateral o bien como combinación con criterios retributivos o preventivo-generales. Ahora bien, en México, las repercusiones se notan en la propia Constitución Política, que en su artículo 18 señala que "... Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente..."⁴⁶

Para la prevención especial la retribución resulta inadecuada, pues parte de un ser libre e igual por naturaleza, pues para esta postura esto es cuestionable, pues los hombres no son libres, ni tampoco el delincuente es igual a un ser social, ya que está determinado al delito, es un anormal, es un peligroso social (ya decía Ferri que "desde el punto de vista natural o social solamente pueden ser delincuentes los que son anormales")⁴⁷. El

criminal aparece determinado al delito, luego intrínsecamente perverso, en razón de su naturaleza antropológica, biológica o social. La sociedad tiene entonces que defenderse contra él (Defensa Social o Nueva defensa Social), *para lo cual es necesario corregirlo o separarlo completamente de la sociedad: Se trata entonces de llevar a cabo una defensa social contra los enemigos de la sociedad.*

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

Común a la prevención general y especial es la objeción ya analizada, esto es, que implica una instrumentalización del hombre para los fines del Estado, con lo cual se cosifica y se pierde el respeto a la dignidad, que es uno de los pilares del Estado de derecho. Por eso, es que Roxin se pregunta críticamente: *„ Qué es lo que puede legitimar a una mayoría para subyugar a una minoría con forme a sus formas de vida, de donde surge un derecho a educar contra su voluntad a personas adultas, porqué ciertos ciudadanos no pueden vivir como les plazca. Pareciera por cierto muy pobre como fundamentación el hecho que tales personas son molestas o incómodas para la mayoría...⁴⁶*

Pero el punto más crítico de una pena resocializadora reside en el cuestionamiento de para qué sociedad. Es decir, las propias disfuncionalidades del Estado de derecho actual ya de por sí provocan fricciones de socialización cultural o subcultural, si bien diferentes a las planteadas por la mayoría. En definitiva, la resocialización sólo significaría reconocer como fin de un Estado democrático la posibilidad de manipulación de los individuos por parte del Estado, con ello la falta de control y rediscusión de éste, ya que las pautas de resocialización son determinadas por él y sus instancias, lo que puede en definitiva significar el totalitarismo de uno, algunos, o de la mayoría sobre la minoría.

Pero además, hay razones metodológicas empíricas y dificultades prácticas, para plantear, por lo menos en forma amplia, un criterio de prevención especial. En primer lugar hay una serie de delinquentes que no requerirían tratamiento, luego hay otros que no serían susceptibles de tratar, pues no se conoce un tratamiento para ellos, los llamados incorregibles y que v. Litz proponía inocuizar. En cuanto a los corregibles, las estadísticas que hay al respecto son discutibles si se ha logrado realmente sé corrección, por lo menos si ella es posible en los términos actuales de la sociedad. Este tipo de planteamientos y otros semejantes, como Barbero Santos ha denominado: "la crisis del pensamiento resocializador"⁴⁹. Más aún, ello se enlaza con cuestiones prácticas, es decir, que el tratamiento requiere disponer de grandes recursos, lo que es muy difícil, aún en los países de gran desarrollo. Poseer los establecimientos adecuados es siempre un privilegio. Luego, en el fondo el tratamiento queda reducido a un pequeño grupo de sujetos, aún respecto de ellos hay dudas en cuanto a su eficacia y supresión de la reincidencia, que se lo que se persigue. Por eso Bergalli considera que en: "...todo caso si resulta una contradicción es que dentro de la prisión tradicional se pueda llevar a cabo un tratamiento resocializador..."⁵⁰ De ahí que el mandato constitucional que la pena privativa de libertad resocialice y reeduce queda sólo como postulado, ya que requeriría todo un sistema renovado y radicalmente diferente, que en la actualidad no existe; por otra parte tal mandato resulta contradictorio, ya que la privación de libertad al segregar al individuo de lo social evidentemente no puede pretender resocializar o bien educar para la libertad. Dentro de los aspectos positivos de esta posición está al haber puesto su acento sobre el individuo, considerado como tal en sus particularidades, y no referirse solamente a un ser abstracto e indefinible, como en el caso de la teoría retributiva y la de prevención general. En ese sentido esta dirección tiene un carácter humanista, pues pretende un encuentro con el hombre real. Por otra parte, despoja a la pena de su carácter mítico moralizante, ya que lo importante es simplemente adecuar la pena a esas particularidades del sujeto, para

volverlo nuevamente útil a la sociedad, o por lo menos para que no la perjudique.

Pero sus aspectos negativos son serios y pueden resumirse en el hecho, que si bien es humanista, en cuanto lo que respecta a su dignidad, pues justamente puede significar la mayor violación posible a su personalidad, en cuanto a transformarle su misma conciencia. En ese sentido es el máximo instrumento de acción psíquica sobre el individuo, a diferencia de la retribución que era más que nada física y la prevención general, que sólo implicaba una disciplina psíquica general, pero no individualizada. En ese sentido puede representar (y así ha sido) el máximo de deshumanización y de absolutismo arbitrario, al querer imponer sólo una verdad, una determinada escala de valores y prescindir de la minoría o la disidencia. Por otra parte tiende a acentuar la llamada ideología de la divergencia, esto es, a plantear las cosas en blanco y negro, conforme a un sólo orden verdadero, y en ese sentido distinguir entre normales y anormales, entre sanos y enfermos. Ahora bien, desde el punto de vista de las teorías que implica el derecho penal, también se encuentra en problemas graves. Su planteamiento sobre el delincuente tiende a toda la problemática del derecho penal, sea absorbida por este punto de vista, esto es, desaparece la teoría del delito y es reemplazada por una tipología amplia y vaga de delincuentes, con lo cual, entonces se borran todas las garantías que han surgido en un Estado de derecho, es decir que resulta inaceptable, pero además inconstitucional. Pero esto tampoco quiere decir que quede a salvo la teoría del delincuente, pues no se plantea al delincuente como sujeto responsable, es decir, como un sujeto igual como todos los demás, y en relación a la cual está erigido todo el sistema social y político, sino como un sujeto diferente, anormal al cual entonces de ello se le pretende negar todos sus derechos fundamentales y su posición dentro del sistema político-social. Es decir, no se destaca al individuo para señalar su trascendencia e importancia, sino para convertirlo en un simple objeto, susceptible, por tanto en cuanto objeto de cualquier manipulación, instrumentalización o intervención estatal. De ahí que un planteamiento radicalmente consecuente preventivo-especial tiene que postular la desaparición de un derecho penal, con todas las teorías que lleva consigo (teoría del delito, de la pena del sujeto responsable) pero no para mejor, sino para eliminando todas las garantías y reconocimientos que implica el derecho y los límites que se ponen a la facultad penal del Estado.

b.2.3) Teorías mixtas

El planteamiento más simple y fue denominado por v. Lutz como el de la "doble vía en el derecho penal", esto es, se le reconoce una naturaleza retributiva, pero en caso de ciertos delincuentes estima necesario proceder con *criterios preventivos especiales, aplicar medidas*; es la posición que ha sido más acogida por la mayor parte de los países occidentales. pero con razón se le ha criticado que es contradictoria en si misma (¿cómo conciliar retribución con tratamiento?).

Otra posibilidad es combinar retribución con prevención general, ya sostenida por Merkel en el siglo XIX, para él cual si bien la pena era un mal y una respuesta a la acción realizada tendría un fin de: "fortalecer los preceptos y las obligaciones violadas por medio de la acción delictiva"⁵¹. En verdad este planteamiento es o bien *pura retribución (a lo que tiende)* y el planteamiento preventivo general es simplemente presumido como consustancial a la retribución o si realmente quiere ser preventivo, tiene que abandonar el criterio retributivo y buscar la intimidación general.

Otra fórmula mixta es aquella que plantea el carácter esencialmente preventivo del derecho penal e intenta unir la prevención general con la especial, dando casi siempre una mayor preponderancia al criterio preventivo general. Pero ya se ha visto lo contradictorio que son ambos tipos de finalidades y también sus sustentaciones teóricas.

b.2.3.1) La prevención general general

Hassemer abandona una prevención general intimidatoria (como la planteó Feuerbach) o "especial" y se inclina por una prevención general "amplia", que sólo persiga la estabilización de la conciencia del derecho, con lo que se pretende convertir el derecho penal en un control social jurídico-penal racional y esclarecido. En el fondo esta tendencia se acerca hasta casi confundirse con aquella mixta que une retribución con prevención general, ya que *simplemente esta prevención general amplia tiene que presumirse o estimarse*.

b.2.3.2) Prevención especial democrática

Enrique Bacigalupo parte de la prevención especial, formulando un nuevo contenido para el derecho penal y el delito; para él con la pena: "...se puede

obtener la reintegración social del autor, lo que a su vez entonces justamente la legitimidad como medio de política social. Para su aplicación habrá que distinguir entre los autores según su forma de reaccionar frente a ella, con lo cual desaparece la distinción entre penas y medidas, y entre imputables e inimputables.⁵² Pero se trataría de un sistema preventivo democráticamente orientado, por tanto tomando en cuenta los límites que ello impone su desarrollo. Pareciera que el hecho de añadir el carácter democrático a la prevención especial no elimina (aunque puede morigerarlos) sus problemas teóricos, de determinismo, de la ideología de la diferenciación, ni tampoco entonces sus problemas para construir las teorías propias del derecho penal. Por eso el propio Bacigalupo señala que la idea de resocialización expresa antes que todo la exigencia de derogación del derecho penal de retribución, pero sin que haya claramente su contenido alternativo.

b.2.3.3) Prevención general democrática

Para Santiago Mir Puig, el modelo de estado social y democrático de derecho exige que la pena cumpla: "...una misión (política) de regulación de la activa vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos", y ello sólo se puede cumplir mediante una pena cuya función sea la prevención⁵³. Ahora bien, como reconoce que un derecho penal concebido para ser eficaz corre peligro de caer en el terror penal, plantea que la función de prevención ha de quedar estrictamente limitada por los principios que rigen justamente a un Estado social y democrático de derecho (protección de los bienes jurídicos y proporcionalidad; principio de legalidad; servir a la mayoría, pero respetando a la minoría). Dentro de la prevención le asigna un papel preponderante a la prevención general, la prevención especial "sólo puede perseguirse dentro del marco de lo que permita la necesidad de prevención general"⁵⁴. Esta función de prevención supone atribuir un significado directivo en este sentido "imperativo", de regulación social, a la norma jurídico-penal, asignándole la función de crear expectativas sociales que motiven a la colectividad a abstenerse de la comisión de delitos; en otras palabras, la prevención presupone que la pena tiene eficacia motivadora y consecuentemente también que el hombre es capaz de motivación.

Este planeamiento al revés del mixto de Merkel o también superador de Hassemer, no va en el camino de convertir la prevención general en retribución, sino de acentuar el carácter intimidatorio (en el sentido de Feuerbach) y por tanto de eficacia y utilidad social de la prevención general y específicamente en el sentido que intimidar no es motivar (por lo menos

no en el sentido normativo, respecto de un valor y por tanto de plantearse si había o no capacidad para el valor), luego se trata de una cuestión psicológica, que se da o no, y el delito justamente implica que no se ha dado, por lo tanto la pena aplicada no es más que tratar de forzar la intimidación de los otros, en utilizar al sujeto que ha cometido el hecho en ejemplo de la fuerza del Estado en relación con los demás. Pero respecto de él ya ha fracasado, luego queda para él sólo un mal o puro castigo (y respecto de los demás lo consecuente sería aumentar las penas, para evitar nuevos delitos). Difícilmente entonces la prevención general no puede individualizar, si quiere individualizar se convierte en prevención especial, luego en algo totalmente diferente y si se quiere plantear motivación, luego tiene que recurrir a una capacidad abstracta del hombre, no diferente al libre albedrío, lo que lleva nuevamente a la retribución. También aquí el carácter democrático sólo puede atemperar su inclinación al terror estatal, intimidar no es motivar, y si es motivar, ya no es prevención general; intimidar de modo general no es diferenciar, y se es diferenciar los procesos concretos que han llevado a delinquir, ya no es prevención general. Por eso, como ya se ha señalado, lo consecuente desde un punto de vista preventivo-general es prescindir de la culpabilidad o de la teoría del sujeto responsable (del delincuente) y en cuanto a la teoría de del delito no partir de los planteamientos normativos (monistas imperativistas o dualistas), sino de los de Kelsen, lo esencial de la norma penal es la sanción (el acto de coacción), la conducta humana es un puro presupuesto fáctico (la norma nada tiene que ver con el comportamiento humano, sino sólo con la actividad del Estado, que es sancionar). Pero todo esto pareciera estar muy lejos del planteamiento de un Estado social y democrático de derecho.

b.2.3.4) El interaccionismo

Parte no de la pena misma, sino del sistema penal como tal. La pena tiene como función entrar a regular la interacción entre el "yo", el "alter" y el "tercero". Al regular esta interacción lo que en el fondo protege a la posibilidad de participación social, la confianza en el sistema, a pesar de la infracción, y al mismo tiempo crea posibilidades de participación, que sería el sentido de la resocialización. Con esto se superaría un puro sistema de pena, concebido retributivamente como pura garantía, y un sistema de medidas concebido en forma preventivo-especial, como puro tratamiento. Uno totalmente abstracto y el otro completamente utilitario. Ambos en el fondo metapenales, ya sean en sentido metafísico o metasocial.

Este planteamiento, por su propio carácter interaccionista resulta demasiado formal, más como aspiración de explicación, vaga e imprecisa, sin un sistema claro de garantías y efectos concretos claramente delimitados.

b.2.3.5) El planteamiento dialéctico.

Claus Roxin considera que el derecho penal actuaría con la pena en diferentes momentos: "...comunicación penal que aparece en primer plano de la prevención general..."⁵⁵, entendida en forma amplia, semejante a la posición de Hassemer; "...imposición y medición de la pena...", que sería el momento de la realización de la justicia, en el fondo el planteamiento retributivo-general a semejanza de Merkel y Jakobs, y por último, "...ejecución de la pena, que es el momento de la prevención especial, el de la reinserción o resocialización del delincuente...". Es entonces un proceso dialéctico en que el momento de retribución no aparece de modo abstracto, para cumplir un ideal absoluto de justicia, sino limitado y condicionado por la realidad impuesta por los momentos de prevención general y especial. Pero en esta concepción no escapa la situación de que uno debe ser predominante; para tal planteamiento, tal es la prevención especial, tal y como lo sostiene dicho autor: "Se puede decir que para la concepción moderna la resocialización debe considerarse como el fin principal de la pena, ya que sirve tanto al delincuente como a la sociedad y es la que más se aproxima a la meta de una coexistencia de todos los ciudadanos en paz y en libertad"⁵⁶. De todos modos, evidentemente, este criterio podría caer en la arbitrariedad que él mismo ha criticado, eso sería por el condicionamiento que le imponen los otros momentos y sobre todo porque "la pena no puede superar en su gravedad el grado de culpabilidad del delincuente (función limitadora del principio de culpabilidad)"

En definitiva este planteamiento es de carácter preventivo, ya que el momento retributivo queda totalmente vaciado de su contenido clásico y es más bien una manifestación de la justicia, en el sentido sólo del límite impuesto por la culpabilidad a la prevención.

Por otro lado Juan Bustos busca una concepción de la pena, al considerar que: "...el problema central con que se enfrenta un investigador en un Estado social y democrático de derecho respecto de las teorías absolutas (incluida la retribución) es su falta de utilidad, y en relación a las preventivas, su utilitarismo..."⁵⁷. Concluyendo que tal circunstancia es lo que

se debe superar. Habría entonces que distinguir dos niveles en la pena, uno referido a lo que es la pena y el otro a la imposición de la pena.

En cuanto al primero, históricamente no es sino una autoconstatación ideológica del Estado, no es pues neutral, como no es neutral el Estado. Mediante la pena el Estado demuestra su existencia frente a todos los ciudadanos, señala que el sistema por él elegido sigue vigente (esta cuestión no aparece dilucidada, ni podía serlo, por las teorías preventivas, con lo cual encubrían esta realidad y planteaban un Estado neutral o benefactor por principio, con la imposibilidad de entrar en discusión con él; los hombres eran los malos, no el Estado. Las teorías absolutas, en cambio *si tendían a responder a este problema, pero ligándolo a cuestiones metafísicas*, con planteamientos dogmáticos absolutos, por ello también el Estado, como ente moral por excelencia quedaba fuera de discusión). Ahora bien, de lo que es la pena no pueden surgir fines (ya que como tal se basa en sí misma), sino sólo funciones, que vienen a ser a su vez la fuente de su legitimación (su génesis). Así en otras épocas, del Estado absoluto, la autoconstatación cumplía la función de la justicia divina en la tierra, en cuanto el soberano era el representante de Dios, esa era su legitimación y además su fuente de origen. Pero en un Estado social y democrático de derecho, que se asienta sobre la realidad social (y no sobre la metafísica), la función de la pena no puede ser otra que proteger su sistema social, que en el campo del penal, implica la protección de los bienes jurídicos que ha fijado, en definitiva de las relaciones sociales concretas que ha determinado. *El Estado democrático se autoconstata con su propio sistema*, luego en el conjunto de bienes jurídicos que lo integran, la protección de los bienes jurídicos es la fuente de legitimación. El punto central de la revisión crítica, de juego dialéctico, reside en los bienes jurídicos; un Estado democrático implica necesariamente la participación de todos los bienes jurídicos y por tanto de su rediscusión constante, en su revisión crítica, con lo cual se pone en revisión su legitimación, la propia autoconstatación y las fuentes de su generación. El principio de lo que es la pena no se convierte así a un principio absoluto, carente de utilidad social, como en las teorías absolutas, sino todo lo contrario, en posibilidad de una constante profundización democrática del sistema, en el que entonces el individuo, con su capacidad de participar en las relaciones sociales, adquiere el rol más importante y básico del sistema. Ciertamente sería posible constatar empíricamente que la autoconstatación, así concebida, provoque como efecto de reafianzamiento de la conciencia jurídica y aún de intimidación, es decir, que haya un efecto preventivo-general. Pero ello no agrega ni quita a la autoconstatación (ideológica), aunque no se produjera ninguno de tales efectos, la pena seguiría siendo lo que es. Todo lo contrario, el preocuparse exclusivamente por los efectos, transformaría al Estado de derecho democrático, lo llevaría a preocuparse por la eficacia,

por establecer mecanismos de obediencia y no legitimación, se convertirían los bienes jurídicos en valores absolutos, se eliminaría la participación de todos, la constante rediscusión crítica, en definitiva se acogería la vía de un Estado autoritario o absolutista (totalitario o policial).

El segundo nivel en la pena, tan importante o más que el primero, es el de su imposición. Las penas están para imponerse y ello sólo es posible mediante un proceso de concretización en un individuo. La pena implica pues siempre un proceso de imposición en un individuo. La imposición, a diferencia de lo que es, por ser una cuestión práctica, de manejo instrumental, requiere necesariamente de un fin, de otro modo no tendría sentido. En un estado social y democrático de derecho, en que todos los hombres han de ser iguales en su consideración y dignidad, ningún hombre puede ser medio en relación a otros hombres o a un objeto (bien social, utilidad pública, orden social, que por lo demás siempre implica a considerar a otros individuos -grupo, mayoría, minoría, etc.- en definitiva nuevamente medio en relación a otros hombres). La finalidad de la imposición de la pena no puede ir más allá del fin propio del individuo dentro de una sociedad democrática, esto es, aumentar su capacidad de liberación, participación, resolución de conflictos sociales. Así supera el utilitarismo de las posiciones preventivas. Luego, la pena ha de tener desde el punto de vista de su imposición una actividad positiva, ofrecer alternativas al sujeto para superar sus conflictos sociales, dentro de lo cual el delito es sólo un conflicto agudo; alternativas en que todos han de tener la posibilidad de participar, tampoco puede tener, por tanto, un carácter absoluto, han de profundizarse democráticamente. El problema del delito y del sujeto responsable (delincuente) surge así como esencialmente político, en que todo el Estado, es un conjunto, es corresponsable, ya que de partida él fija el delito (al fijar los bienes jurídicos) y por tanto, también ha de establecer las condiciones necesarias para que ello no sea un conflicto insuperable para el sujeto. Todo delito en ese sentido implica también un fallo en dichas condiciones. De ahí que la pena en su posición implique siempre una actividad positiva del Estado en su conjunto, lo que implica necesariamente una progresiva y mayor democratización del Estado. Por cierto, mientras el Estado exista, la función de la pena (protección de bienes jurídicos), legitimación de lo que es la pena (autoconstatación del Estado), predominará, en los casos límites, sobre el fin de la pena (remover obstáculos a la participación y crítica del sujeto), y éste último, en esos casos, sólo servirá como principio garantizador limitativo pasivo para que no se anule la participación libre y crítica, pero no para promoverla.

Ahora bien, desde el punto de vista de las teorías del derecho penal un tal planteamiento implica reconocer el rol que juega el individuo dentro de la

sociedad y por tanto su capacidad de relación social y de participar en ellas física y espiritualmente y por tanto de conocerlas y reconocerlas. Implica también, que esas relaciones sociales pueden ser base de un sistema normativo, en el que se puedan señalar determinados comportamientos sociales y fijar determinados hitos sociales. En definitiva, esto supone la posibilidad de valorar socialmente y motivar conforme a esas valoraciones, supuesto indispensable para una teoría normativa y diferente a una teoría de la pura coacción. Así se puede construir una teoría del delito, a partir del comportamiento humano social (no metafísico) y no de la actividad del Estado. Pero también hay que ir más allá, hacia una teoría del sujeto responsable, esto es, de averiguar sus conflictos concretos en el hecho que realizó, sus condiciones, tanto individuales como sociales, abarcarlo por tanto, no sólo a él, sino también a toda la sociedad, al Estado en su conjunto (de este modo se supera en planteamiento puro de la culpabilidad o de reproche, como sucede en las teorías absolutas, sin caer tampoco en la negación del hombre, como sucede en las teorías preventivas). Y por último se construye una teoría de la pena, ya que es necesario indagar democráticamente sobre las alternativas que se han de ofrecer a conflictos sociales; con lo cual uno de sus principios básicos, ha de ser si la pena es necesaria o no (principio de necesidad). No se trata pues simplemente de establecer una relación matemática entre culpa moral y castigo, como en las teorías absolutas, en que la teoría de la pena se convierte en una teoría aritmética, ni tampoco de adecuar la pena a la evitación de un posible daño futuro, en que la teoría de la pena se convierte en un planteamiento de probabilidades, sino establece vías alternativas al sujeto para la solución de sus actuales conflictos sociales, que es mucho más que un problema aritmético de probabilidades, es un problema humano, pero también es lo más que podría plantear un Estado democrático, si quiere siendo tal y no derivar en un Estado totalitario o Absolutista.

por establecer mecanismos de obediencia y no legitimación, se convertirían los bienes jurídicos en valores absolutos, se eliminaría la participación de todos, la constante rediscusión crítica, en definitiva se acogería la vía de un Estado autoritario o absolutista (totalitario o policial).

El segundo nivel en la pena, tan importante o más que el primero, es el de su imposición. Las penas están para imponerse y ello sólo es posible mediante un proceso de concretización en un individuo. La pena implica pues siempre un proceso de imposición en un individuo. La imposición, a diferencia de lo que es, por ser una cuestión práctica, de manejo instrumental, requiere necesariamente de un fin, de otro modo no tendría sentido. En un estado social y democrático de derecho, en que todos los hombres han de ser iguales en su consideración y dignidad, ningún hombre puede ser medio en relación a otros hombres o a un objeto (bien social, utilidad pública, orden social, que por lo demás siempre implica a considerar a otros individuos -grupo, mayoría, minoría, etc.- en definitiva nuevamente medio en relación a otros hombres). La finalidad de la imposición de la pena no puede ir más allá del fin propio del individuo dentro de una sociedad democrática, esto es, aumentar su capacidad de liberación, participación, resolución de conflictos sociales. Así supera el utilitarismo de las posiciones preventivas. Luego, la pena ha de tener desde el punto de vista de su imposición una actividad positiva, ofrecer alternativas al sujeto para superar sus conflictos sociales, dentro de lo cual el delito es sólo un conflicto agudo; alternativas en que todos han de tener la posibilidad de participar, tampoco puede tener, por tanto, un carácter absoluto, han de profundizarse democráticamente. El problema del delito y del sujeto responsable (delincuente) surge así como esencialmente político, en que todo el Estado, es un conjunto, es corresponsable, ya que de partida él fija el delito (al fijar los bienes jurídicos) y por tanto, también ha de establecer las condiciones necesarias para que ello no sea un conflicto insuperable para el sujeto. Todo delito en ese sentido implica también un fallo en dichas condiciones. De ahí que la pena en su posición implique siempre una actividad positiva del Estado en su conjunto, lo que implica necesariamente una progresiva y mayor democratización del Estado. Por cierto, mientras el Estado exista, la función de la pena (protección de bienes jurídicos), legitimación de lo que es la pena (autoconstatación del Estado), predominará, en los casos límites, sobre el fin de la pena (remover obstáculos a la participación y crítica del sujeto), y éste último, en esos casos, sólo servirá como principio garantizador limitativo pasivo para que no se anule la participación libre y crítica, pero no para promoverla.

Ahora bien, desde el punto de vista de las teorías del derecho penal un tal planteamiento implica reconocer el rol que juega el individuo dentro de la

sociedad y por tanto su capacidad de relación social y de participar en ellas física y espiritualmente y por tanto de conocerlas y reconocerlas. Implica también, que esas relaciones sociales pueden ser base de un sistema normativo, en el que se puedan señalar determinados comportamientos sociales y fijar determinados hitos sociales. En definitiva, esto supone la posibilidad de valorar socialmente y motivar conforme a esas valoraciones, supuesto indispensable para una *teoría normativa y diferente a una teoría de la pura coacción*. Así se puede construir una teoría del delito, a partir del comportamiento humano social (no metafísico) y no de la actividad del Estado. *Pero también hay que ir más allá, hacia una teoría del sujeto responsable*, esto es, de averiguar sus conflictos concretos en el hecho que realizó, sus condiciones, tanto individuales como sociales, abarcarlo por tanto, no sólo a él, sino también a toda la sociedad, al Estado en su conjunto (de este modo se supera en planteamiento puro de la culpabilidad o de reproche, como sucede en las teorías absolutas, sin caer tampoco en la negación del hombre, como sucede en las teorías preventivas). Y por último se construye una teoría de la pena, ya que es necesario indagar democráticamente sobre las alternativas que se han de ofrecer a conflictos sociales; con lo cual uno de sus principios básicos, ha de ser si la pena es necesaria o no (principio de necesidad). No se trata pues simplemente de establecer una relación matemática entre culpa moral y castigo, como en las teorías absolutas, en que la teoría de la pena se convierte en una teoría aritmética, ni tampoco de adecuar la pena a la evitación de un posible daño futuro, en que la teoría de la pena se convierte en un planteamiento de probabilidades, sino establece vías alternativas al sujeto para la solución de sus actuales conflictos sociales, que es mucho más que un problema aritmético de probabilidades, es un problema humano, pero también es lo más que podría plantear un Estado democrático, si quiere siendo tal y no derivar en un Estado totalitario o Absolutista.

Capítulo IV

CULPABILIDAD COMO GARANTIA DEL CIUDADANO

Tradicionalmente se ha planteado la culpabilidad como lo subjetivo, así muy claramente en el causalismo naturalista desde una perspectiva subjetiva valorativa, en el causalismo valorativo y en el finalismo. En definitiva, la tendencia ha sido ir distinguiendo lo subjetivo referido al obrar del sujeto (que el hecho es suyo y por tanto en él ya aparece reflejada su personalidad social, esto es, que el hecho está dotado de sentido y significación) y lo subjetivo referido al sujeto mismo actuante.

Ahora bien, la culpabilidad ha sido predominantemente referida en todo caso a lo obrado por el sujeto, a su hecho, de ahí que el principio garantista fundamental desde una perspectiva es la culpabilidad por el hecho. Lo que se trata de determinar no puede ir más allá del mundo interior del sujeto en relación al hecho concreto. No se trata de analizar al hombre en abstracto, desligado de toda realidad, sino frente a un hecho concreto. De ahí la importancia de la tipicidad y la antijuricidad, pues viene a determinar objetiva, subjetiva y normativamente ese hecho el cual se responde. Si ese hecho no apareciera ya especificado en el injusto (como delito) no tendría sentido el principio garantista de culpabilidad por el hecho. De ahí también que es importante la determinación de que se trata de un hecho pleno de sentido y significación, pues de otra manera también la culpabilidad por el hecho quedaría en el vacío, pues se respondería en forma exclusivamente

objetiva. Desde de un punto de vista garantista la tipicidad señala qué comportamientos precisos pueden ser atribuidos al ámbito situacional descrito en el tipo legal; la antijuricidad por qué tales comportamientos se consideran contrarios a todo el ordenamiento jurídico. La clave del delito está entonces en qué afecta y por qué al bien jurídico. La culpabilidad, por su parte, vendría a señalar frente a ese delito así determinado la posibilidad de plantear una responsabilidad del sujeto respecto de él, esto es la posibilidad de afrontar el hecho o de contestar por lo realizado.

Ciertamente la problemática de la culpabilidad es muy antigua, y todos los autores se han referido a ella, sí bien en una primera época con diferente nombre y distinta sistemática: fuerza moral del delito, imputación, imputabilidad, etc. Pero su concepto y sistematización actuales son de reciente data; sólo a mediados del siglo pasado Adolf Merkel y sobre todo con Binding, se logra un planteamiento de ella semejante al que se hace en las obras modernas.

a) TEORIAS SOBRE LA CULPABILIDAD

a.1) Teoría psicológica de la culpabilidad

La teoría psicológica de la culpabilidad se corresponde con el naturalismo causalista, y en ambos casos su fundamento es el positivismo del siglo XIX. Es v. Lizt. quien da nacimiento a la teoría psicológica, quien deja reducida la acción a un proceso causal originado en un impulso voluntario, pero la representación de su contenido no es el problema de la acción, sino de la culpabilidad. Esta relación subjetiva con la acción se agota en el dolo y la culpa. Por otra parte, *la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad*, es capacidad de acción. "La culpabilidad es responsabilidad por el resultado causado mediante un movimiento corporal voluntario", y "presupuesto de la responsabilidad penal y con ello contenido de imputabilidad no es una libertad de voluntad sustraída a la ley causal, sino únicamente la determinabilidad regular de la voluntad mediante representaciones de la religión, de la moralidad, del derecho, de la

inteligencia, que regulan en general nuestro comportamiento total"⁵⁸.

La teoría psicológica, que dominó durante el siglo XIX y parte del actual, ha sido superada por la teoría normativa de la culpabilidad. La teoría psicológica se encontró especialmente con dos grandes problemas. Por una parte tenía dificultad para configurar un concepto superior de culpabilidad que englobara tanto el dolo como la culpa, sobre todo la culpa inconsciente. En el fondo, así como lo injusto era construido sobre la acción, con lo cual había dificultades para explicar la omisión, el naturalismo causalista constituía la culpabilidad sobre el dolo, lo que hacía difícil dar un enfoque satisfactorio de la culpa. Es por ello que Kohlrausch *tiene que llegar consecuentemente a señalar que la culpa inconsciente no representaba culpabilidad, con lo cual eliminaba, la culpa inconsciente del derecho penal; pero además la culpa consiente la asimilaba al dolo como una puesta en peligro dolosa, y por eso afirmaba: "Lo que se denomina dolo y culpa (consiente) no son propiamente diferentes formas de culpabilidad, sino igualmente contravenciones culpables de diferentes clases de normas", para determinar con la aseveración categórica de que "sólo hay una forma de culpabilidad que es idéntica con la que se llama dolo..."*.

Por otra parte, la teoría psicológica no estaba en condiciones de explicar satisfactoriamente la concurrencia de determinadas circunstancias que excluían la responsabilidad, como era, por ejemplo, el caso del estado de necesidad, o qué por lo menos la atenuaban, casos de agotamiento, de emociones violentas, etc. Es decir, dicha teoría no era capaz de fundamentar la naturaleza esencialmente graduable de la culpabilidad. Del mismo modo que en lo injusto, donde tampoco desde la causalidad podía fundamentarse cabalmente una graduación de lo injusto concreto, ya que la relación causal se da o no; en la culpabilidad sucedía algo semejante, pues la relación psicológica se da o no se da; por eso los problemas se presentaban aún en la culpa, ya que en ella resulta difícil establecer dicha relación psicológica con el hecho.

a.2) La teoría normativa de la culpabilidad.

El fundador de la teoría normativa de la culpabilidad y quien primero señaló que la culpabilidad es reprochabilidad fue Reinhard von Frank, mismo que parte del análisis de aquellas circunstancias dispensadoras, y llega a la conclusión de que forman parte de la culpabilidad como la imputabilidad, el

dolo y la culpa, y que precisamente su función es excluirla o graduarla. Utiliza para ello diferentes ejemplos; así, en el dolo señala que resulta diferente la situación del cajero de un negocio que toma el dinero para el costoso mantenimiento de su querida, y la del empleado de correos encargado de giros de dinero, mal pagado, que tiene a su mujer enferma y numerosos niños; igual en el caso de la culpa, donde se sirve del ejemplo del cochero que es obligado a ir al mercado bajo el temor del despido, a pesar de que ha hecho presente de que el caballo se espanta con la gente y no es posible detenerlo, pues sujeta las rindas con la cola, con lo cual es previsible un accidente. Por eso que Frank entiende como elemento de la culpabilidad *"el estado normal de las circunstancias en las actúa el autor"*⁵⁹. Posición a la cual va introduciendo, como las circunstancias acompañantes normales. luego motivación normal y por último sólo la consideración de las causas de exclusión de la culpabilidad.

Además de Frank, James Goldschmidt es otro autor determinante en la configuración de la teoría normativa de la culpabilidad. Goldschmidt distingue entre norma jurídica y norma de deber; la norma jurídica dice relación con lo injusto, es de carácter objetivo y general, la norma de deber dice relación con la culpabilidad, es de carácter subjetivo e individual. El elemento normativo de la culpabilidad es justamente la contravención al deber. *"La culpabilidad como modalidad de un hecho antijurídico es su posibilidad de reconducirlo a motivación reprobable (valorativamente objetable)";* y agrega: *"pues ésta consiste en el no dejarse motivar, objetable valorativamente, de la voluntad por la representación del deber"*⁶⁰

El tercer autor que contribuyó sustancialmente a la constitución de la teoría normativa de la culpabilidad fue Berthold Freudenthal, quien plantea que para cubrir el espacio entre la culpabilidad e inculpabilidad hay que recurrir al principio general de exigibilidad. La culpabilidad "es la desaprobación de que el autor se haya comportado así, cuando hubiera podido y debido comportarse en forma diferente"⁶¹. Este planteamiento de exigibilidad, o del poder, es también recalcado al mismo tiempo por Goldschmidt.

Edmund Mezger es el gran difusor, sobre todo en el mundo hispanoamericano, de la teoría normativa de la culpabilidad, y también quien pretende dar una visión sintética de ella. La culpabilidad es para él: "...tanto un determinado contenido cuando también un juicio de valor sobre ese contenido; es, pues su reprochabilidad; sus componentes son: la

imputabilidad -que no es entonces un presupuesto de ella-, una determinada relación psicológica del autor con el hecho- dolo o culpa- y la ausencia de causas especiales de exclusión de la culpabilidad (es decir, tanto las circunstancias acompañantes, la motivación normal o la exigibilidad no aparecen en forma positiva como una característica de la culpabilidad, sino en forma negativa, como exclusión de la culpabilidad)...⁶²

En suma, en toda esta evolución de la teoría normativa de la culpabilidad se puede apreciar que sucede algo semejante a lo que ocurre con la teoría del injusto. En lo injusto, a una base naturalista-causalista se le agrega la teoría de los valores; al positivismo del siglo XIX simplemente se le agrega el neokantismo de la primera mitad del siglo XX. En la culpabilidad, a una base naturalista-psicológica se le agrega también la teoría de los valores, primero en forma vaga y difusa -caso de Frank-, posteriormente con mayor claridad en los autores que le siguen. Con esto se superponen en la culpabilidad un criterio de carácter eticizante y de neto corte retributivo; por eso se llega a una posición ecléctica y con ello también a una fundamentación de la pena y de la medida de seguridad. En la vuelta al clasicismo, al igual que en lo injusto se da la espalda, aunque sea con contradicciones internas, a v. Lizt y se regresa a Binding.

a.3) El normativismo restringido al sujeto.

Dentro de esta evolución, el finalismo aparece como una clara consecución hasta las últimas consecuencias de lo ya iniciado. Es la precisión de la culpabilidad estrictamente desde el punto de vista de reprochabilidad; por eso es el "poder en lugar de ello", el autor "hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma (Welzel). "El reproche de culpabilidad presupone que el autor se habría podido motivar de acuerdo a la norma, y esto no en un sentido abstracto de que algún hombre en vez del autor, sino que concretamente este hombre hubiera podido en esa situación estructurar una voluntad de acuerdo a la norma"⁶³. Con ello los elementos de *reprochabilidad son la imputabilidad y la posibilidad de comprensión de la antijuricidad*. El dolo y la culpa no pueden ser elementos de reprochabilidad, y que no se refieren a la posibilidad de motivarse conforme de la norma, sino que implican según todos reconocen, una relación con el hecho, esto es, es un aspecto subjetivo del comportamiento. Ahora bien, sin embargo, a pesar de estar establecida la culpabilidad, el poder en lugar de ello, la capacidad para motivarse conforme a la norma, el reproche puede ser dispensado en virtud de que hay circunstancias que influyen

fuertemente sobre la motivación misma, se trata de causas de inexigibilidad de otra conducta, que por tanto exculpan. La exigibilidad no aparece como elemento positivo, sino causal de exclusión. En Welzel, surge con gran claridad la vuelta al clasicismo, y por ello mismo la acentuación del libre albedrío como fundamento de la culpabilidad: "El libre albedrío es la capacidad de poderse determinar conforme a sentido. Es la libertad respecto de la coacción causal, ciega e indiferente al sentido, para la autodeterminación conforme a sentido"⁶⁴.

a.4) Otras posiciones

a.4.1) La sintomática

Dos son los autores fundamentales de esta posición: Ottokar Tesar y Horst Kollmann. Para Tesar, el hecho delictivo revela un determinado sustrato psíquico, la culpabilidad aparece como un defecto psíquico y, por eso, el dolo como forma de culpabilidad es una falta de sentimiento y la culpa una falta de representaciones. Para Kollmann, el concepto de culpabilidad es todavía más amplio, no se trata de la relación con el hecho o acción, sino con el autor; por eso la lesión del derecho viene a ser sólo un medio de reconocimiento de la culpabilidad; ésta sería, en verdad, una falta del interés social, que es el presupuesto del ordenamiento jurídico.

Lo característico de estos dos autores es desligar totalmente la culpabilidad del hecho cometido; se trata realmente de una culpabilidad de autor, ya sea del carácter o personalidad, como en el caso de Tesar (defecto psíquico), o el ánimo, como en el caso de Kollmann (falta de interés social).

a.4.2) La de autor de la escuela nazista de Kiel.

Quien mejor sintetizó esta posición fue Schanffstein, para quien el delito es una lesión del deber, "lesión de los deberes sociales del pueblo". Con ello niega la significación del bien jurídico como un aporte liberal, unifica antijuricidad y culpabilidad, pone el acento sobre el ánimo en la culpabilidad y, por eso, se manifiesta entusiasta del planteamiento de Dahm del delincuente como un traidor. Con esto nuevamente la culpabilidad se desconectaba del hecho y se le ponía con relación al autor, al traidor a los deberes del pueblo alemán.

a.4.3) Culpabilidad de voluntad conjuntamente con culpabilidad de carácter, personalidad o por conducción de vida.

Desde la antigüedad, muchos autores plantearon que la culpabilidad se basada en el reproche a la voluntad (entendida ésta como libre o relativamente libre) no lograba explicar el ámbito del derecho penal, sobre el ámbito de la culpa. Por eso, sin negar totalmente la culpabilidad de voluntad y consecuentemente por el hecho, plantean también, especialmente para la culpa, la culpabilidad como un defecto del carácter, culpabilidad de sentido (Exner), la culpabilidad como falta de interés (English). También, en cierto modo, esta dualidad se advierte en Welzel: "El objeto primario de reproche de culpabilidad es la voluntad y sólo a través de ella también toda la acción... Culpabilidad es "reprochabilidad" de la configuración de la voluntad. Toda la culpabilidad es según esto culpabilidad de voluntad"⁶⁵; pero más adelante agrega. "La culpabilidad como falta de autodeterminación conforme a sentido puede ser un fracaso único del centro del yo responsable de la persona; pero puede también fundamentarse en un estrato permanente de la personalidad... Siempre, el centro del yo puede estar en actividad sólo para unas pocas tareas actualmente decisivas; todas las demás han de quedar ya decididas en el semiconsciente o en el inconsciente. Esta decisión previa pertenece a la función del "estrato de la personalidad" situado entre el estrato profundo y el centro el yo. Este es -visto desde el centro del yo- una reserva de decisiones ejecutadas anteriormente, que se ha convertido en actitud y posición interna inconsciente de la personalidad"⁶⁶. Aquí en cierto modo se transforma la tradicional posición de la teoría de la voluntad, de que la raíz de la culpa inconsciente estaría en un acto voluntario cronológicamente anterior o remoto en el planteamiento de que hay actos de decisión anterior incorporados a la estructura de la personalidad y que posteriormente mandan desde el inconsciente, y que por esto quedan dentro de lo que es la configuración de la voluntad. Por ello Welzel agrega: "La culpabilidad puede, por esto, tener su raíz ya en la construcción deficiente o errónea de este estrato de la personalidad, como fundamento determinante de la acción antijurídica individual. Este es el caso por ejemplo, del delincuente por tendencia, que ha incorporado en sí en forma insuficiente las normas de conducta social o las ha perdido nuevamente por su conducción de vida, o del autor pasional, que ha dejado crecer en forma desmesurada en sí la pasión o no ha desarrollado las fuerzas inhibitorias contrarias, o del negligente o imprudente temerario que ha cultivado en forma insuficiente el estar tenso ante los peligros de carácter inconsciente. En todos estos casos, la culpabilidad del hecho individual tiene su raíz en un momento permanente, este es, en la estructura defectuosa del estrato de la

personalidad, en un defecto reprochable del carácter (llamado "culpabilidad de autor")⁶⁷.

Estos planteamientos de culpabilidad por conducción de vida, de carácter o de personalidad, y que a su vez no son ya culpabilidad por el hecho, son recogidos en general por muchos autores como complementarios de la culpabilidad de voluntad y consecuentemente de la culpabilidad por el hecho, respecto de materias determinadas, como de reincidencia, determinación de la pena, habitualidad y profesionalidad. Realmente, en esto se está también muy cerca de los planteamientos positivistas de la peligrosidad, a partir de la tendencia al delito del autor, y no del hecho cometido, posición de unir culpabilidad de voluntad con culpabilidad por la conducción de vida. Pero con ello evidentemente se está vulnerando la función garantizadora que cumple la culpabilidad, esto es, de responder por algo determinado, por el hecho cometido, y no por algo tan amplio y tan estrechamente ligado al proceso social como es la conducción de vida. La conducción de vida podrá servir para explicar un hecho, y por ello mismo para atenuar o eximir la responsabilidad, o para poder determinar mejor el tratamiento a aplicar (para la individualización de la pena o medida) frente al hecho cometido, dadas las características del sujeto, pero jamás para fundamentar su culpabilidad.

b) POSICIONES CRITICAS RESPECTO DE LA CULPABILIDAD.

b.1) La antigua crítica del positivismo italiano (el problema del libre albedrío o del determinismo)

Tradicionalmente, como se ha señalado, la culpabilidad se plantea como una culpabilidad de voluntad, esto es, lo que se reprocha es la voluntad misma o la configuración de ella. Ahora bien: en cuanto a su fundamento, se ha entendido predominantemente dentro de la escuela clásica como libre albedrío. Así, ya Francisco Carrara señalaba: "La libertad es un atributo indispensable de la voluntad, de manera que ésta no puede existir sin aquella, del mismo modo que no puede haber materia sin gravedad" y más adelante precisaba este concepto: "La libertad de elegir, como

potencia abstracta del ánimo, no puede quitarse nunca al hombre. Hasta que cae desde una altura, mientras cae y sabe que cae, no quisiera caer. La libertad como idea le queda aún, pero le está impedida la realización de la idea⁶⁸. Lo mismo ha planteado más recientemente Weizel al fundamentar categóricamente la culpabilidad: "El libre albedrío es la capacidad para poderse determinar conforme a sentido. Es la libertad respecto de la coacción causal, ciega e indiferente al sentido, para la autodeterminación conforme a sentido... Voluntad mala es dependencia causal de impulsos contrarios al valor y en tal medida voluntad no libre. La libertad no es un estado, sino un acto: el acto de liberación de la coacción causal de los impulsos para la autodeterminación conforme a sentido"⁶⁹.

La escuela positivista negó la culpabilidad en la medida que dirigió su crítica al libre albedrío, razón por la cual Ferri argumentaba: "Los criminalistas de la Edad Media y de épocas posteriores exigían como condición necesaria de imputabilidad la normalidad de la conciencia e inteligencia, así como la libertad de elección voluntaria. A consecuencia de las críticas de la escuela positiva, que reveló que la existencia del libre albedrío no puede demostrarse científicamente y fue negada por insignes teólogos y filósofos, y que en modo alguno puede la justicia penal condicionarse a la creencia de la libertad de querer del delincuente, las legislaciones penales más modernas... redujeron aquella distinción a la voluntariedad del hecho"⁷⁰. Frente al libre albedrío del positivismo afirmó *el determinismo*, esto es, el delincuente es un ser determinado al delito y por eso mismo: "...debemos decir que desde el punto de vista natural (o social) sólo pueden ser delincuentes los que son anormales..."⁷¹. Frente a él, al Estado le cabe actuar en defensa social, y esto tiene como fundamento único que "...el hombre es responsable siempre de todo acto que realice, sólo porque y en tanto vive en sociedad. Viviendo en sociedad, el hombre recibe las ventajas de la protección y ayuda para el desenvolvimiento de la propia personalidad física, intelectual, moral. Por ello debe también sufrir las restricciones y sanciones correspondientes que aseguran aquel mínimo de disciplina social, sin el cual no es posible ningún consorcio civil. Ahora bien: planteando que la justicia penal no se asienta sobre la retribución y por tanto su fundamento no es el libre albedrío, sino que se basa en la defensa social, el criterio para medir las medidas represivas que se tomen en defensa de la sociedad no podrá ser, pues, el de la culpabilidad, sino el de la peligrosidad, esto es, la capacidad para delinquir, o lo que es lo mismo, la probabilidad de repetición de otras acciones delictivas, lo que a su vez implica tener en cuenta por parte la temibilidad del sujeto y su readaptación social."⁷²

b.2) La actual crítica a la culpabilidad

Los planteamientos en contra del libre albedrío han continuado más allá de la escuela positiva, y sobre todo en el pasado próximo, no para plantear el regreso al determinismo, sino para sustituir la culpabilidad por otro tipo de principios. Ellscheid y Hassemmer señalan: "Sobre ello hay consenso en la ciencia jurídico-penal, de que la culpabilidad sólo es posible en libertad. Pero la libertad, como ella se entiende, no es un contenido respecto al cual el Juez puede allegar constataciones comprobables. Por el contrario, toda la acentuación de factores y cadenas causales en el comportamiento interior y exterior del autor excluye la suposición de libertad en ese comportamiento". Gimbernat Ordeig agrega al respecto: "Aunque en abstracto existiera el libre albedrío, lo que en cualquier caso es imposible de demostrar si una persona concreta en una situación concreta ha cometido libremente o no determinado delito... La conducta depende de tal multitud de elementos que cae fuera de las posibilidades humanas abarcarlos y averiguar cómo han actuado en el caso concreto: un hombre - con sus siempre limitados conocimientos- no puede juzgar a otro hombre"; y en consecuencia afirma: "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal? No lo tiene si argumenta así: la dogmática penal presupone el derecho penal, el derecho penal presupone la pena, la pena presupone la culpabilidad y la culpabilidad no existe." ⁷³De esta argumentación se ha admitido el último postulado (la culpabilidad es indemostrable), pero se ha rechazado que la pena y, por tanto, el derecho presuponga la culpabilidad. La conclusión a la que se ha llegado, pues ha sido, expresándolo con la imagen de las fichas de dominó, ésta: Es cierto que la primera ficha cae, pero en su caída no arrastra a las demás. Por su parte, Roxin, criticando la posición de la culpabilidad de Welzel, asevera: "Pero esta concepción tropieza con dificultades tanto en sus presupuestos como en sus consecuencias. Se basa en la aceptación de una libertad de voluntad (o libre albedrío) que escapa de la comprobación empírica"⁷⁴. Posteriormente, Córdoba Roda ha sintetizado con mucha precisión: "La concepción normativa de la culpabilidad conforme a la cual ésta es entendida como reproche que se dirige al sujeto porque, no obstante poder cumplir las normas jurídicas, llevó a cabo una acción constitutiva de delito, ha sido objeto de reflexión anterior que se han centrado en dos aspectos distintos: a) en la práctica imposibilidad de que los tribunales den efectiva constancia de libertad de actuación del condenado en la situación concreta en la que cometió el delito sometido a juicio; b) en las dificultades de concebir la culpabilidad como reproche, cuando lo cierto es que la formulación de éste no presupone la existencia de autorreproche alguno del agente. El caracterizar a la culpabilidad como un juicio que no aparece condicionado ni a la positiva constatación de una libertad de actuar de modo distinto en el

sujeto, ni a la de un sentimiento de reproche en éste, constituye un serio obstáculo para concebir la esencia de la pena como un castigo de una determinada conducta".⁷⁵

El análisis de todas estas críticas al concepto de culpabilidad, cuya *coincidencia se da especialmente en la objeción al libre albedrío*, se traduce en distinguir tres tipos de posiciones: 1. Aquellas que niegan por completo el concepto de culpabilidad y los sustituyen por otro tipo de criterios; 2. Aquellas que si bien sostienen una actitud crítica, mantienen, sin embargo, el concepto de culpabilidad, pero mirando desde los fines del derecho penal; y 3. aquellas que mantienen el principio de culpabilidad, también con una visión crítica y que intentan su complementación y revisión interna.

b.3) Sustitución del concepto de culpabilidad.

Habría que considerar a aquellos autores que fundamentan y miden la pena sin recurrir para nada al concepto de culpabilidad; tales vías se basan especialmente sobre la necesidad de la pena.

Es cierto lo que dice Gimbernat Ordeig, quede lo que se trata es de que la pena no sea: "algo irracional, sino racional, es más: razonable" y además se trata de "desenmascarar la culpabilidad (por lo menos, su constatabilidad) como un prejuicio -pues si no lo desenmascararan como tal (ya lo están haciendo) las ciencias empíricas- , y no obstante, seguir afirmando que la dignidad humana y el derecho penal liberal del Estado de derecho"⁷⁶. Pero es difícil pensar que la necesidad de la pena pueda cumplir tales funciones. Así Muñoz Conde apunta: "La necesidad de la pena como tal es un concepto vacío y requiere preguntarse entonces por el sentido de la pena, que habría que buscarlo en criterios como los del rango de los bienes jurídicos, prevención general o especial. Frente a ellos, hay que plantear que por una parte, no sirven para explicar todos los *fenómenos que se dan en la culpabilidad*, esto es, *inimputabilidad*, *imputabilidad disminuida*, *error de prohibición*, *estado de necesidad*, y por otra parte no cumplen la función de la culpabilidad, esto es, de ser garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado. Al contrario, tales criterios dejan al ciudadano entregado completamente al arbitrio del Estado"⁷⁷.

b.4) Culpabilidad analizada desde los fines de la pena

(Criterio extrínseco de determinación)

Hay algunas tentativas destinadas no a eliminar el principio de culpabilidad, pero sí a interpretarlo desde los fines del derecho penal o de la pena; para tal caso, especialmente de Roxin y de Günther Jakobs. Así señala Roxin: *"La pena no puede, en mi opinión, sobrepasar la medida de la culpabilidad. Así, pues, la culpabilidad, a la que hemos declarado inadecuada para fundamentar la potestad estatal, sin embargo ahora debe servir para limitarla. ¿Cómo es ello posible? Pues bien, esto es necesario porque los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona, que presiden nuestra Ley Fundamental y la tradición occidental, indiscutiblemente presuponen al hombre como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad"*; y agrega: *"Precisamente por ello se puede dejar en suspenso tranquilamente la cuestión del libre albedrío, a la que honradamente no podemos dar una respuesta concluyente; incluso quien crea que hay que negarlo, sin embargo debería reconocer el principio de culpabilidad en la esfera normativa de las regulaciones ordenadoras de la sociedad, como una disposición de la comunidad jurídica, que protege al particular de la superioridad de un poder estatal que violara la personalidad de aquél. Si se quisiera negar la culpabilidad incluso como concepto limitador de la pena, ello no iba a significar que se absolviera a todo el mundo. La consecuencia sería únicamente que ya nada podría impedir al Estado imponer sin límites penas terroristas a los solos fines de motivación"⁷⁸.*

Por su parte Jakobs plantea: *"La relación entre culpabilidad y fin, sólo puede ser en el sentido de que el fin tiñe la culpabilidad..."*; y agrega: *"...La culpabilidad es determinada por el fin y por cierto la culpabilidad misma, y no una responsabilidad desprendida"*. Con ello critica a Roxin.

En otras palabras, Roxin mantiene el concepto de culpabilidad especialmente en razón de su función garantizadora, y por ello mismo no como fundante, sino únicamente como limitante. Ahora bien, en el fondo convierte la culpabilidad en una categoría únicamente formal, ya que no es decisivo el poder actuar de otra manera, pues tal fórmula no permite solucionar la mayoría de los problemas de la culpabilidad (en el estado de necesidad se puede actuar de otra manera), y por ello introduce una nueva categoría separada de la culpabilidad, que es la responsabilidad, que se determina conforme a criterios político-criminales, a la necesidad de la pena. Estos criterios político-criminales están referidos al fin de la pena con

la prevención general y la especial. Este planteamiento absoluto que, por ejemplo, desde un punto de vista de prevención general no tiene sentido la aplicación de la pena en el caso de inimputabilidad porque falta la posibilidad de motivación por la norma. Al contrario, muy bien se puede plantear desde un punto de vista de prevención general que la pena es necesaria respecto de inimputables, porque además ya mirando desde la prevención general empieza a resultar sin sentido una distinción entre imputables e inimputables. Menos aún sirve el criterio de prevención especial, ya que aquí además podría suceder que un imputable no sea necesaria la pena, pero sí para un inimputable. Para la prevención especial juega en gran medida no sólo la pretendida resocialización del sujeto, sino además la peligrosidad de éste, y evidentemente éstos son puntos de vista que no se compadecen con los de la imputabilidad o error de prohibición; en ambos casos se pueden plantear criterios de resocialización o de peligrosidad para aplicar la pena. Por lo demás, difícilmente se puede entender, salvo con un salto en el vacío, que la culpabilidad pueda ser limitante de la pena, sin ser al mismo tiempo su presupuesto y, por tanto, fundante, o al menos base de su imposición específica.

La diferencia entre Jakobs y Roxin reside en que el primero, con razón, desecha una distinción entre culpabilidad y responsabilidad, en que la culpabilidad queda reducida a una simple categoría formal, y determinación desde el fin a la culpabilidad misma, objeto de darle algún contenido material ("Sólo el fin da contenido al concepto de culpabilidad"). Tal fin no es otro que el de prevención general. "Esto es prevención general no en el sentido de intimidación, sino del ejercicio de fidelidad al derecho"; y precisa: "No se trata primariamente de socialización o intimidación del autor a otros, sino de la prevención general en el sentido de la garantía de aquellas expectativas, cuya energía de desengaño el ordenamiento necesita para su conservación". En general a Jakobs se le pueden hacer las mismas críticas que a Roxin en lo que se refiere a la prevención general. Pero además en razón de los conceptos que él mismo da, esto es, el determinar la culpabilidad en forma preventivo-general; luego, el castigo no en razón de una compensación de culpabilidad, sino para la manutención del ordenamiento. Concepto que devuelve nuevamente un carácter eminentemente retributivo al derecho penal, muy semejante al que sostenía Carrara. La pena es compensación de desorden, viene a restablecer el desorden provocado y su medida va a ser la medida del desorden, para lo cual sirve el concepto de expectativa. Realmente con ello entonces no se avanza demasiado, y se deja en último término la culpabilidad, al ser su contenido la prevención general, carente de una base de limitación definida, como bien lo reconoce el propio Jakobs: lo que constituye la culpabilidad no puede ser limitado por ella misma, puede ser un criterio de

limitación de otra cosa, en este caso de la prevención general.

b.5) Criterios intrínsecos de una determinación revisada de la culpabilidad.

Los autores que sostienen tales posiciones parten también criticando las bases tradicionales de la culpabilidad, esto es, el libre albedrío y su carácter de reproche ético; cabe destacar entre ellos a Córdoba Roda, Muñoz Conde y Mir Puig. Para Córdoba Roda "la sustitución del requisito de la culpabilidad... incurre... en dos reparos fundamentales: a) incapacidad para ofrecer una determinación conceptual de determinadas materias como la inimputabilidad y el error de prohibición; b) riesgo para ciertas garantías en favor de la persona humana". Luego la manutención de la culpabilidad, pero con una diferente dimensión: en primer lugar en su función garantizadora, que se expresa primordialmente en que "deba mantenerse el principio de política legislativa conforme a al cual la pena no debe rebasar el marco fijado por el desvalor de la acción efectuada", y en segundo lugar, en la manutención de poder actuar de modo distinto. esto último, también como criterio garantizador y limitador, esto es, "una exigencia impuesta por la necesidad de lograr una mayor justicia penal"⁷⁹; luego no se trata de determinar si (en forma absoluta) le era posible actuar de manera distinta al sujeto ni tampoco averiguar si "le fuera real y efectivamente imposible actuar conforme a derecho" -con lo que se contesta a Roxin y también a Gimbernat-, sino simplemente de tomar en cuenta todas las circunstancias que en el caso concreto recayeron sobre el sujeto, ya sea determinándolo en su actuar o influyéndolo, en mayor o menor medida. Por eso mismo, la necesidad de la pena en modo alguno es un criterio sustituyente de la culpabilidad, sino adicional, es una nueva garantía de limitación: "La pena deje de ser impuesta en todos aquellos casos que resulte innecesaria" y en forma más precisa, señala Córdoba Roda, para salvar los problemas que llevan aparejados los conceptos de "tratamiento y resocialización", "en lugar de condicionar la ejecución de la pena o la comprobación de que ésta es necesaria al objetivo de aplicar un tratamiento al condenado, proponer que los tribunales dispongan la no ejecución, si existe constancia de que la misma no es necesaria"⁸⁰.

La concepción de Córdoba Roda marca el camino para lograr una superación a las críticas, que por lo demás él mismo hace, al concepto de culpabilidad; el único interrogante que subsiste es si a pesar de todo, aún concibiendo el poder actuar en forma distinta como principio garantizador y restrictivo, no significa de todos modos introducir de alguna manera la

discusión entre el libre albedrío y determinismo, aunque en forma muy atenuado.

Muñoz Conde introduce un nuevo contenido a la culpabilidad, que aparece de igual manera que el de Jakobs fuertemente influido por Niklas Luhmann, y que por eso mismo guarda similitud con el de Jakobs, si bien se aparte de éste, en cuanto consecuentemente, y con razón, no hace el rodeo desde la prevención general, concepción que ataca, sino que derechamente va a una redefinición de la culpabilidad: "declaración de frustración de una expectativa jurídico-penal de una conducta determinada, que posibilita la imposición de una pena". Con eso Muñoz Conde intenta desprenderse de la alternativa existente: "O bien hay que aceptar el criterio del poder actuar de otra manera, si se quiere salvar el concepto de culpabilidad, o se tiene con este mismo criterio que negar la culpabilidad como presupuesto de pena... A pesar de todo, considero falso este punto de vista. Se puede salvar el concepto de culpabilidad sin que por ello haya que aceptar el criterio del poder actuar de otra manera, y hay otra posibilidad de fundamentar materialmente el concepto de culpabilidad"⁸¹. Por otra parte Muñoz Conde da un contenido material a su concepto de culpabilidad mediante tres criterios: motivación individual ("Para evitar las lesiones de bienes jurídicos, que la norma penal quiere proteger, ella provoca con la amenaza de pena mecanismos psicológicos, que no se pueden considerar en forma aislada, sino como partes de un proceso complejo, que se puede denominar motivación"), participación de los bienes jurídicos ("Difícilmente se le puede reprochar a un individuo la lesión de un bien jurídico cuando él en modo alguno es partícipe de ello, le es totalmente ajeno, está totalmente sojuzgado o despojado de sus derechos fundamentales"), y el rol social del individuo ("La expectativa de un comportamiento está en una relación estrecha con los roles que el individuo sume en la sociedad. Naturalmente el rol concreto tiene que ser precisado en el caso individual"). La concepción de Muñoz Conde tiene el mérito de poner la culpabilidad en el ámbito social y desde allí tratar de darle un contenido; la dificultad reside, como él mismo reconoce, en que los conceptos de expectativas y frustración son demasiado amplios y, por tanto, aplicable a todos los presupuestos del delito, esto es, también a lo injusto; además, resulta difícil justificar la aplicación de una reacción social tan grave como la pena desde la expectativa, o bien la frustración.

Stratenwerth es quizá quien más débilmente pone en revisión el concepto de culpabilidad, pero por ello mismo cobran importancia relevante sus afirmaciones de reconocimiento más allá de la culpabilidad misma: "El principio de culpabilidad confirma, según todo lo expuesto, su autonomía.

Mediante consideraciones de prevención no se deja de interpretar suficientemente ni sustituir. Pero al mismo tiempo no es reversible la comprensión de que las exigencias de la culpabilidad penal en su configuración particular contienen mayores o menores amplias concesiones a la política criminal". Por una parte reconoce que en el concepto tradicional de culpabilidad se esconden consideraciones de prevención, en especial de prevención general. Así, en el juicio de culpabilidad hay siempre un "momento de generalización", al que se subordina el poder actuar de otra manera del sujeto individual. Por otra parte, también puntos de vista preventivo-generales y especiales influyen las exigencias de la culpabilidad, y así el reconocimiento de una u otra manera de la culpabilidad de conducción de vida en los problemas de la culpa, del error de prohibición y de los hechos pasionales, en cuanto se pone el acento en las fallas que residen en el pasado, no es otra cosa que el planteamiento de "un cálculo político-criminal". Lo que en definitiva lleva a Stratenwerth a afirmar que "aquí no se trata de metafísica, sino de determinados mecanismos de elaboración de conflictos sociales. Es decir: se hará cada vez más difícil de tener por resuelto el fenómeno de la lesión de normas de conducta revestidas penalmente con referencia a la culpabilidad y la expiación". Con esto Stratenwerth pone el acento sobre el núcleo del problema, sin dar una solución, pero insinuando algunas vías: "Tenemos que examinar qué es lo que sucede realmente, cuando tratamos a un hombre como contraventor del derecho. Y esto no en primer lugar por un interés de conocimiento abstracto o en virtud de la perfección de los procesos de dirección social, sino en razón de que nosotros debemos responder frente al afectado por una sanción jurídico-penal, de lo que hemos irrogado"⁶². A pesar que Mir se plantea desde un punto de vista estricto preventivo-general para explicar toda la teoría del delito, no llega a la conclusión radical consecuente desde una perspectiva que basta con la necesidad de la pena y, por tanto, que la culpabilidad sobraría totalmente; ello, porque introduce una limitación a la prevención general desde un punto de vista de las garantías del Estado de derecho. Pero tampoco se contenta como Roxin, de establecer entonces la culpabilidad sólo como límite garantista, sino que trata de llegar a un concepto material de la culpabilidad, sobre la base de la motivabilidad, el sujeto debe tener capacidad de motivación, de otro modo el fin preventivo-general de la pena no se podía cumplir. Con lo cual entonces logra, como ningún otro autor, establecer un sistema garantista material ligado a un planteamiento preventivo-general. El problema es determinar el verdadero contenido de tal capacidad de motivación. Si en abstracto, no hay diferencia con el libre albedrío, y por eso pareciera señalarse cuando se plantea que el inimputable tendría tal capacidad, con lo cual se caería de nueva cuenta en toda la crítica actual a la culpabilidad; pero ésa no es la perspectiva de Mir, por eso habla de "anormalidad motivacional". De ahí que, si se toma en concreto esta capacidad de motivación, es aplicar la tesis determinista

positivista de la capacidad del sujeto de ser motivado por factores determinados causalmente, en ese sentido la frase que la inimputabilidad implica una "inferioridad respecto al imputable en cuanto a su capacidad de resistir los impulsos criminales"⁸³. A un planteamiento concreto diferente sólo se puede llegar dejando el criterio preventivo general, con base en la complejidad del sujeto social y del mundo de circunstancias que lo constituyen, que justamente lo convierten en un actor social y, por tanto, dotado de responsabilidad (social). Y frente a ello desaparece la importancia preventivo-general de la pena, la pura eficacia, pues precisamente el poner el acento en la eficacia destruye su capacidad de ser actor social y lo convierte (por lo menos se intenta convertirlo) en un instrumento de los fines del Estado.

c) CONCEPTO CRITICO DE CULPABILIDAD:

EL SUJETO RESPONSABLE

Resulta claro que es necesario depurar la discusión entre los partidarios del libre albedrío y deterministas. Como muy bien señala Carlos Pérez: "Las dos tendencias ignoraron y desecharon la realidad del sujeto en el mundo, sus mutuas relaciones modeladoras o deformadoras, pero, más que esto, la especialidad del ser para producirse a sí mismo, elevarse sobre las hostilidades materiales e instituir la sociabilidad a través del trabajo. Hemos expuesto ya que los dos son posturas metafísicas y negativas. La teología, por ahogar al individuo en el exceso de oportunidades y colocarlo ante un derroche de ofrecimientos que es incapaz de poseer. La otra, por avaricia en los dones, por situarlo en un vaivén de causas impenetrables y efectos inesperados, ajenos a su deseo y muchas veces contrarios a sus esperanzas". El libre albedrío se refiere a un HOMBRE -en mayúsculas- como un ente de cualidades generales y absolutas, luego, fuera, por tanto, del ámbito científico. El determinismo, por su parte, se refiere a un hombre -en minúsculas- atado a la causalidad ciega, concebida ésta también dogmáticamente, como no discutible e inalterable; luego, también fuera del tiempo y del espacio. una irrealidad, y por ello mismo acientífica. En el libre albedrío todo hombre está provisto de una cualidad inmutable e igual; en el determinismo hay hombres anormales, determinados al delito por una causalidad inmutable e irreversible. El libre albedrío permite reprochar, apostrojar al hombre su maldad, y con ello estigmatizarlo y separarlo de los buenos. El determinismo permite dividir entre hombres normales y anormales, y con ello también estigmatizar y separar al anormal de los

normales. Ambas tendencias, en el fondo son, pues, marcadamente individualistas y estigmatizadoras, y en verdad reniegan del hombre como tal. Y así lo que señala acertadamente Ellscheid-Hassemer respecto del libre albedrío, también es aplicable la concepción del delincuente como un ser anormal: "Mientras la teoría jurídico-penal más se libere del reproche ético-social más pronto considerará la intervención la intervención en los derechos fundamentales del autor como un medio dudoso y sí desvalioso"

La cuestión fundamental frente a la culpabilidad es determinar si como tal tiene algún sentido, cumple alguna función propia, o si ella es fácilmente susceptible. Tal función propia, como sucede con las demás (presupuestos de la sanción) está en relación a delimitar el poder sancionatorio del Estado, a fijarle principios de regulación. Ya se ha señalado que la tipicidad indica qué comportamientos pueden ser objeto sancionatorio del Estado y la antijuricidad señala por qué ello es posible. Hasta ahora los presupuestos de la sanción penal están exclusivamente referidos al comportamiento en primer lugar, sin perjuicio de que también en lo injusto quede determinado quién es el autor, lo que va a la determinación del comportamiento. Pero falta un aspecto fundamental de determinación; de otra manera, el ámbito del poder punitivo del Estado permanecería demasiado amplio y el individuo sin garantías frente a él. Se trata además, de saber por qué es posible determinar a alguien como autor; es necesario pues, dar razón suficiente de ello y que se conozcan tales razones, única manera de que la sociedad toda y el individuo puedan conocerlas y ejercer su crítica y constante revisión. Luego, junto a la tipicidad y a la antijuricidad tiene que surgir un nuevo aspecto, que cobre también un carácter cognoscitivo y garantizador. Este se ha denominado tradicionalmente culpabilidad y se ha intentado explicarlo sea desde el libre albedrío, bien desde el determinismo. Pero como señala Muñoz Conde, esta alternativa es falsa, no se trata de que sólo se puede afirmar la culpabilidad desde el libre albedrío o negarla porque esto no existe. Tampoco es posible sustituir este aspecto mediante los fines propios que se adscriben a la pena, pues ello implica un error en el planteamiento, ya que los fines de la pena no pueden sustituir sus presupuestos; así mismo Bustos Ramírez afirma: "...hay allí un salto lógico evidente. Tal planteamiento aplicado consecuentemente tendría que llevar no sólo a la sustitución por los fines de la pena de la culpabilidad, sino también a la antijuricidad y la tipicidad. Pero, claro, si bien muchos han enunciado repercusiones al respecto, nadie ha querido llegar hasta ello. Esto demuestra lo erróneo de tal planteamiento, pues su consecuente aplicación lleva al absurdo en último término y a la total falta de garantías para la sociedad y el individuo frente al Estado. Y el principio político-criminal fundamental es justamente garantizar a la sociedad y al individuo frente al Estado y proveer al desarrollo de la sociedad e individuo conjuntamente."⁸⁴

Otra cosa, naturalmente, es que tiene que haber una correspondencia entre los fines de la pena y los presupuestos de ella, y que por eso mismo los fines de la pena inciden necesariamente en éstos y le sirven de complementación, sobre todo para fijar sus contornos. Y en ese sentido, es claro que al convertirse en predominante la concepción que los fines de la pena son de carácter preventivo (general o especial), tenía que surgir una incompatibilidad con sus presupuestos, en especial, la culpabilidad, que seguían manteniéndose bajo una concepción coordinada con una pena retributiva o expiatoria, y donde el Estado aparecía como un sustituto de Dios. Pero en la medida en que el Estado es el poder opresivo ejercido por los propios hombres, tal concepción tenía que ir desapareciendo paulatinamente, y con ello una revisión no sólo de la pena, sino también de sus presupuestos. Al respecto Bustos abunda: "No obstante, se ha intentado el camino más sencillo, esto es, trasvasijar el contenido de la pena a su presupuesto, lo que es erróneo; de lo que se trata es de indagar los principios materiales de sustentan esos presupuestos, que en el caso de la tipicidad y la antijuricidad es el bien jurídico. Toca también investigar cuál es el contenido material de este aspecto que tradicionalmente se conoce como culpabilidad y que quizá no vale la pena cambiar de nombre, pues en el fondo, aunque con dirección errónea, apunta a lo que nos interesa, es decir, por que a ese autor se le aplica una sanción punitiva"⁶⁵.

Ahora bien; para determinar el contenido de la culpabilidad es necesario partir no del individuo, así como en lo injusto no de la acción, sino del individuo en sociedad. El hombre sólo puede ser comprendido en cuanto vive en sociedad. Pero evidentemente esto es una determinación demasiado amplia y vaga, la cual no serviría para fundamentar la culpabilidad; en este sentido, no basta entonces la afirmación de Ferri de que el hombre responde "sólo porque y en tanto vive en sociedad", ni menos por el hecho de que "recibe ventajas" de ello; lo uno, porque si bien es cierto, es demasiado vago, y lo otro, aunque más concreto, por no ser demasiado verdadero, ya que el delito es un fenómeno normal a la sociedad y más aún determinada estructura social y reacción social impone también delitos y delinquentes.

En este sentido es necesario hacer una revisión crítica de la teoría de la conducta desviada, como ha sucedido en los últimos tiempos. Tradicionalmente se ha planteado esta conducta como aquella desviada de las normas (o bien normas penales) y moderadamente como aquella desviada de las expectativas sociales. Luego se ha planteado un juicio descriptivo, como algo que ha llegado a ser así, y, por tanto, lo esencial era determinar como llegó a ser así; luego, esto es, las causas del

comportamiento criminal o de llegar a ser delincuente. Con ello, de una u otra manera, está implícita la idea de que eso es así; luego, la idea de la normalidad, característica del positivismo determinista del siglo XIX: Nuevamente se contraponen individuo y sociedad, además de olvidarse del papel del Estado. La concepción tanto del libre albedrío como del determinismo persiste, aún cuando no sea con la misma simpleza (libre albedrío: *el hombre llegó a ser criminal porque es malo y por tanto, su conducta es mala en sí, se ató a la causalidad o a la necesidad, en vez de elevarse a la libertad -en todo caso, estupidez extraña de explicar-; determinismo positivista: El hombre llegó a ser criminal porque es un anormal, estaba determinado a ello*). Esta teoría de desviación señala, entonces, que todo lo que se aparta de la norma o expectativa de la sociedad surge de por sí, tiene su propia causa. En alguna forma está atrás una cierta concepción totalitaria de la mayoría; *lo que dice la mayoría es lo verdadero, lo otro es lo falso, la división clásica entre lo blanco y lo negro; ello explica en gran medida también, bajo los auspicios de esta concepción, el aumento en los últimos tiempos de la persecución de toda conducta desviada, aún aquellas de simple oposición (política, social, económica, etc.)*. Por eso Muñoz Conde acierta cuando señala que: *"el problema material de la culpabilidad aparece también como un problema político. No es sorprendente que una categoría jurídica se manifieste también como una político-criminal; ciertamente detrás de todo concepto hay también un problema político (criminal)"*⁶⁶. *Es falso que la norma describa algo, lo que hace es imputar o asignar, la norma surge de una determinada estructura de poder, que no describe, sino que tiene como función imputar: designa delito (y delincuente); algo igual sucede con la expectativa; la expectativa también surge de alguien, de una estructura de poder que también tiene por función no describir, sino asignar. Tanto mediante el recurso a la norma como a la expectativa, si bien se señala un funcionamiento social, se hace en forma aparentemente neutra, acrítica, sin colisiones, con lo que se esconde la realidad del proceso social. Por eso es preferible la definición de conducta desviada que da Warner Rütger: "Comportamiento desviado es un comportamiento que es definitivo como tal por el medio ambiente"; aunque de todos modos hay que objetar que no se trata de definir, sino de asignar, de imponer como tal, y además de que es un planteamiento muy amplio donde evidentemente hay que precisar más los órganos de control, esto es, los que señalan qué es comportamiento desviado. También Karl Dieter Opp, que adopta una actitud crítica respecto de las nuevas orientaciones con relación a la conducta desviada, tiene que admitir que el hecho de que la antigua sociología criminal se haya circunscrito a la cuestión del porqué del comportamiento desviado o criminal, "hay que estimarlo indudablemente en forma negativa". Por otra parte, es cierto que esto no significa eliminar la pregunta por el porqué, pero ella integrada dentro de un proceso social de asignación o imputación. Sólo así dicha pregunta cobra sentido; así, por*

ejemplo para tomar el caso más simple y tradicional, el determinar que la causa del delito fue la personalidad esquizoide del sujeto, sólo cobra algún sentido en cuanto se la considera dentro de un proceso social de asignación, en que se dan múltiples interacciones y comunicaciones, que obligan a considerar a la esquizofrenia no sólo en el aspecto psicobiológico, sino en su dimensión social y, por ello, también en la signación que ha hecho ya de ella como tal el medio (de control). Y en esto, como dice Sack, "debería aparecer claro que los procesos de imputación no son un privilegio o una característica específica de los tribunales, policías y demás personas e instituciones de control social, sino que la imputación de las propiedades y procesos intencionales representa una característica general de los procesos interactivos y comunicativos entre hombres".

El punto de partida, y con lo anterior se rectifica lo dicho al principio, no puede ser sino el hombre en sociedad, pero no así en forma vaga, sino el *hombre concreto, en el mínimo social concreto, que es su relación social concreta, en que se da su comportamiento como una forma de vinculación. En lo injusto se trata, pues, de que el bien jurídico es una síntesis normativa de esa relación social determinada. En que se vincula dentro de esa relación social concreta; es la consideración de ese hombre no como simple sujeto, sino como actor, esto es, que cumple determinado papel asignado, pero realizado por él.*

El hombre no es entonces un simple sujeto de la relación social, sino además actor. Luego, desarrolla en ella un papel, que es dado tanto por la relación social misma, como por la sociedad toda, pero en la que interviene además con todas sus potencialidades; hay una constante interacción y vinculación entre los actores y demás circunstancias de la relación concreta y la sociedad toda. Ahora bien, como actor de la historia del desarrollo de las relaciones sociales, es que toma conciencia de su papel. Es el acto consiente lo que le permite desempeñar un papel, el que lo eleva sobre la necesidad, el que le ha permitido su desarrollo y superar obstáculos dentro del desarrollo social. Por este acto consiente es un acto social, dentro de la relación social; de ahí que sus características físicas, biológicas y psíquicas, hay que considerarlas primeramente en su dimensión social. No son de un hombre abstracto, sino dentro de una relación social. En la medida en que el hombre es un actor dentro del proceso social, es que el hombre puede responder de su actuación, por su papel, por lo realizado. Sólo así el hombre tiene la capacidad de respuesta. Su capacidad de responder no es de carácter abstracto ni metafísico, sino en razón de la conciencia concreta dentro de una relación social concreta.

Culpabilidad es responsabilidad, pero esta responsabilidad adquiere una dimensión mucho más profunda que la hasta ahora entendida. Al establecerse su responsabilidad se plantea la de la sociedad, tanto por el papel que le ha asignado, como por los controles (también los penales y, específicamente, la pena) de todo tipo que le ha impuesto; la conciencia del hombre surge del proceso social de su relación social; luego, la sociedad responde también por esa conciencia lograda por el hombre. Por ello *Bustos Ramirez afirma: "La conciencia no es primeramente una cuestión psíquica, sino histórico-social; es el proceso histórico-social el que determina, en relación a la psiquis del individuo, su conciencia; desarrollo histórico-social y conciencia son términos inseparables"*.

Culpabilidad es responsabilidad, no reproche, ni el planteamiento de que se podía actuar de otra manera; tampoco se trata de llegar a la conclusión de que es un ser determinado y, por tanto, sin conciencia, un animal, un simple proceso natural. Responsabilidad implica que el hombre es actor, esto es, que desempeña un papel y, por tanto, alcanza conciencia de él, pero como actor está dentro de un drama, de una relación social, y su conciencia está determinada por ella específicamente y por los controles sociales ejercidos sobre ella. El hombre, entonces, responde por su comportamiento; por la conciencia de él, ése es fundamento y límite de la reacción social que se ejerza sobre él, pero esa conciencia está dada socialmente, y por eso responde también la sociedad toda. El sujeto responsable, al igual que lo injusto, no es una categoría simplemente individual, sino social en primer término, y por ello mismo crítica, en constante revisión de sus bases. Luego, la reacción social que se ejerza por comportamiento injusto, está basada tanto en la defensa de los bienes jurídicos cuanto en la formación social de la conciencia del individuo, y por eso mismo no puede tener otro sentido que contribuir al desarrollo de ella.

Con ello se ponen en revisión crítica las bases mismas de la sociedad. Como expresa Muñoz Conde, de una culpabilidad entendida materialmente no es posible que se dé frente de una dictadura, sólo empieza su camino en una democracia social. La libertad del hombre no es el poder obrar de otra manera, ni su determinación por el bien, sino su conciencia dentro de la relación social, lo que le abre infinitas posibilidades (demostradas por el desarrollo histórico-social), y por ello no es tampoco la actividad del sujeto una determinación causalista unidimensional dentro de un simple mecanismo naturalista. Para bien o para mal, la reacción social (la pena) ha tenido su sentido utilitario, sino

realmente en cuanto consiente o inconsientemente se ha entendido su relación con la conciencia del hombre; por tanto, su sojuzgamiento o su liberación. De lo que se trata en la actualidad es de eliminar todas aquellas mistificaciones que han hecho de la reacción social un mecanismo de sojuzgamiento y de controvertirla también en un instrumento de liberación, lo que es un largo y difícil camino, pero posible. El gran mérito de todas las críticas y rechazos al concepto tradicional de culpabilidad, es que justamente han abierto e iniciado este camino.

En definitiva la teoría de la culpabilidad ha servido para no tomar en la debida cuenta el enjuiciamiento del sujeto responsable, pues se recargó este concepto con un contenido ajeno a su estructura, como por ejemplo del dolo y la culpa. Es por eso que con el finalismo se inicia una debida apreciación del contenido real que de ella y, de ahí, por ejemplo la aceptación tan limitada de la exigibilidad de la conducta. De una u otra manera, el principio garantista de la culpabilidad por el hecho, completamente adecuado, llevaba sin embargo a cosificar al sujeto y a no considerarlo en su totalidad concreta social, sino como dato más del hecho (o de la acción en sentido tradicional, todavía, pues, la antigua posición que el delito es acción seguía teniendo sus efectos en la teoría del derecho penal). Al plantear que culpabilidad es responsabilidad, necesariamente hay que descender al individuo concreto y, por tanto, se trata de examinar al sujeto responsable en esa actuación. Por eso hay una teoría del injusto (el delito) y en forma diferente y autónoma una teoría de la responsabilidad (el sujeto o delincuente), en que ambas están unidas por un mismo elemento común, que tanto el injusto ha de referirse a un hecho (no al autor) y la responsabilidad ha de ser también en relación al sujeto respecto de su hecho (y no respecto al sujeto con relación a su personalidad, carácter o forma de vida).

CONCLUSIONES

PRIMERA

A lo largo de la historia de las sociedades humanas, los detentadores del poder se han valido de medios o instrumentos para justificar su existencia y su actuación. Desde la antigüedad, los grupos humanos, bajo la influencia de sus dirigentes, han creado sistemas de valores y creencias que determinan su desarrollo. Así los líderes (ya sean políticos o religiosos) no se han limitado a ejercer su fuerza material para hacerse obedecer, sino además, han influido la conciencia del resto de los agentes sociales mediante el convencimiento para que su poder no se vea disminuido.

Como se analizó en el primer capítulo de este trabajo, el poder no se limita al aspecto material o económico de la fuerza necesaria para someter una voluntad ajena, sino que el poder aparece cuando los que obedecen creen, además, que es normal que ellos obedezcan, que esto es bueno, justo y legítimo. Así el poder comprende dos elementos: 1) la coacción material; y 2) la creencia de que la coacción esta bien fundada.

Por eso la importancia de crear una concepción de la construcción de la realidad colectiva misma que es más relevante para los líderes, que la construcción de una concepción de la realidad individual. Por tal motivo, los detentadores del poder han puesto especial interés en que los sistemas de creencias y valores creados bajo su supervisión tengan vigencia y así lograr que su "status quo" no se vea alterado. Dentro de la creación de los sistemas de creencias y valores, los líderes han tratado de manifestar las "diferencias" que caracterizan a sus grupos sociales atendiendo a sus orígenes y destinos en el mundo.

En los grupos sociales, el poder surge como un fenómeno natural. La idea de que se puede vivir sin jefes parece absurda. La existencia del poder es un dato inmediato de la conciencia del hombre y la educación, evidentemente lo refuerza.

Pero si la existencia de un poder al cual se debe obediencia parece tan normal, cada sociedad se forma ideas particulares sobre la naturaleza y modalidades del poder y la obediencia. Tiende a definir a un poder legítimo que rechaza a los otros

como ilegítimos, y no son por tanto poderes legítimos, sino solamente poderíos apoyados en la coacción. La noción de legitimidad, es pues, uno de los elementos fundamentales del poder. La legitimidad, no es más que un sistema de creencias que se puede definir como la cualidad que presenta un poder de ser conforme a la imagen de poder que se considera válida en la sociedad.

En la evolución de los grupos humanos, con el surgimiento del Estado Moderno, el poder se perfecciona, pues quien lo posee ya no es una persona por sus características propias, sino por el cargo que ocupa, es decir, el poder se despersonaliza y en consecuencia se institucionaliza, jugando un papel preponderante para tal mutación el derecho, pues con éste, el poder se legaliza y se legitima.

El derecho da sobre todo al poder el carácter permanente que supera la vida de los gobernantes. es elemento esencial de la "institucionalización" del poder. En vez de obedecer a un hombre, a un individuo, se obedece a una "institución"; es el carácter de titular de una función (rey, general, presidente), lo que fundamenta la obediencia, no la personalidad de quien lo ejerce; éste es el "poder institucionalizado" Las Constituciones, Códigos, las Leyes, etc., forman lo esencial del poder "institucionalizado"; al inscribir en los textos jurídicos los órganos del poder y su estructura, o al crear las instituciones, se desvía sobre ellos la obediencia primeramente debida a los jefes individuales. Pero no todas las instituciones del poder son jurídicas, por ejemplo los grupos, de presión, la prensa, etc., que tienen un papel muy importante. A pesar de ello, las instituciones esenciales, las más numerosas, y las más obedecidas con mayor facilidad, son las instituciones jurídicas.

En las sociedades modernas. el derecho es uno de los instrumentos esenciales de poder. No toda la actividad del poder se desarrolla dentro del marco del derecho, y un análisis puramente jurídico de las instituciones políticas proporcionaría una visión parcial. Pero una gran parte de la actividad del poder se realiza a través del derecho. Las Constituciones, los códigos, las leyes secundarias, los reglamentos, las sentencias de los tribunales, etc. son procedimientos de acción fundamentales del poder. En ellos se fundan sus dos elementos: el elemento coacción y el elemento legitimidad.

El derecho es un elemento del poder, un medio de acción del poder, una forma del poder. Lo organiza, lo institucionaliza y legitima. Pero no obstante, comporta elementos de garantía en contra del poder mismo, pues su detentador no puede ir más allá de lo permitido en el marco legal.

Fijar las reglas de conducta obligatorias para todos los individuos, establecer sanciones para el caso de violación a estas reglas y aplicar eventualmente éstas sanciones, tales son las diversas formas de la actividad del poder en los Estados modernos. Así el poder se organiza alrededor de la actividad jurídica.

Indudablemente, es necesario distinguir entre legalidad y la legitimidad. La legalidad de poder consiste en su conformidad con el derecho positivo existente. La legitimidad del poder consiste en su conformidad con las teorías del poder aceptadas en la época, en el sistema de valores de la sociedad. Pero, normalmente, a los ojos del ciudadano, la legalidad es el signo de la legitimidad. La legalidad del poder comporta pues, su legitimación.

El Estado, a diferencia de cualquier otro grupo social, dispone de mayor fuerza material para hacer ejecutar sus decisiones. Al ser el único o casi único que posee policías y ejércitos modernos, el Estado no encuentra frente a él ninguna comunidad que pueda oponerle una fuerza material equivalente. En caso de conflicto violento tiene, la última palabra. Puede verse que, de hecho, a lo largo de la historia, el marco esencial del poder ha sido siempre un grupo social que disponía de la mayor fuerza materia.

El derecho es el instrumento necesario para establecer los alcances y los límites del poder, los mecanismos que permiten a sus detentadores intervenir y afectar la vida de sus gobernados. De igual forma con el derecho se señalan los requisitos para acceder al poder y ejercerlo, de forma aceptada por la generalidad.

El derecho es producto de una construcción de un mundo valorativo, mismo que en la mayoría de las veces difiere por mucho con el mundo fáctico. Con él se define lo que es lo justo e injusto, válido e inválido en su sociedad, y con ello surge una distinción entre quienes están de acuerdo con ese sistema de valores y los que no. Es importante ese fenómeno porque con él se sostiene la necesidad de la existencia normas jurídicas que busquen proteger un bien colectivo y común de los miembros de la sociedad, creándose con ello una justificación para someter y castigar a aquellos que no se encuentran convencidos respecto a la validez de tal mundo valorativo y que no adecuen su comportamiento al mismo.

Pero para que dicho cúmulo reglas de conducta tenga verdadera eficacia, es necesario que sean consideradas por los miembros del grupo social como válidas e indispensables y que cuando se vean violentadas por algún individuo, a éste se le aplique una sanción. Así surge el carácter coactivo de la norma estatal, entendido éste como la potestad exclusiva del Estado para ejercer la fuerza en contra de quien atente a su estabilidad.

SEGUNDA

No todos los comportamientos humanos contrarios a la sociedad y a los individuos que la integran pueden ser sancionados de igual forma, pues si fuese así, no se estaría en un Estado de derecho, sino en un Estado de terror totalmente violento. Es por ello que el derecho se ramifica para afrontar el control social desde distintas posiciones y con diferentes consecuencias. Dentro de estas ramificaciones se sitúa el derecho penal, mismo al que se le ha concebido como el último recurso (*ultima ratio*) que tiene el Estado para afrontar los comportamientos antisociales, es decir, el Estado únicamente podrá valerse del derecho penal cuando haya agotado todos los medios posibles para la solución de un conflicto.

Como medio de control social, éste tiende a evitar determinados comportamientos que se repuntan como indeseables para la sociedad, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se materialicen; más el derecho penal se caracteriza por prever las sanciones en principios más graves - las penas y las medidas de seguridad, que afectan directamente a la persona o al patrimonio de quien los realiza -, como forma para evitar los comportamientos que considera especialmente más reprobables - los delitos -. Se trata, pues, de una forma de control social importante como para que, por una parte, haya sido monopolizado por el Estado y, por otra, constituya una de las formas más eficaces del poder estatal, que desde la Revolución francesa se considera necesario delimitar con la máxima claridad posible como garantía del ciudadano. De ahí que el poder punitivo reservado al Estado, sólo pueda ejercerse de acuerdo con lo previsto por determinadas normas legales, aprobadas por los representantes del pueblo en los países democráticos. Tales normas, que constituyen el derecho penal, deben determinar con la mayor precisión posible qué conductas pueden considerarse constitutivas de delito (que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico tutelado) y qué penas deben sufrir quienes las realicen. Es lo que se conoce con la expresión "principio de legalidad", es decir, el carácter eminentemente formalizado que distingue al derecho penal de otros medios de control social.

TERCERA

Al definir al derecho penal, no importando la óptica del autor o la tendencia teórica, siempre se llega a una característica en común esencial, la imposición de penas, y que ya en su evolución ha marcado el rasgo definitorio a la hora de su nombre.

Habría entonces que distinguir dos niveles en la pena, uno referido a lo que es la pena y el otro a la imposición de la pena.

En cuanto al primero, históricamente no es sino una autoconstatación ideológica del Estado, no es pues neutral, como no es neutral el Estado. Mediante la pena, el Estado demuestra su existencia frente a todos los ciudadanos, señala que el sistema por él elegido sigue vigente (esta cuestión no aparece dilucidada, ni podía serlo, por las teorías preventivas, con lo cual encubrían esta realidad y planteaban un Estado neutral o benefactor por principio, con la imposibilidad de entrar en discusión con él; los hombres eran los malos, no el Estado. Las teorías absolutas, en cambio sí tendían a responder a este problema, pero ligándolo a cuestiones metafísicas, con planteamientos dogmáticos absolutos, por ello también el Estado, como ente moral por excelencia quedaba fuera de discusión). Ahora bien, de lo que es la pena no pueden surgir fines (ya que como tal se basa en sí misma), sino sólo funciones, que vienen a ser a su vez la fuente de su legitimación (su génesis).

Así en otras épocas, del Estado absoluto, la autoconstatación cumplía la función de la justicia divina en la tierra, en cuanto el soberano era el representante de Dios, esa era su legitimación y además su fuente de origen. Pero en un Estado social y democrático de derecho, que se asienta sobre la realidad social (y no sobre la metafísica), la función de la pena no puede ser otra que proteger su sistema social, que en el campo del penal implica la protección de los bienes jurídicos que ha fijado, en definitiva de las relaciones sociales concretas que ha determinado. El Estado democrático se autoconstata con su propio sistema, luego en el conjunto de bienes jurídicos que lo integran, la protección de los bienes jurídicos es la fuente de legitimación.

El punto central de la revisión crítica, de juego dialéctico, reside en los bienes jurídicos; un Estado democrático implica necesariamente la participación de todos

1. Araujo, Joao Marcello, POLITICA SOCIAL Y POLITICA CRIMINAL, PGR/PGJDF/INACIPE
2. Althusser, L. LA IDEOLOGIA Y APARATOS IDEOLOGICOS DEL ESTADO, título original "IDEOLOGIE E APPARELIS IDEOLOGIQUES D' ESTAT", La pensée, no. 151, Paris, 1970, Ediciones Quinto Sol, 10ª ed. México, D.F.
3. Alvarez, J., EL SISTEMA PENITENCIARIO, ENTRE EL TEMOR Y LA ESPERANZA. LA CARCEL ANTE EL TERCER MILENIO. Cículo de Estudios sobre Criminología Crítica de América latina. Orlando Cárdenas Editor, Irapuato, Gto. 1991
4. Arrilla Bas, Fernando, EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO, 4ª Ed., Editores Mexicanos, México, 1973
5. Baratta, A., CRIMINOLOGIA CRITICA Y CRITICA AL DERECHO PENAL, Siglo XXI Editores, México, D.F. 1985
6. Bobbio, N., LIBERALISMO Y DEMOCRACIA. Fondo de Cultura Económica, México, 1989.
7. Castro, J.V., LECCIONES DE GARANTIAS Y AMPARO, Porrúa, México, 1974
8. Carrancá y Rivas, R. DERECHO PENITENCIARIO, 2ª ed. , Editorial Porrúa, México, 1981
9. Castellanos Tena, R. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, 30ª ed. Editorial Porrúa, México, 1991
10. Foucault, M., VIGILAR Y CASTIGAR: NACIMIENTO DE LA PRISION, Siglo XXI Editores, México, 1991
11. Foucault, M., LA VERDAD Y LAS FORMAS JURIDICAS, Editorias Gedisa, México, 1984
12. Gonzalez-salas Campos, R., LA TEORIA DEL BIEN JURIDICO EN EL DERECHO PENAL, Péreznieto Editores, México, 1995
13. Gonzalez de la Vega, F., CODIGO PENAL COMENTADO, 11ª ed., Editorial Porrúa, México, 1994
- 14: Hernández Lopez, A. EL PROCESO PENAL FEDERAL, 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 1994

15. Merton, Robert, TEORIA Y ESTRUCTURAS SOCIALES, Fondo de Cultura Económica, México, D.F. 1964.
16. Pavón Vasconcelos F., MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO, 2ª ed. , Editorial Porrúa, México,
17. Porte Petit Candaudap, C., APUNTES DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, 14ª ed., Editorial Porrúa, México 1990
18. Rico, José María, LAS SANCIONES PENALES Y LA POLITICA CRIMINOLOGICA CONTEMPORANEA. Editorial Siglo XXI, México, 1979
19. Recasesns Siches, L. SOCIOLOGIA, 6ª Ed. , Editorial Porrúa, 1964
20. Sosa Murrillo, I. Parte general del Derecho Penal, Editorial Prisma, México, 1975
21. Tena Ramirez, F. Derecho Constitucional Mexicano, 28ª ed., Editorial Porrúa, 1994.
22. Vela Treviño, Sergio, LA CULPABILIDAD, Editorial Porrúa, México, D.F.1994.
23. Vela Treviño, Sergio, CULPABILIDAD e Inculpabilidad, Editorial Porrúa, México, 1985.
24. Villalobos, I., DERECHO PENAL MEXICANO, 13ª ed. Editorial Diana, México, 1991

2. extranjera

25. Barbero Santos, M., LA REFORMA PENAL ESPAÑOLA EN LA TRANSICION DEMOCRATICA, Ed. Ariel, Barcelona, 1987
26. Baumann, J., STRAFRECHT, A.T. 8ª ed. Bielefeld, trad. castellano, Muñoz Conde. Barcelona, 1977
27. Bacigalupo, E., SIGNIFICACION Y PERSPECTIVA DE LA OPOSICION: DERECHO PENAL- POLITICA CRIMINAL, Ed. Ariel, Barcelona, 1982
28. Berger, P. Y Luckmann, T., LA CONTRUCCION SOCIAL DE LA REALIDAD, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1984.
29. Beccaria, C., DE LOS DELITOS Y LAS PENAS, Alianza Editorial, Madrid, 1968
30. Bustos Ramirez, Juan, MANUAL DE DERECHO PENAL ESPAÑOL, Editorial Ariel, S.A. Barcelona; España, 1989
31. Bustos Ramirez, Juan, BASES CRITICAS DE UN NUEVO DERECHO PENAL, Bogotá, 1982
32. Bustos Ramirez, Juan y Valenzuela M., DERECHO PENAL LATINOAMERICANO COMPARADO, Depalma, Buenos Aires, 1981.
33. Carrara, Francisco, PROGRAMMA DEL CORSO DE DIRITTO CRIMINALE, P.G 2ts. P.S. 5ts., 11ª ed., Florencia 1924-1926. Trad. castellano por Nuñez, Buenos Aires, 1944. Del Tomo I de la Parte General, por Jiménez de Asúa, con adiciones de derecho español, Madrid, 1922
34. Cohen, S., VISIONES DE CONTROL SOCIAL: DELITOS, Barcelona, 1988
35. Ferri, Enrique, PRINCIPII DI DIRITTO CRIMINALE, Turín 1928, trad. castellano Rodriguez Muñoz, Madrid, 1933
36. Lescheck, H.H. LEHRBUCH DES STRAFRECHT, 3ª ed., Berlín, 1978, trad. castellano Mir Puig, S. Y Muñoz Conde, F. 2 vols. Bosh, barcelona, 1981
37. Litz, F. Von, TRATADO DE DERECHO PENAL, trad. castellano, de la 20ª edición alemana por Jiménez de Asúa, con adiciones de Q. Saldaña, 3 tomos, 2ª ed., Madrid, 1927

38. Binding, K. GRUNDRISS DES DEUTSCHEN STRAFRECHTS. A.T., Leipzig, reimpresión 1975, Trad. Castellano Muñoz Conde, Barcelona, 1977.
39. Cobo del Rosal, M. y Vives Antón T.S. DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, vol. I, II, Universidad de Valencia, 1980-1981
40. Cordoba Roda, J. NOTAS A LA EDICION ESPAÑOLA DE MAURACH, R. DERECHO PENAL, Barcelona, 1962.
41. Dorado Montero, P. , BASES PARA UN NUEVO DERECHO PENAL, Depalma, Buenos Aires, 1973.
42. Cuello Calón, E., DERECHO PENAL, 2 TOMOS, Barcelona, 1981.
43. Gimbernat Ordeig, E., ESTUDIOS DE DERECHO PENAL, Madrid, 1976.
44. Gómez Benites, J.M., LECCIONES DE TEORIA JURIDICA DEL DELITO, Madrid, 1983.
45. Jiménez de Asúa, L., LA LEY Y EL DELITO, PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, 5ª ed. Buenos Aires, 1967.
46. Jiménez de Asúa, L., TRATADO DE DERECHO PENAL, Tomos I, II, III, IV, V, Buenos Aires, 1975, Tomos VI y VII, 1977.
47. Mir Puig, S. INTRODUCCION A LAS BASES DEL DERECHO PENAL, Barcelona, 1982.
48. Mir Puig, S. LECCIONES DE DERECHO PENAL (TEORIA DEL DELITO), Barcelona, 1983.
49. Muñoz Conde, F. INTRODUCCION AL DERECHO PENAL, Barcelona, 1975.
50. Muñoz Conde, F. ACERCA DE LA EVOLUCION DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD, EN HOMENAJE A ANTON ONECA, Barcelona, 1978.
51. Octavio de Toledo y Ubieto, E., SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO PENAL, 2ª ed. Madrid, 1985.

52. Quintero Olivares, G., INTRODUCCION AL DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, Barcelona, 1983
53. Rodriguez Devesa, J., DERECHO PENAL ESPAÑOL, PARTE GENERAL, 8ª ed. Madrid, 1981.
54. Rodriguez Muñoz, J.A., NOTAS A LA EDICION ESPAÑOLA DE MEZGUER, EDMUNDO, TRATADO DE DERECHO PENAL, I, Madrid, 1955
55. Rodriguez Mourullo, G., DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, I, Madrid, 1977
56. Hart, H.L.A., DERECHO Y MORAL. CONTRIBUCIONES A SU ANALISIS. Traducción Genaro Carrió, De Palma, Buenos Aires, 1964.
57. Hart, H.L.A., EL CONCEPTO DE DERECHO, Traducción Genaro Carrió, Editorial Nacional, México, D.F. 1980.
58. Hernandez, Tosca., LA IDEOLOGIZACION DEL DELITO Y LA PENA, U. Central Venezuela, Caracas, 1977.
59. Maier, Julio. FUNCION NORMATIVA DE LA NULIDAD, Depalma, Buenos Aires, 1980.
60. Merkel, A., LEHRBUCH DES DEUTSCHEN STRAFRECHTS, 1889: trad. castellano Dorado Montero, Madrid, sin fecha.
61. Maurach, R., DEUTSCHES STRAFRECH, A.T., 5ª edición, por Zipf., 1977; B.T., 5ª edición Karlsruhe 1969, trad. Castellano de la 2ª ed. alemana de la Parte General con notas de derecho español por Córdoba Roda, Madrid, 1985.
62. Mezger, STRAFRECH, EIN LEHRBUCH, 3ª ed. Berlín, 1949, trad. castellano con notas de derecho penal español por Rodriguez Muñoz: I, 3ª ed., Madrid 1955; II 3ª ed., revisada y reanotada por Quintano Ripollés, Madrid, 1957
63. Parsons, Talcott, ENSAYOS DE TEORIA SOCIOLOGICA, Paidós, Buenos Aires, 1967.
64. Rousseau, J.J., EL CONTRATO SOCIAL, Taurus, Madrid, 1966
65. Romano S. José, EMERGENCIA Y CRISIS DEL ESTADO SOCIAL Editorial PPU, Barcelona, España, 1988

66. Kaufmann, A. **LEBENDIGES UND TOTES IN BINDINGS NORMENTHORIE**, OTTO SCHWARTZ, Gottin, 1954, Versión castellana Bacigalupo y Garzón Valdés, Depalma, Buenos Aires, 1978.
67. Lea, John, Mathews, Roger y Young Jock, **SISTEMA PENAL E INTERVENCIONES SOCIALES**, Editorial Hacer, Barcelona, España, 1993.
68. Roxin, Claus, **POLITICA CRIMINAL Y ESTRUCTURA DEL DELITO**, Editorial PPU, Barcelona, España , 1992
69. Ferrajoli. Luigi, **PODER Y CONTROL**, Editorial PPU Barcelona
70. Bergalli; Roberto, **SEPARATA DE LA DOCTRINA PENAL**, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1988
71. Cohen, Stanley, **VISIONES DEL CONTRAL SOCIAL**, Colección El Sistema Penal, Editorial PPU, Barcelona, España 1988.
72. Schule Sprigorum, Horst, **CUESTIONES BASICAS Y ESTRATEGIAS DE POLITICA CRIMINAL**, Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1989.
73. Córdoba Roda, J. **CULPABILIDAD Y PENA**, Ed. Bosh, Barcelona, 1977
74. *Mir Puig, Santiago*, **DERECHO PENAL PARTE GENERAL**, Editorial PPU, Barcelona, España, 1985
76. Stratenwerth, G., **STRAFRECHT, A.T.**, 3ª edición Carl Heymanns, Colonia, 1981, Derecho Penal. Parte General, vol. I El hecho punible. Trad. castellano de la 2ª ed. Alemana, 1976, de Gladys Romero, Madrid, Edersa, 1982.
77. Welzel, Hans., **DAS DEUTSCHE STRAFRECHT, EINE SYSTEMATISCHE DARSTELLUNG**, 11ª ed., Berlin, 1969, Trad. Castellana por Bustos Ramírez y J. Y Yañez S. 2ª ed., Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1976.
78. Zaffaroni, E.R., **TRATADO DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL**, T.I, 1980; T.II, 1981; T.III, 1981, T. IV, 1982, T.V, 1983, Ediarr, Buenos Aires.

NOTAS DE PIE DE PAGINA

- ¹ MARX, K. Y ENGELS, F., LA IDEOLOGIA ALEMANA. .p 143
² DOUVERGER, M., INSTITUCIONES POLITICAS Y DERECHO CONSTITUCIONAL. p. 27
³ DOUVERGER, M. Ob. Cr., p. 31
⁴ Al respecto Althusser, en su obra *Ideología y Aparatos Ideológicos del Estado*, p. p. 26, abunda sobre el tema del poder legítimo
⁵ DUGUIT, L. *Tratado de Derecho Constitucional*, p. 87
⁶ DURKHEIM, E., *Las reglas del método sociológico*, p.62
⁷ DOUVERGER, M., *Introducción a la Política*, p. 49
⁸ ALTHUSSER, L. *La ideología y los aparatos ideológicos del Estado* . p. 29
⁹ ALTHUSSER, L. Ob. Cr. p. 31
¹⁰ RECASENS SICHES, L., *Sociología*, p. 503
¹¹ DURKHEIM, E., *Las reglas del método sociológico*, p. 85
¹² BUSTOS RAMIREZ, *Manual de derecho penal español*, p. 5
¹³ ZAFFARONI, D.P., p. 103
¹⁴ RODRIGUEZ MOURULLO, D.P. p.17
¹⁵ BINDING, G.D.S p. 84
¹⁶ KAUFMANN, p. 272
¹⁷ KELSEN, 1923, p.23
¹⁸ KELSEN Ob. Cr. p.25
¹⁹ MAIER, *Función normativa de la nulidad*, p. 113
²⁰ MAURACH, D.T.A.T., p. 14
²¹ Tema tratado ampliamente por Cobo y Vives, en su obra *Derecho Penal* p. p. 57
²² ROUSSEAU, J.J., *El contrato social*, p.21, 26, 33 ss
²³ BECCARIA, *De los delitos y las penas*, p. 29, 30
²⁴ BECCARIA, Ob. Cr. p.29
²⁵ BINDING Ob. Cr. p.134
²⁶ FOUCAULT, M. *Vigilar y castigar*, p.76
²⁷ BECCARIA, Ob. Cr. 30
²⁸ BUSTOS RAMIREZ, J. Ob. Cr. p. 87
²⁹ COBO Y VIVES D.P., p. 52
³⁰ GONZALEZ-SALAS CAMPOS, R. *Teoría del Bien Jurídico en el derecho penal*, p. 76
³¹ RODRIGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal*, p. 886
³² KELSEN, Ob. Cr. , p. 28
³³ BINDING, Ob. Cr. , p. 63
³⁴ HEGEL, Ob. Cr. , p.35
³⁵ HEGEL, Ob. Cr. , p.128
³⁶ CARRARA, P.C.D.C., p. 453
³⁷ BINDING, Ob. Cr. .p.128
³⁸ MEZGER, Str. p. 342
³⁹ WELZEL, D.P., p. 326
⁴⁰ ANTON ONECA, P.G.P.E p. 5-6
⁴¹ ANTON ONECA, P.G.P.E, p. 6-7
⁴² NOZICK, A.S.U., p. 32 y 33
⁴³ FERRI, P.D.C., p. 373, 374, 375
⁴⁴ DORADO MONTERO, *Bases*, p. 128
⁴⁵ LIZT, Ob. Cr. p. 163
⁴⁶ C.P.E.U.M.
⁴⁷ FERRI Ob. Cr., p. 194
⁴⁸ ROXIN, P. C. T. D., p. 34
⁴⁹ BARBERO SANTOS L.R.P.T.D.E., p. 98
⁵⁰ BERGALLI, T.D.P.A.P.C.I., p. 75
⁵¹ MERKEL, D.P., p. 251
⁵² BACIGALUPO, S.P. O.D.P.P.C., p. 76
⁵³ MIR PUIG, I.B.D.P., p. 98
⁵⁴ MIR PUIG, I.B.D.P., p. 69
⁵⁵ ROXIN Ob. Cr., p. 126

-
- ³⁶ ROXIN, Ob. Cit., p. 128
- ³⁷ BUSTOS RAMÍREZ, M.D.P.E., p. 36
- ³⁸ LUZI, Ob. Cit., p. 64
- ³⁹ FRANK, R. *Über den Aufbau des Schuld begriffes*, Giessen, 1907. Referencia que hace Juan Bustos Ramírez en, M.D.P.E., p. 361
- ⁴⁰ GOLSHMIDT, J. *Der Notstand eion Schuldproblem*, Berlin, 1913. Referencia que hace Juan Bustos Ramírez en, M.D.P.E., p. 367
- ⁴¹ FREUDENTHAL, B. *Schuld und Vorwurf im geltendem Strafrecht, Berlin*, . Referencia que hace Juan Bustos Ramírez en, M.D.P.E., p. 369
- ⁴² MEZGER, E. S.E.L., 187
- ⁴³ WELZEL, D.D.S.E.D., p. 298
- ⁴⁴ WELZEL, Ob. Cit., p. 299
- ⁴⁵ WELZEL, Ob. Cit., p. 301
- ⁴⁶ WELZEL, Ob. Cit., p. 301, 302
- ⁴⁷ WELZEL, Ob. Cit., p. 302
- ⁴⁸ CARRARA, F. P.C.D.C. T. I, no. 62 y 273
- ⁴⁹ WELZEL, Ob. Cit., p. 305
- ⁵⁰ FERRI, E., P.D.D.C., p. 108
- ⁵¹ FERRI, E., Ob. Cit., p. 108
- ⁵² FERRI, E., Ob. Cit., p. 109
- ⁵³ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de derecho penal*, p. 65
- ⁵⁴ ROXIN, C. *Política Criminal y estructura del delito*, p. 79
- ⁵⁵ CORDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*, p. 142
- ⁵⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E., Ob. Cit., p. 70, nota 39
- ⁵⁷ MUÑOZ CONDE, F., A.E.C.H.A.O., p. 163
- ⁵⁸ ROXIN, C. *Política criminal y estructura del delito*, p. 85
- ⁵⁹ CORDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*, p. 38
- ⁶⁰ CORDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*, p. 40
- ⁶¹ MUÑOZ CONDE, Ob. Cit. p.p. 70.76. Nota 47
- ⁶² STRATENWERTH, S.A.T., p. 83
- ⁶³ MUR PUIG, *Función de la pena en el estado social y democrático de derecho penal*, p. 96
- ⁶⁴ BUSTOS RAMÍREZ, J. M.N.P.E., p. 362
- ⁶⁵ BUSTOS RAMÍREZ, J. Ob. Cit., p. 364
- ⁶⁶ MUÑOZ CONDE, Ob. Cit., p. 78