



40761
13
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES.

CAMPUS ARAGÓN

“LA PRISIÓN COMO ÚLTIMA INSTANCIA EN LA
IMPOSICIÓN DE SANCIONES PENALES ”

295787

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE

MAESTRO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ALEJANDRO GONZÁLEZ HERNÁNDEZ

TUTOR :
LIC. JAIME FLORES CRUZ

SAN JUAN DE ARAGÓN EDO. DE MÉXICO

JUNIO 2001



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

A DIOS

Porque has estado a mi lado a lo largo de mi vida, dando fuerzas para que cada día mejore como ser humano, teniendo siempre presente tu espiritualidad y humildad, gracias por guiarme con tu divina luz para que algún día pueda cumplir con mi destino.

A MIS PADRES

**JERONIMO GONZÁLEZ MORALES Y ESPERANZA HERNÁNDEZ
OROPEZA**

Agradezco tanto a dios, porque ha permitido que ustedes se encuentren junto a mi, para seguirme brindando su apoyo y comprensión en todos los momentos buenos y malos que conjuntamente hemos afrontado, lo cual en esencia ha hecho que nos unamos cada día más y espero que sea por mucho tiempo y que mejor que compartir con ustedes este éxito, créanme que lo que mas deseo es que se sientan orgullosos de mí, los amo.

A MIS HERMANOS

ELISSA, IRMA JULIETA, FERNANDO Y CARLOS.

Porque aquel lazo de hermandad, es lo que me motiva para ir en busca de más triunfos como el que ahora comparto con ustedes, esperando que cada uno logre sus objetivos para que todos mejoremos como seres humanos, y en especial para ti Elissa porque se que tienes un gran camino por recorrer no desistas, los quiero mucho.

A LA MAGISTRADA SARA PATRICIA OREA OCHOA.

Gracias por seguir creyendo en mi, en verdad lo que menos deseo es defraudarla, recuerdo que un día me hizo referencia que tenía la plena convicción de que al encontrarnos en este mundo era con el fin cumplir un destino y para lo cual se debía de contar con un gran anhelo para hallarlo, pues le agradezco a dios haberme colocado por el lugar donde Usted transitaba porque gracias a ello, he tratado de ir en busca del camino que me corresponde, a través de sus grandes conocimientos que me ha trasmitido en el área del Derecho.

AL LIC. JAIME FLORES CRUZ.

Gracias por inyectarme aquel optimismo durante todo el tiempo que estuve bajo su tutoría, ya que siempre tuvo la confianza en que ambos lograríamos obtener este éxito que ahora también comparto con Usted, espero siempre contar con su amistad.

A LA UNIVERSIDAD

Porque me de nueva cuenta me abrió las aulas del saber, para seguir estudiando y de esta forma llegar a una de mis metas mas anheladas.

LA PRISIÓN COMO ÚLTIMA INSTANCIA EN LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES PENALES.

Í N D I C E.

INTRODUCCIÓN.

pp.

CAPÍTULO I.- EL DERECHO PENAL COMO INSTITUCIÓN DE CONTROL SOCIAL.

1.1	El Estado Social y Democrático de Derecho.	6
1.2	El Principio de Legalidad en el Estado de Derecho.	15
1.3	La intervención penal del Estado en la medida que resulte necesario.	21
1.4	Protección de Bienes Jurídicos	26
1.5	El Principio de la Dignidad de la Persona.	32

CAPÍTULO II.- TEORÍAS DE LA PENA.

2.1	Teorías Absolutas.	42
2.2	Teorías Relativas.	50
2.2.1	Teorías de la Prevención Especial.	52
2.2.2	Teorías de la Prevención General Negativa.	62
2.2.3	Teorías de la Prevención General Positiva.	68
2.3	Teorías Unificadoras.	72

CAPÍTULO III.- EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO EXIGENCIA EN EL ESTADO DE DERECHO.

3.1	El Principio de Legalidad en la Constitución.	77
3.2	La Readaptación Social como fin principal del delincuente en la Constitución.	88
3.3	Imposición de las Penas, facultad exclusiva de la Autoridad Judicial.	95
3.4	La Proclamación en la Norma Suprema de la Dignidad del Hombre.	102

CAPÍTULO IV.- LA PRISIÓN COMO ÚLTIMA INSTANCIA EN LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES PENALES.

4.1	La pena de prisión en la Legislación Penal del Distrito Federal. .	115
4.2	Lo indispensable de elevar el Tratamiento en Libertad y Trabajo a Favor de la Comunidad, como penas principales para la Readaptación Social del delincuente.	128
4.3	La importancia de disuadir al delincuente a través de otros medios de sanción.	135
4.3.1	El arresto domiciliario.	137
4.4	La Pena de Multa, como una opción más hacia los fines enmarcados en la Constitución.	141

PROPUESTAS.	147
-------------------------	-----

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

I N T R O D U C C I Ó N .

La ley penal, en sentido estricto, asocia una conducta con una pena, y en sentido amplio aplica todos los preceptos jurídicos que presentan las condiciones y límites de funcionamiento de esa relación; por ello dentro de una sociedad jurídicamente integrada, las sanciones penales constituyen la máxima consecuencia de la comisión de un delito, en virtud de ser una de las medidas más drásticas de las que se puede hacer valer el Estado a efecto de que se cumplan sus mandatos y prohibiciones, con el fin de mantener primordialmente la seguridad jurídica; de ahí que el Estado a efecto de cumplir con aquellos extremos, —en lo que concierne al Distrito Federal—, dentro de el artículo 24 del Código Penal establece una serie de sanciones y medidas de seguridad entre las cuales se destaca la pena de prisión cuya finalidad de acuerdo al artículo 18 de la Constitución Federal, es lograr la readaptación social del delincuente.

Por ello si bien se establece que en un Estado de Derecho —como el nuestro— la finalidad que persigue la prisión es lograr que un individuo se integre de manera pacífica a la sociedad, también lo es que hoy en día no debe de caerse en el supuesto de que dicha sanción, es la más eficiente para lograr esos propósitos, ni mucho menos que con el aumento de la misma se disminuirán

las conductas delictivas puesto que no se niega que el incremento de las penas de prisión, generen un efecto intimidatorio hacia la sociedad, pero no se trata de caer en ese punto, sino que lo que importa es que cuenten con mayores armas para efecto de resocializarse, no con la imposición de una pena privativa de libertad, sino con otro tipo de sanciones que podrían ser más benéficas para esos fines, sin que con ello quiera señalarse que debe prescindirse de la pena de prisión, ya que lo esencial es que si ésta tiene enmarcados ciertos propósitos que hasta la fecha son pocos productivos, por qué no proponer otros con la perspectiva de establecer que tal vez con ellos se logrará la readaptación social del delincuente, o en su defecto que exista una coordinación entre la pena de prisión y las otras sanciones, en la que la primera se utilice como última instancia y las segundas como las que deben de salir a flote en un primer momento cuando se castigue a una persona que no haya ignorado con anterioridad la imposición de otra sanción por un diverso hecho delictuoso o que el ilícito que cometió no atentó en contra de bienes jurídicos de gran relevancia para la sociedad; de ahí el interés de la presente investigación, dado que el no ir en busca de nuevas sanciones con las cuales sería factible lograr la readaptación social del delincuente, se rompería con los esquemas de un Estado de Derecho Social y Democrático desde el

momento en que sólo se interesa agravar las penas, sin ninguna preocupación de conseguir los fines por tanto tiempo anhelados.

En este sentido, es preciso señalar que la presente investigación se compondrá de cuatro capítulos en los cuales se abordará los diversos principios que caracterizan un Estado Social y Democrático de Derecho, para posteriormente realizar un análisis de las directrices que establecen diferentes Teorías de la Pena y de esta forma entrar al análisis de los diversas garantías de seguridad jurídica enmarcadas en nuestra Constitución que encuentran sustento con el principio de legalidad, y así estar en posibilidad de realizar un breve estudio de la pena de prisión en la Legislación Penal del Distrito Federal, que dará lugar a realizar múltiples consideraciones para efecto de proponer diversas sanciones que en la vida jurídica del país pudieran aplicarse con el fin tratar de aportar otros medios para cumplir con los extremos establecidos en el artículo 18 del Pacto Federal.

En cuanto a los métodos a utilizar, se ocuparan la deducción seguida del análisis de los contenidos que se emplearán en la presente investigación.

CAPÍTULO I

EI DERECHO PENAL COMO INSTITUCIÓN DE CONTROL SOCIAL.

EL DERECHO PENAL COMO INSTITUCIÓN DE CONTROL SOCIAL.

La necesidad de dominio y control social se ha estructurado en un sistema de poder con la finalidad de mantener cierta armonía de los procesos de interacción de sus componentes; este requerimiento de orden, sin duda es un fenómeno natural en cualquier comunidad organizada, y por consiguiente el poder se detecta de manera clara, pero no exclusiva en el Estado, quien es el encargado de proveer a la sociedad la estabilidad a través del control social.

Dicho concepto suele ser concebido (en su aspecto represivo) como el conjunto de mecanismos instrumentados por el Estado que conducen y obligan al individuo que se desvía de las normas establecidas socialmente a respetarlas o a conformarse con ellas; y como grupo social de comunidades organizadas, se encontraba supeditado a la decisión de todas aquellas personas que se consideraban de mayor poder o los que contaban con una mayor sabiduría.

Generalmente se identifica al control social con todo el sistema represivo institucionalizado, pero siempre es importante advertir que el control social no sólo se circunscribe al ámbito de la aplicación de un sistema coercitivo, sino que es mucho más vasto y ambiguo de lo que a simple vista parecería, y para apreciarlo, habría que observar las características y funciones que cumplen en

nuestra sociedad la educación, la familia, la moral, el trabajo, la religión, los medios de comunicación entre otros factores.

“Los elementos comunes a todas las fórmulas de control social son la infracción o quebramiento a una norma, la reacción a ese quebramiento en forma de sanción y la forma o procedimiento a través del cual se constata el quebramiento y se impone sanción.”¹

Por ello, el control social es el medio con el cual se ejerce presión en la conducta de los individuos y encausa sus comportamientos sobre pautas a veces imperceptibles de valores y directrices sociales; este se expresa a través de una acción combinada de presiones que a veces moldean nuestra conducta y otras veces constituyen un arrastre que imperantemente nos conduce a la presión ejercida por la acción del poder, es a veces intensa y se concentra en un sólo medio que puede identificarse generalmente en Instituciones Oficiales, que da pauta a mencionar que ese medio de control se origina de manera formal, mientras que el informal surge a través de las injerencias de la vida humana, que son ajenas a tales influencias institucionales como son: la religión, la educación, la moral entre otros factores.

¹ Muñoz Conde, Francisco. García Aran, Mercedes. Derecho Penal Parte General. 21ª ed. Valencia Tirant lo Blanch. 1996. p.27.

Sobre esos aspectos Raúl Zaffaroni menciona que: “por un lado se encuentra una forma de control social explícito y por el otro encontramos un control social difuso, comprendido en el primer plano el control punitivo institucional, mientras que en el segundo término al que se da de manera encubierta y para descubrirlo hay que analizar la estructura familiar, la educación, los partidos políticos, la actividad artística, la investigación científica y otras áreas similares.”²

Por su parte, Massimo Pavaronni hace la distinción entre control social duro y control social blando; el primero establece que es “aquel basado en la cárcel, mientras que el segundo es el que maneja por medio de otras formas de control social.”³

Es claro que al referir el control social duro, se alude al aspecto represivo de la manifestación del poder; mientras que al haber control social blando, se podrían incluir, todo ese juego de presiones sobre los individuos que se da a través de instancias oficiales o no, pero sobre todo de manera ideológica. En términos generales podemos señalar que toda la estructura jurídico –política– económica del Estado, es la que compone el sistema de control social, formal o Institucional; sin embargo, parecería que el sector policial, judicial o

² Manual de Derecho Penal Parte General. México D.F. Cárdenas Editor y Distribuidor. 1991. p. 23.

³ Control y Dominación. México D.F. Siglo XXI. pp. 55 y 73.

carcelario son la parte del Estado que exclusivamente se dedica a la consecución del orden social, perdiéndose de vista que existen otras instancias que no son precisamente penales, las cuales también son utilizadas para efecto de lograr aquellos objetivos del control; esto se debe a la presentación formal e ideológica del sistema represivo institucional y a la minimización de la importancia de las otras áreas, que cumplen igual función.

Cuando se habla de Derecho Penal de manera general, su concepto en sí involucra diversos aspectos de un mismo fenómeno; por un lado puede ser estimado como un conjunto de leyes, es decir, la Legislación Penal; por otro también puede ser considerado como el sistema de comprensión e interpretación de dichas leyes; de ahí que cuando se menciona el Derecho Penal a pesar de estar refiriéndose a uno sólo de los aspectos referidos, se involucran ambos extremos de su concepción, ya que uno es producto del otro.

Al mismo tiempo, en razón de que el Derecho Penal es el instrumento punitivo utilizado por el Estado a través de las distintas Instituciones que integran el sistema estructurado para tal fin, se concibe también como el Instrumento Formal Punitivo del Control Social por excelencia; y por consiguiente su particular naturaleza estriba en su característica punitiva la cual requiere una

justificación y legitimación de ese poder de denominación social ejercido por medio de las penas.

En el proceso de consolidación de Poder Social, el Estado legitima su reacción punitiva con la capacidad de asegurar el Orden Social; de esta manera se origina el Ius Puniendi, como derecho subjetivo que se desarrolla como el fundamento y límite de la intervención coercitiva estatal.

“La idea del Ius Puniendi como derecho subjetivo del Estado, se desarrolla con el efecto de ponerle un límite, es decir, para responder a la siguiente pregunta: ¿hasta donde se puede institucionalizar la coacción penal?”⁴

“La autolimitación al uso de la represión física en su función punitiva, por parte del poder central a través de las definiciones legales de los delitos y de las penas, es un fenómeno reciente en la Historia del Derecho Moderno: a este fenómeno corresponde la nueva ideología legitimante, que constituye el núcleo del Estado de Derecho, y del Pensamiento Liberal Clásico, así como en particular de las Escuelas Liberales Clásicas el Derecho Penal.”⁵

⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal Parte General. México, D.F. Cárdenas Editor. Y Distribuidor. 1997. p.30.

⁵Baratta, Alessandro. Viejas y Nuevas Estrategias de Legitimación del Sistema Penal. Tercer Encuentro de Criminología 1982. p. 53.

Aspectos que dan pauta al surgimiento del principio de legalidad el cual es aquel en que se ha basado la legitimación del uso del poder represivo del Estado (para mantener el Orden Social), esa legitimación a implicado la definición de los delitos y el establecimiento de las penas, lo que ha propiciado el surgimiento de una ideología legitimante de la existencia y naturaleza de esas figuras del Derecho Penal; de ahí que éste y el mencionado principio de legalidad tienen subyacente la ideología justificante y racionalizante del Sistema de Control Social en general, y represivo en particular; que se encuentra basado en la Defensa de bienes que históricamente han sido calificados como de mayor relevancia y son comunes a todos los individuos como lo son la vida, la propiedad, la libertad, entre otros, y que al mismo tiempo de acuerdo a los postulados de un Estado de Derecho esa represión no debe de perder de vista que ante todo se debe de tomar en cuenta la dignidad del ser humano.

1.1 EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO.

Tal y como se observó con antelación, el Estado tiene la máxima tarea de insertar en una comunidad debidamente establecida diversos medios de control social, en los cuales se encuentren implícitos en diferentes

instrumentos, que tienen como fin evitar la lucha de todos contra todos; propósito que entre otras disciplinas se encuentra reflejado en el Derecho Penal, dado que el mismo garantiza la existencia, prevé la seguridad jurídica que de entre una infinidad de entes y conceptos escoge el legislador, amenazando con una coacción penal en caso de que se atente en contra de ellos; de ahí que la ley penal en sentido amplio aplica todos los preceptos jurídicos que establecen las condiciones y límites de funcionamiento de esa relación y en sentido estricto, asocia una conducta con una pena la cual conlleva a la privación de un bien jurídico que hoy en día se caracteriza principalmente mediante la prisión, como uno de los instrumentos más característicos con los que cuenta el Estado para hacer valer sus mandatos y prohibiciones, acción que ejerce bajo las directrices del ya citado Derecho Penal subjetivo o conocido como *Ius Puniendi*.

Al respecto Juan Bustos Ramírez señala que “es la potestad penal del estado de declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad.”⁶

⁶ Manual de Derecho Penal Parte General. Barcelona. Ariel.. 1984. p.45.

“El derecho penal como conjunto de reglas o leyes, delimita la potestad del Estado de castigar, esto es, de imponer penas; es justamente esa potestad la que se designa como *ius puniendi*.”⁷

Sin embargo, aún cuando se establece que la legitimidad del Estado al ejercer el *ius puniendi* estriba en la protección de bienes jurídicos, ello no significa concluir que tal facultad la convierta en un terror penal, puesto que al mismo tiempo tiene que respetar las garantías propias del Estado de Derecho, mismas que deben girar en torno al principio de legalidad, en donde se ha de respetar la dignidad de todos los seres humanos, ya sea que acaten de manera correcta las normas jurídicas establecidas o los que atenten en contra de ellas, dado que en este último punto también tiene que ofrecer alternativas a este comportamiento, con el fin de ir en pos de su resocialización e inserción social, puesto que la función de la pena dependerá de la función que el propio Estado le asigne; conceptos que sin lugar a dudas caracterizan a un Estado Social y Democrático de Derecho; frases que al ligarse unas de otras fueron las que superaron los modelos de un Estado Liberal y un Estado Social.

En este sentido, y previo a desentrañar la fórmula contemplada en torno a esos tres componentes, es necesario exponer brevemente las directrices que en su

⁷ Creus Carlos. Derecho Penal Parte General. 3ª ed. Buenos Aires. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. 1994. p.5.

momento tomaron en consideración los citados conceptos de Estado Liberal y Estado Social.

El primero se caracterizaba por ser un mero guardián del orden, cuya función era evitar la lucha de todos contra todos, resguardando el orden social, garantizando de esta forma el llamado contrato social propuesto por Rousseau en el que se indicaba que “el delincuente es aquel que se coloca en contra del contrato social, es un traidor en cuanto rompe al compromiso de organización producto de la libertad originaria o natural, con la cual deja de ser miembro de la organización y debe ser tratado como un rebelde.”⁸

En términos generales se concebía como aquel que respondía a la preocupación de “defender a la sociedad del Estado” –fórmula que identificaba con el liberalismo económico clásico –dejar pasar, dejar hacer–. Estado guardián que se interesaba más por no intervenir en el juego social, puesto que su concepción se basaba en el racionalismo general, en donde el Estado a través de la pena aseguraba su autoridad como tal garantizando el sometimiento al derecho, y por consiguiente todo ciudadano tenía que saber que se juzgaba por el mal cometido y la medida de ese mal daba proporción a la pena; ya que cualquier otra función que estuviera más allá de la

⁸ Citado por Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal Parte General. Op.Cit. p. 45.

conservación de aquel pacto no le interesaba al Estado, puesto que sólo se enfocaba a obtener un mayor beneficio en torno a los factores económicos sociales, a través de diversas disciplinas en el sector laboral, que regían la vida en sociedad con el fin de “obtener un derecho a la obediencia de sus prohibiciones y mandatos: en otras palabras el derecho a penar no es otra cosa que el derecho al sometimiento y obediencia de los delincuentes.”⁹

Por ello, es que en el Estado Liberal la función de la pena se entendía en un sentido de retribución, ya que era tan sólo la imposición de “un mal por el mal” cometido y en ese instante se agotaba y terminaba la función de la pena.

De ahí que Santiago Mir Puig señala que “la limitación jurídica del Estado Liberal se basó en buena parte en principios abstractos e ideales, como el de igualdad ante la ley; tras el cual se mantenía una concepción ideal del hombre, como hombre–razón. Podía entonces fundarse coherentemente la pena en otro principio ideal: la exigencia de justicia, base de la retribución. Constituía un límite al poder punitivo del Estado, y sólo podía castigar según lo merecido, pero tenía el defecto de la rigidez y obligaba también a extender la pena a donde no era necesario.”¹⁰

⁹ Bindig, citado por Bustos Ramírez, Juan. Introducción al Derecho Penal. 2ª.ed. Santa Fe Bogotá Colombia. Temis. 1994. p.21.

¹⁰ Derecho Penal Parte General. 4ª ed. Barcelona España. 1996. p.63.

Por otra parte, en lo que respecta al Estado Social, éste dejó de ser “un simple guardián del orden” para intervenir en todos aquellos sectores de índole social, con el fin de lograr la defensa a favor de la sociedad, esto es suponía la intervención directa del Estado en la regulación de la vida social.

“Frente a esta nueva forma de concebir al Estado, también se produce una transformación en la consideración del derecho a penar que ha de consistir entonces en la defensa social, es decir, tiene una función social, lo que entonces legitima su intervención sobre el individuo.”¹¹

“La aparición del Estado Social, como Estado intervencionista que tomó partido en el juego social, acentuó de nuevo la misión de la lucha contra la delincuencia. Se prestó atención a la función de prevención especial, que no había podido encontrar acogida en el Estado liberal clásico porque suponía admitir un distinto tratamiento penal para autores de un mismo delito, lo que chocaba con la igualdad ante la ley entendida en la forma absoluta del liberalismo. En el nuevo contexto del Estado social-intervencionista pudieron aparecer las medidas de seguridad, instrumentos de prevención especial inadecuados al estricto legalismo liberal clásico.”¹²

¹¹ Enrique Ferri, citado por Bustos Ramírez. Juan. Introducción al Derecho Penal. Op. Cit. p.21.

¹² Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p 64.

De tal suerte, que en el Estado Social, se concedía a la pena de prisión, una función de prevención, sin buscar devolver un mal por otro mal, en virtud de que el Estado intervenía de manera elemental en la vida activa de la sociedad, y por consiguiente debería reflejarse en atribuir a la pena el propósito de la lucha contra el delito, en donde se englobara el combate contra la delincuencia como el fenómeno real en la existencia social, pero tal lucha debería de ser de manera eficaz en el ámbito de los hechos, esto es, que en forma concreta perjudicaran el rol de la comunidad.

Sin embargo, fue tal la ilusión de llevar a cabo tan maravillosa misión que la pena en múltiples ocasiones se convirtió en el arma del Estado, que lejos de preocuparse porque fuera eficaz a favor de la sociedad, se convirtió en un pánico penal, que reflejó de nueva cuenta rasgos de un sistema político totalitario.

Es así, que ante tales circunstancias, y culminadas las dos guerras mundiales, surgió la necesidad de replantear un nuevo sistema de derecho, en el cual por ningún concepto se deberían perder de vista los fines de protección a favor de la sociedad, cuyo concepto logró dar origen a implantar un sistema democrático, en donde se estableció que el fin era que el Estado debería evitar que el Derecho Penal se convirtiera al servicio de los intereses de unos

cuantos y perjudicial para la mayoría de los ciudadanos, bajo del reconocimiento de los límites que se debían de respetar a todo individuo, en donde el *Ius Puniendi*, además de no perder de vista las garantías propias de un Estado de Derecho, que girara en torno al principio de legalidad, para lograr el aseguramiento y servicio real a los ciudadanos, al mismo tiempo la lucha contra de la delincuencia debería conducirla en pos y para el bien la sociedad; conceptos que dieron surgimiento a la fórmula conocida actualmente como Estado Social y Democrático de Derecho.

De ahí, que se mencione que en dicho modelo, se debe de asegurar la protección efectiva a los miembros de una sociedad debidamente integrada, atendiendo a la prevención de delitos (Estado Social), entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estiman son dañosos para la convivencia social, y en la medida en que éstos consideren graves tales hechos (Estado Democrático); por ello, el Derecho Penal, debe orientar la función preventiva de la pena bajo aquel principio de protección de bienes jurídicos; pero siempre siguiendo los lineamientos del principio de legalidad, que como señala Santiago Mir Puig, se rige bajo sus dos conceptos a saber: “formal: en el cual sólo pueden establecer delitos y penas, disposiciones dotadas de rango de ley, anteriores al hecho enjuiciado, como en su realización material, que

estriba en la exigencia de determinación de las proposiciones jurídico-penales.”¹³

En este sentido, cabe señalar que el concepto de Estado Social y Democrático de Derecho, no sólo tiene que servir a la mayoría, puesto que también debe de respetar y atender a la minoría de todo ciudadano, siempre que sea compatible con la paz social, y en donde se encuentre implícito respetar la dignidad del delincuente y brindarle o intentar ofrecerle alternativas a un determinado comportamiento delictivo.

Todas esas referencias, son las que permiten establecer que México cuenta con los lineamientos de un Estado Social y Democrático de Derecho, cuyo concepto se desprende ampliamente del diverso articulado que se encuentra establecido en la Constitución Política, en la cual se prevén diversas garantías relativas a la libertad, propiedad, igualdad y seguridad jurídica, que sin duda son en beneficio de todo ciudadano y en pos de su misma protección; en donde además se limita al Estado para que no actúe en su contra con un exceso de poder, al tiempo que vela por la dignidad y respeto no sólo de los ciudadanos sino también de los delincuentes, tan es así que en su artículo 22 se establece la prohibición de penas de mutilación, marcas, azotes, entre otras;

¹³Política Criminal y Reforma del Derecho Penal. Bogotá Colombia. Temis. 1982. p. 76.

y contrario a ello pretende su readaptación a través de la educación y el trabajo; sometiendo de esta forma el ejercicio de su poder al imperio de las Reglas Generales, en donde se destaca el principio de legalidad, en cual para comprenderlo con mayor claridad, será materia de estudio en el punto posterior.

1.2 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ESTADO DE DERECHO

El Principio de Legalidad, en un Sistema de Estado Social y Democrático de Derecho, juega un papel muy importante, dado que bajo este tenor se rige la vida jurídica de un Estado, puesto que por un lado, se limita su poder punitivo para no actuar de manera arbitraria, en perjuicio de todo ciudadano, ya que debe de actuar conforme a los lineamientos establecidos en la Ley y, por otro debe de respetar las garantías de todos los individuos quienes al actuar dentro del campo que les está permitido, en ningún momento se les debe de transgredir sus derechos consagrados.

Incluso, aún cuando ciertos individuos desplieguen algún tipo de comportamiento que la ley catalogue como un delito, en donde además se precise que tiene como consecuencia la imposición de una sanción penal, que justifica la intervención del Estado ante la violación de un bien jurídico

determinado, ello no da pauta para que en aras de esa potestad actúe en contra de dichos sujetos aplicando sanciones sin ninguna finalidad, supotexto de que con ello se garantiza la seguridad a toda la ciudadanía, sino por el contrario al establecerse que la vida jurídica se rige bajo un sistema de reglas, tal referencia es lo que debe de tomarse en cuenta para que se garantice la protección de los individuos de una comunidad, en donde de tampoco se tienen que prever penas de manera denigrantes, sino que ante todo debe respetar la dignidad del ser humano.

“El Principio de Legalidad, no es sólo, entonces una exigencia de Seguridad Jurídica que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la Garantía Jurídica de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los Jueces a penas que no admita el pueblo.”¹⁴

“El Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal, es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito; sino que también ha de imponer límites al empleo de la

¹⁴ Mir Puig, Santiago.. Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p.76.

potestad punitiva para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado.”¹⁵

De ahí que se haya señalado que el Principio de Legalidad al tiempo que obliga a las Autoridades a actuar al margen en torno a la emisión de sus actos, también garantiza que los ciudadanos no serán objeto de los mismos cuando no exista un motivo que lo justifique, puesto que en todo caso los individuos que en algún momento se les restrinja ciertos derechos, son aquellos que haya realizado una conducta delictiva, así catalogada por una Ley en donde se prevea la pena correspondiente la cual deriva como repercusión, ante ese comportamiento indebido; lo cual permite volver a señalar que esas circunstancias se encuentran inmersas en los términos no hay delito sin Ley (*nullum crimen sine lege*), que determina que sólo un hecho se puede castigar sin la punibilidad está legalmente establecida previo a cometerse un hecho, así como el de no hay pena sin Ley (*nulla poena sine lege*); esto es, que no sólo se debe de obtener el dato que una conducta punible; sino que debe plasmarse tanto la clase de pena como su cuantía, y que evidentemente también tienen que estar fijadas antes del acontecimiento.

¹⁵ Claus. Roxin. Derecho Penal Parte General. Tomo I. España. Civitatis S.A. 1997. p. 137.

Serie de referencias que son las que permiten establecer que el Principio de Legalidad se rige bajo diversas Garantías, a saber: la prohibición de la analogía (*lege stricta*), que tenga rango de ley (*lege escripta*), la prohibición de retroactividad (*lege previa*) y la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*lege certa*).

La primera (*lege stricta*) hace referencia a la prohibición de aplicar la analogía, es decir, que por ningún motivo se debe de adecuar una conducta no exactamente prevista en la ley como delito y se pretenda equiparar a una figura ilícita que pudiera ser semejante a ese hecho concreto, o se parezca a otra acción delictiva; puesto que lo que se trata es dar una garantía a los ciudadanos, en el sentido de que los comportamientos prohibidos tienen que estar debidamente precisados en un cuerpo normativo, además de las penas que se puedan acarrear, y con ello establecerse que la ley penal debe ser exactamente aplicada al caso en concreto.

“La prohibición de la analogía, es pues un claro límite al poder estatal y a la arbitrariedad, sobre todo si se considera que el Juez está sumamente identificado con el sistema del control directo del Estado y en este sentido de todo el aparato coercitivo estatal.”¹⁶

¹⁶ Bustos Ramírez. Juan. Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p. 70.

En lo que concierne al principio de *lege scripta*, se indica que los delitos y penas sólo pueden ser creados por la ley, emanadas del poder legislativo como representante del pueblo, y por consiguiente es que se rechaza la presencia de la costumbre, jurisprudencia y los principios generales del Derecho, en virtud de que no constituyen garantías suficientes para los ciudadanos, –en tratándose en materia penal–, al establecerse que la ley es la única fuente que debe ser considerada para el efecto de una exacta aplicación, en el caso de que un individuo se coloque en un supuesto de hecho.

La *lege previa* se refiere esencialmente a que la ley penal se rige hacia hechos futuros, y por ello es que la misma no es retroactiva, en virtud de que no puede surtir efectos hacia el pasado, al no surtir efecto para aplicarla a acciones que se llevaron a cabo antes de su vigencia; empero sí se faculta su aplicación cuando es favorable, al suprimirse un delito o algunos de los elementos que se requieren para su integración, e incluso la disminución de la pena.

Al respecto Santiago Mir Puig señala que: “La retroactividad de la ley penal mas favorable para el reo, no infringe el sentido limitador de la potestad punitiva que corresponde al principio de legalidad. El sujeto podría contar, cuando actuó con una determinada pena, y sin embargo la aplicación retroactiva de la ley posterior le deja sin castigo o le disminuye la pena. De ahí

que esta clase de retroactividad favorable no se oponga al significado liberal del principio de legalidad.”¹⁷

Por último, en lo que respecta a la *lege certa* se refiere básicamente a la prohibición de preceptos penales indeterminados, dado que en el supuesto de que se esté en presencia de esa hipótesis o ante una ley imprecisa traería como consecuencia su inconstitucionalidad, lo cual iría en franca violación a los postulados de un Estado de Derecho y en pleno perjuicio de los gobernados, puesto que una ley poco clara no podría protegerlos de las arbitrariedades del órgano a quien se le faculta ejercer el ius puniedi, quien al no contar con una limitante le permitiría hacer cualquier interpretación para efecto de castigar una acción delictiva.

En este sentido, es claro que el principio de legalidad es el pilar fundamental de un Estado de Derecho, ya que en base a él se rige la seguridad jurídica de los ciudadanos, ante la intervención punitiva estatal en el ámbito de su competencia, en virtud de que no deben ser sometidos a procesos penales sólo por un simple capricho o en su defecto que se les castigue sin razón alguna, dado que la reacción Estatal se justifica, en la medida que se vulneren los múltiples bienes jurídicos así protegidos por la Ley en donde tampoco serán

¹⁷ Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p 77.

sometidos a sanciones que no se encuentren expresamente establecidas, cuyas circunstancias deben e encontrarse encaminadas a lograr el bienestar social.

1.3 LA INTERVENCIÓN PENAL DEL ESTADO EN LA MEDIDA QUE RESULTE NECESARIO.

Como se observó al inicio del presente capítulo, no sólo el Derecho Penal es uno de los medios de control social con los que cuenta el Estado para efecto de lograr la convivencia entre los seres humanos, ya que a él se administran otras formas de control con el fin de lograr dichos objetivos, que de igual forma tienen como misión dirimir las controversias que se originen entre los integrantes de una sociedad, tal es el caso de las vías Civiles, Familiares, Administrativas entre otras, y por consiguiente el Derecho Penal sólo debe ser utilizado cuando se atenten de manera grave los bienes jurídicos de mayor relevancia, cuyas conductas se encuentren descritas por la ley como merecedoras de una pena, puesto que en el supuesto de que encuentren así reglamentadas, la intervención penal sería arbitraria en contra de los ciudadanos que actúan dentro del campo de lo que está permitido.

“El principio de reserva en cuanto a la garantía individual está antes del derecho penal: se refiere a la facultad de actuar del hombre dentro de lo

permitido (lo prohibido dentro del ordenamiento jurídico) sin que su conducta pueda acarrearle sanción de cualquier índole que sea.”¹⁸

Por ello, es que el principio que se comenta resulta efectivo en el ordenamiento del sistema penal como limitación al *Ius Puniendi*, ya que como se señaló no se puede castigar con una pena a ciertas conductas reguladas y permitidas dentro del ordenamiento jurídico, salvo en los casos que se esté en presencia de una derogación a ese comportamiento permisivo.

De ahí, que se establezca que aún cuando el Derecho Penal tiene como misión principal la protección de bienes jurídicos, su intervención sólo es válida cuando hayan fracasado las otras ramas del derecho protectoras también de bienes jurídicos, y ante ello es que salta a la vida jurídica como la “última ratio”, esto es, el último medio de control social con que cuenta el Estado para hacer valer sus mandatos y prohibiciones.

“El derecho penal sólo debe de intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del ordenamiento jurídico son objeto de otras ramas de derecho.”¹⁹

¹⁸ Creus. Carlos. Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p.54.

¹⁹ Muñoz Conde. Francisco y García Aran. Mercedes. Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p. 71.

Referencias que son las que permiten dar pauta para señalar que existen dos vertientes de gran importancia; por un lado, que el Estado debe acudir a la utilización de los otros medios carentes de sanción o en su defecto aquellos en los que se establezca otro tipo de castigo, como multas, clausuras, destitución reparación de daños y perjuicios, entre otras; y en dado caso que se hayan ignorado ese tipo de sanciones, se legitima acudir a la pena, legitimándose la intervención penal, cuya función debe ser de manera utilitaria, esto es que debe servir para evitar delitos; por otro, que el Derecho Penal, no debe sancionar todas las conductas lesivas de los bienes jurídicos que se protegen, sino que su relevancia dependerá del ataque que se realice en contra de ellos.

En este sentido, se ha discutido el punto de que si en un Estado Social y Democrático de Derecho, la pena realmente resulta utilitaria para evitar la comisión de delitos, ya que saltan a la vista posturas en torno a que aún imponiéndose ese tipo de castigo, se siguen cometiendo acciones delictivas que atentan en contra de los bienes jurídicos más preciados para la sociedad, circunstancias que no se desconocen.

Sin embargo, no por ello se tiene que establecer la ineficacia de la pena, ya que ésta encuentra su soporte en aquellas personas que no han desplegado determinadas acciones ilícitas, quienes al tener conocimiento de las

consecuencias a las que se harían acreedores disminuye la posibilidad de realizarlas; y porqué no, en dado de encuadrarse en un comportamiento delictivo, prescindir de la misma (cuando sea necesario) y acudir a la imposición de otro castigo, pero con el único fin de que advierta que se le brinda la oportunidad de integrarse a la sociedad con la mira de no cometer otros delitos.

“La persuasión, camino razonable y no de lo que atemoriza, es entonces, el mejor método para imponer un orden de valores y esto muestra sin duda que, por ejemplo los procesos pedagógicos son siempre preferibles, en cuestiones morales, a los procedimientos coactivos. Persuadir es sin duda mejor que intimidar, educar es siempre preferible a intimidar pero no educar, prevenir por el temor pero no reformar o reforzar la consciencia de los valores elementales de la convivencia.”²⁰

“Cuando se recurre a penas innecesarias, inútiles o desproporcionadas, se desborda el marco del Estado Democrático de Derecho y se cae en el “terror penal”. Cuando un régimen no puede convencer, porque los hechos hablan contra él y lo desmiente tozudamente, entonces es fácil caer en la tentación de

²⁰ Fernández Carrasquilla, Juan. Delito y Error. Bogotá Colombia. Temis. 1990. p. 17.

la –huida del derecho penal– para tratar de tapan con la pena las fallas del sistema y las edificaciones del Estado.”²¹

“El Derecho Penal, deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales.”²²

De ahí el carácter subsidiario del Derecho Penal, en donde la pena sólo debe de utilizarse cuando realmente sea necesaria, puesto que ante todo, se debe de respetar la propia dignidad del hombre, en donde las acciones ilícitas no pueden combatirse a través de métodos humillantes y degradantes para el individuo, puesto que si bien genera un efecto intimidatorio, ello sólo es momentáneo, y por consiguiente, se está en la necesidad de que la intervención penal sea mínima, por ello es que primero se deben de dar pauta a la intervención de otras vías de derecho para encausar a los individuos a una mejor convivencia, como integrantes de una sociedad, y en el caso que ignoren todas esas circunstancias, entonces sí, se hace necesaria la aplicación de la pena, pero nunca perdiendo de vista los derechos fundamentales del hombre.

²¹ Ibidem. p 20.

²² Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p. 89.

1.4 PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS.

Tal y como se ha señalado en apartados anteriores, a fin de que sea posible la convivencia social dentro de los miembros de una sociedad debidamente integrada, el Estado a través de sus diferentes medios de control social tiene que valerse de diversos cuerpos normativos en donde se encuentren implícitos aquellos mandatos y prohibiciones con el propósito de que los gobernados puedan y dejen de hacer lo que está o no permitido; por lo que en la materia que nos ocupa la norma penal debe de comprenderse en referencia a un sistema de convivencia, en donde aquella al ser parte fundamental de todo sistema social tiene que ser funcional para efecto de lograr dicha armonía, ya sea protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y al mismo tiempo mostrando a los individuos que se abstengan de dañar diversos bienes jurídicos así protegidos por la ley; de ahí que se establezca que la norma penal tiene una doble función, a saber: protectora y motivadora, puesto que al tiempo en que se protegen dichos bienes de gran relevancia para la sociedad motiva a los individuos para efecto de que no transgredan tales conceptos en virtud de que en el supuesto de hacerlo verían restringidos sus derechos a través de una sanción penal.

“El Derecho Penal de un Estado Social ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del derecho se denominan bienes jurídicos.”²³

Sobre este particular, cabe hacer mención que si bien el Derecho Penal debe proteger bienes jurídicos, no significa que todo bien jurídico debe de ser amparado penalmente, ni tampoco que todo ataque a aquellos dé pauta a la intervención del Derecho Penal, dado que de ser así, se desconocería por completo los otros principios que motivan la intervención punitiva del Estado (subsidiaridad y carácter fragmentario); por ello el Derecho Penal sólo deberá tutelar bienes jurídicos que giren en torno a la vida social, en la medida en la que de no hacerlo la participación de los individuos dentro de la comunidad traería como consecuencia el rompimiento de las buenas relaciones sociales para efecto de dar vida a un caos social, al respecto Santiago Mir Puig señala que:

“El Derecho Penal de un Estado Social no ha de ocuparse en respaldar mandatos puramente formales, valores puramente morales, ni intereses que no comprometan seriamente el funcionamiento del sistema social.”²⁴

²³ *Ibidem.* p. 91.

²⁴ *Idem.*

Por su parte Busto Ramírez señala que: “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 necesario ir a la descriminalización de todos aquellos hechos que no estén en relación a la defensa de un bien jurídico.”²⁵

Referencias que permiten señalar que la intervención del Estado sólo es posible en la medida que resulte necesario (como última ratio) cuando se trata de tutelar aquellos bienes jurídicos que el legislador atendiendo a las exigencias de la sociedad elige que deben de protegerse para integrar una relación de convivencia, que correctamente debe de encontrarse diferenciado en un catálogo correspondiente a los diferentes delitos cuya realización traiga como consecuencia su vulneración, que como se mencionó con anterioridad es una de las características principales de la norma penal, es decir la protección, dado que todos los seres humanos a efecto de lograr un desarrollo, tanto individual como comunitario, necesita a lo largo de su existencia de aquellos presupuestos, para efecto de poder convivir con sus semejantes; de ahí que en la ley penal encontramos diversidad de delitos que pueden atentar en contra de los particulares e ilícitos cometidos contra la sociedad.

²⁵ Manual de Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p. 51.

Por ello, resulta necesario señalar que al considerarse un determinado bien como relevante para efecto de su protección, está condicionado a una valoración, la cual esta condicionada históricamente dado que el Juzgador no debe de partir sólo de las necesidades sociales concretas, sino también de las diferentes concepciones normales que en cada época dominan en la sociedad, puesto que en la medida que la civilización avanza y junto con ella los diferentes acontecimientos (económicos, sociales, culturales, científicos), la comunidad exige mayor protección de otros bienes jurídicos que en su momento no era necesario tutelar y por el contrario los que en un determinado instante fueron elevados a rango de bienes jurídicos, ya no es que cuenten con dichas características.

Ahora bien, no debe pasarse por alto que además de que la Norma Penal tiene una función protectora de bienes jurídicos, de alguna forma debe de “incidir” en los integrantes de una determinada sociedad, para efecto de que los mismos se abstengan de pretender violar aquellos valores de relevancia para el Derecho Penal.

Al respecto Muñoz Conde Francisco, señala que: “Por motivación se entiende un proceso consciente o inconsciente, en cuya base se halla una fuerza activadora y que se encamina a un objetivo. Bajo ese proceso de motivación se

comprenden pues, todos aquellos procesos, que explican la conducta o la hacen comprensible.”²⁶

De ahí, que sea valido señalar que aquella motivación radica esencialmente en el ámbito psicológico de los ciudadanos, los cuales al contar con la capacidad de comprensión tendrán la posibilidad de ajustarse a lo que establece la norma; dado dicho presupuesto es el que justifica la intervención del Estado en torno al quehacer ordinario de esos gobernados quienes al tener conocimiento de que en un cuerpo normativo se establecer mandatos y prohibiciones es ahí donde ellos deben de ajustarse a lo que está o no permitido, en virtud de que en caso de no acatar tales normas se harán acreedores a una sanción penal, cuyo instrumento es uno de los principales medios con los que cuenta el Estado para efecto de cumplir una de sus tareas que tiene encomendada.

A manera de ejemplo se hace necesario lo que expone Gunther Jackops, quien dentro de su obra Derecho Penal Parte General señala que:

Al Derecho Penal, no le importa toda alteración perjudicial para un bien, en tanto situación valorada positivamente, más bien la alteración debe dirigirse contra la propia valoración jurídica, esto es, el homicidio evitable tiene el

²⁶ Derecho Penal Parte General. Op. Cit, p. 61.

sentido de una oposición a la norma subyacente en los delitos de homicidio, porque al autor se le hace responsable a causa de su conocimiento (dolo) o cognoscibilidad (imprudencia), de haber elegido realizar el comportamiento que acarrearía consecuencias en lugar de la alternativa inocua. La norma obliga a elegir la organización a la que no surjan daños, pero el autor se organiza de modo que causa daño imputablemente; su proyecto de conformación del mundo se opone al de la norma.

Por ello, se ha establecido que la legitimación del Estado se surte cuando se protegen bienes jurídicos, los cuales son tutelados para efecto de lograr la convivencia entre los seres humanos, dado que con ello la vida individual de cada persona se logrará autorealizarse y desarrollarse; cuyas circunstancias dan pauta al surgimiento de los presupuestos necesarios que se requieren para la autorealización, denominados bienes, mismos que al ser materia de protección por el Derecho, se elevan a la categoría de jurídicos, englobándose así los individuales y comunitarios.

De ahí, que un estado Social y Democrático de Derecho, tan sólo le interesa las acciones humanas, en tanto que sean relevantes para la convivencia social y por consiguiente quedan excluidas las acciones que aún cuando se exteriorizan no resultan intolerables para los demás, y es ahí donde el Estado

tiene que admitir que todas las conductas que no resulten lesivas para los intereses ajenos, es decir, que no agredan o sean trascendentes para la libertad de los demás, cuyas circunstancias al ser irrelevantes es lo que da lugar para que el Estado respete las acciones de todos los ciudadanos en su rol social.

Por ello, la función del Estado no puede ser otra cosa que la de proteger los bienes jurídicos, ya que en caso contrario aquél carecería de sentido, pero al mismo tiempo con eso se busca que se reconozca su propia relatividad y dinamicidad, pues el bien jurídico ha de ser necesariamente una relación social concreta y dialéctica.

1.5 EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD DE LA PERSONA.

Dentro de la historia del Sistema Penal, han existido diversidad de sanciones que se aplicaban a todos aquellos sujetos que en un momento determinado desplegaron conductas que en una época determinada se encontraban prohibidas, las cuales generalmente se caracterizaban en suplicios, descuartisamientos, imputaciones, marcas y todo tipo de represiones que tenían como objeto causar un mal en el propio cuerpo de un delincuente, al grado de aceptar la pena de muerte.

Sin embargo, así como la sociedad va evolucionando conforme pasa el tiempo, también las ideas en torno a la forma de castigar comportamientos ilícitos sufren modificaciones, puesto que se empieza a contar con una visión de humanizar todas aquellas sanciones que resultaban degradantes y humillantes para el individuo, estableciéndose que en lugar de la persona acusada sufriera un tormento, existía la posibilidad de imponer otro tipo de penas que restringieran bienes que en gran medida resultaban más preciados por los individuos.

Pensamientos que fueron proporcionados en la etapa de la ilustración, concretada especialmente por Beccaria en el siglo XVIII y en donde se comenzó a exponer un cambio en la moral del Estado de imponer suplicios generalmente públicos, y contrario a ello el castigo debería de convertirse en un aspecto obscuro del sistema penal, cambiando el pudor de la justicia en torno a ideas como “es feo ser digno de castigo pero poco glorioso castigar”. En función a ello y al irse desarrollando ese cambio de moral punitiva, el Estado procuraba evitar cualquier manifestación de dolor en las sanciones que se llegaran a imponer, tendiendo también a desaparecer el espectáculo de la ejecución de las penas.

Con las ideas del humanismo, los castigos penales dejaron de concentrarse en suplicios, esto es, en la técnica de sufrimiento y con la disminución de la

severidad penal, al ser sustituida por la estimación de que el objeto principal del castigo debía de recaer sobre la pérdida de un derecho, en virtud de que en la medida de su restricción, se creaba en la conciencia del individuo una reflexión para que no volviera a delinquir; puesto que como señalaba Mably: “que el castigo así caiga sobre el alma más que sobre el cuerpo.”²⁷

Es así, que a finales del siglo XVIII, el poder de la justicia penal, funcionaba ya con diferentes directrices (preventivos utilitarios y correctivos), la evolución del castigo suplicio englobado de sufrimientos, al castigo-detención comenzó a darse paulatinamente en los siglos XVIII a XIX, dándose pauta a que la libertad de las personas era uno de los bienes más preciados para los individuos y al elevarla al rango de pena, se disminuirían las acciones delictivas, convirtiéndose así a la detención o el encarcelamiento en la pena por excelencia, y por consiguiente en el principal arsenal punitivo del Estado; que como señaló Foucault “al hacer la detención la pena por excelencia esa nueva legislación introduce procedimientos de denominación característicos de un tipo particular de poder. Una justicia que se dice igual, un aparato judicial que se pretende autónomo, pero que padece de las asimetrías de las

²⁷ Citado por Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*. México D.F. Siglo XXI. 1976. p.24.

de las sujeciones disciplinarias, tal es la conjunción de nacimiento de la prisión, para la sociedad civilizada.»²⁸

Es concretamente en el siglo XIX donde se procuró que la justicia criminal, en lugar de ser una venganza, debería de encontrarse enfocada a un castigo y que ese criminal justiciable se convirtiera en el blanco de la intervención estatal con el objeto de corregirlo y transformarlo; puesto que el verdadero objetivo no era formar un nuevo derecho a castigar, sino establecer una moderna economía del poder de castigar para asegurar una mejor distribución de poder.

Por tal razón el desarrollo de la prisión debe corresponder con el progreso del propio Derecho Penal y del Estado en sí, y por ende al sustituir dicha pena a las sanciones que denigraban al ser humano, es como hoy en día se ha convertido como el instrumento principal del que se vale el Estado para efecto de hacer valer sus mandatos y prohibiciones.

En efecto, con el desarrollo de las ideas humanistas, las penas dejaron de tener poco a poco esa finalidad aflictiva que se basaba en el tormento y la idea por la que cambiaron, fue la que en su momento ha sido crítica de las teorías Retributivas, al indicarse que si bien, el Derecho Penal tiene como finalidad la

²⁸ Op. Cit. p. 233.

consecución de la justicia, cómo es posible que se haga justicia imponiendo un mal sobre otro.

De tal suerte, que dando un giro a la concepción del fin de las penas (tormentos), como provocar dolor para retribuir el mal social causado, la pena de prisión de las sociedades modernas y “humanas” tienen fundamentos y fines distintos.

Efectivamente, los fines de la pena de prisión hoy en día, se han dirigido hacia una concepción utilitaria y menos aflictiva, dado que a la luz de las ideas retribucionistas, la pena tiene la finalidad de ocasionar un mal al delincuente, pero que ya no es sobre su propio cuerpo, sino sobre el bien llamado libertad, y la cual será en base al daño causado y a su grado de reproche por la conducta realizada; pero además debe de contar con fines benéficos tanto para el individuo como para la sociedad, es basada en ideas preventivas generales, pretendiendo obtener a través de ella seguridad y tranquilidad social.

“La intervención de la seguridad penal es un fenómeno notorio, la pena dejó de concentrarse en la tortura y el sufrimiento y adoptó como objeto principal “la pérdida de un bien”, ese bien es el que se ha consentido la reacción punitiva es la libertad (y en algunos estados es la vida), y para justificar el haberse recurrido a tal medida se argumenta que no se trata de un capricho del

legislador, sino que es resultado de un progreso ideológico, realizándose una intervención estatal sobre un bien igualitario que se supone que tiene el mismo precio para todos.”²⁹

La utilización de la prisión como institución de carácter terapéutico ha sido el núcleo del discurso jurídico tradicional del Derecho Penal y la mejor justificación de su uso tan excesivo; de suerte tal, que al observar a la institución carcelaria y los argumentos que se han esgrimido para fundamentar su aplicación, enfrentados a las teorías de la pena, que como lo señala Josefina Alvarez, “el fin que logró mayor entusiasmo y a las más sólidas esperanzas, entre los penalistas fue el preventivo especial, el fin rehabilitador”; y pese a esas críticas, sigue siendo la base y fundamento de la mayoría de los sistemas punitivos, resultando hasta ahora la mejor justificación que ha dado el Derecho Penal.

Por ello, partiendo de la base de aquel principio de la dignidad de las personas, y cuyo concepto es lo que distingue a un Estado Social y Democrático de Derecho, hoy en día debe de hacerse la reflexión, que no debe de caerse en el supuesto de que la pena de prisión es la más eficiente para lograr disminuir los delitos, ya que aún cuando genera un efecto intimidatorio hacia la sociedad,

²⁹ Foucault, citado por Alvarez Gómez, Josefina. La Cárcel ante el Tercer Milenio, entre el temor y la esperanza. México, D.F. Cárdenas Editor. 1991. p. 45.

también debe de tenerse en cuenta que hoy en día tienen que buscarse otro tipo de sanciones con el enfoque humanitario, en las que se encuentre implícito un fin, el cual debe consistir en generar a los individuos una motivación y observen que la sociedad les brinda la oportunidad de integrarse en forma pacífica y de esta manera disminuir aquellas acciones que atentan en contra de bienes jurídicos así protegidos por la ley.

CAPÍTULO II
TEORÍAS DE LA PENA.

TEORÍAS DE LA PENA.

Antes de exponer las diversas teorías que tratan de justificar la aplicación de una sanción penal, es válido hacer mención que en nuestro país se adopta el punto de vista post delictum, dado que todos los juristas que proporcionan una descripción de la pena, coinciden en exponer que la misma se impone ante la realización de un hecho delictivo y que consiste en la privación de un bien jurídico protegido por la ley a los responsables de un delito e impuesta por los órganos jurisdiccionales; afirmación que guarda íntima relación con aquel principio conocido en la vida jurídica de un Estado de Derecho, el cual versa “*nullum crimen sine lege, nullum poena sine lege*”; conceptos que como se observó con anterioridad, determinan que sólo un hecho se castiga al encontrarse previsto por la ley como delito y en donde se establezca una punibilidad conteniendo la clase de sanción y su cuantía; de ahí que desde este momento se haga alusión que nos encontramos alejados de cualquier visión “ante o extra delictum”, que pueda justificar la imposición de una pena o una medida de seguridad, las cuales se encuentran basadas en una probable peligrosidad, que evidentemente rompe con todos aquellos principios, que como el de legalidad conforman un Estado de Derecho.

En este orden de ideas cabe señalar que hasta la fecha ha sido escaso el interés por la Teoría de la Pena, ya que a excepción de Alemania, Italia y recientemente España, los juspenalistas han centrado escasamente su atención a este tópico, y la discusión giraba en torno a la Teoría del Delito, dejando a un lado la reflexión válida sobre el porqué del *jus penale*, aún cuando ambos conceptos dentro de la vida jurídica de una país de Derecho, guardan una estricta relación en virtud de que al constatarse que un hecho reunió los caracteres de un delito, éste trae como consecuencia la imposición de una sanción penal, que hoy por hoy se ve reflejado en la prisión; de ahí que sea válido aludir lo expuesto por García Rivas, quien expone que “la correspondencia entre los distintos aspectos del Derecho Penal es más que evidente, y la función del derecho penal depende de la función que se le asigne a la pena y a las medidas de seguridad como medios más característicos de intervención.”³⁰

Para Santiago Mir Piug, la primera condición va a ser reconocer la vinculación axiológica entre función de la pena y función del Estado, es decir, no ocultar las premisas políticas de las que depende; se debe de partir por tanto, del modelo de Estado que contempla la correspondiente norma fundamental como

³⁰El Poder Punitivo del Estado en el Estado Democrático. España. Cuenca Universidad de Castilla. 1996. p. 29.

uno de los soportes de los pilares sobre el que gira todo el sistema teleológico de la parte general del Derecho Penal.³¹

Referencias que traen a colación la interrogante que sostiene el Doctor Luis de la Barreda Solorzano ¿Cómo y bajo que presupuesto puede justificarse que el grupo de individuos asociados en el estado prive a uno de sus miembros, o intervenga de otro modo conformando su vida?.

Los procesos de legitimación que se han llevado a cabo a lo largo de la historia, las denominadas “teorías de la pena” se han desarrollado por dos grandes vías: Tratando de revestir el mal de la pena en atención a la calidad del bien, o tratando de demostrarlo como un mal útil, un mal menor; dando pauta a la existencia de las doctrinas abolicionistas y teorías justificadoras.

Las primeras “buscan la abolición del derecho penal, por considerarlo ilegítimo, ya sea porque no admiten moralmente ninguno de los fines de éste atribuibles como suficientes justificadores de los sufrimientos que ocasiona o bien porque consideran más ventajosa su sustitución por medios o instrumentos de control informal.”³²

³¹ Cfr. Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático del Derecho. Barcelona. Ariel. 1999. p. 31.

³² Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid. Trotta. 1997. p. 368.

Dan una serie de soluciones fantasiosas, con modelos anticuados y tradicionales de comunidad sin derecho, que pretenden sustituir el sistema penal por la solución privada de conflictos lo cual, de acuerdo con Kaiser, es absolutamente incompatible con el grado de complejidad y desarrollo alcanzado en las sociedades modernas; se trata entonces de simples intenciones que no aportan ninguna solución efectiva.

Ante la imposibilidad de mantener una postura abolicionista y como ha señalado Gimbernat “hay derecho penal para rato”, consideramos que todos los esfuerzos deberían distinguirse a una aplicación del Derecho Penal lo más humano posible.

—Con ello, se trata de justificar la existencia del Derecho Penal dando pauta a la Teorías Justificacionistas, que se dividen en absolutas o relativas y que recientemente se les ha añadido la teoría de la unión.

2.1 TEORIAS ABSOLUTAS

Se basan en la creencia de que la culpabilidad del autor, debe compensarse mediante la imposición de un mal penal, con el objetivo de alcanzar la justicia, y con ello la intervención del Estado restablece el derecho lesionado. El discurso retribucionista, está sustentado en la tradición filosófica del idealismo

y la tradición cristiana. De lo que se trata, en rigor, es de fundamentar la necesidad de la pena; sus principales exponentes fueron Kan y Hegel.

Sin embargo, Kant, fue quien mejor ha expresado dicha teoría, al relatar que: "Como en una Isla-Estado sus habitantes deciden disolver la comunidad estatal y repartirse por todo el mundo, antes de llevar a término esta decisión, debe realizarse la retribución de los delitos cometidos, es decir, deben ejecutarse todas las penas pendientes a pesar de que tal cosa no comparta ya utilidad alguna para nadie, pues si la justicia llega a perecer, carecerá de valor alguno, el que los hombres moren en la tierra." ³³

Por su parte Hegel, estableció que el fin de la pena es "la compensación de la culpabilidad en la que el delincuente incurre al cometer el hecho. La pena no sirve a un fin social, sino a la idea de la justicia; la tarea de la pena no es por lo tanto la prevención de delitos futuros ni la intimidación de los ciudadanos, ni la mejora del delincuente; la justificación de la pena no deriva del aspecto subjetivo del delito (combinado con representaciones psicológicas triviales, acerca de los estímulos y móviles voluptuosos y racionales) sino que derivan

³³ Kant citado por Claus Roxin, Gunther Arzt y Klaus Tiedemann. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal. Barcelona. Ariel. 1989. pp. 53 y 54.

de la misma naturaleza del delito del desvalor que en sí mismo constituye la violación del Derecho."³⁴

Serie de opiniones que son coincidentes en exponer que las teorías Absolutas parten de la idea de que la tarea del Derecho Penal, consiste en retribución y la compensación mediante la pena de culpabilidad en la que el autor incurrió en un delito; ven la retribución justa no sólo en la justificación de la pena, sino también garantizada la realidad y agotado su contenido, puesto que de lo que se trata es de imponer un mal por el mal causado, sin pretender con ello ningún otra cosa, ya que se agota en si misma en cuanto mal que se impone por la comisión de un hecho ilícito.

Pero la teoría de la retribución no la fundamenta, la presupone, efectivamente de manera radical, estima que su significado estriba en la compensación de la culpabilidad, pero no explica porqué toda culpabilidad tenga que retribuirse con una pena. Por otra parte, la posibilidad de culpabilidad presupone la libertad de voluntad (libre albedrío o libertad psicológica), y ésta idea es indemostrable o por lo menos no ha sido demostrada (como tampoco se ha demostrado la idea contrapuesta).

³⁴ Ibidem. p. 54.

Según la admirable formulación utilizada por Ashley Montagu, al referir que "las complejidades de la conducta humana son tales que se prestan fácilmente a tergiversaciones de todo tipo. Precisamente, porque los fenómenos de la conducta humana, son tan difíciles de analizar, es en parte por lo que se reciben con tanta avidez las explicaciones fáciles."³⁵

Las Teorías Retribucionistas prescindían por completo de la búsqueda de todo fin social de la pena, en aras de la idea de justicia ya que de igual forma se requería con ella la aplicación de la pena en aquellos casos en los que la misma resultaba innecesaria para la garantía de la paz social.

"En tanto cuanto se justifica la pena desde un punto de vista ético, sólo como retribución justa no es función del Estado intervenir en la realización de la justicia en el acontecer del mundo independientemente de lo que sea necesario para su propia existencia, como comunidad jurídica. El Estado no castiga a fin de que exista justicia en el mundo, sino para que se haga justicia en la vida de la comunidad."³⁶

De ahí, que se atienda sólo al sentido de la pena, prescindiendo totalmente la idea del fin. Para ellas el sentido de dicha sanción radica en la imposición de

³⁵ La Naturaleza de la Agresividad Humana. Madrid Alianza Universitaria. 1978. p. 61.

³⁶ Wezel. Hans. Derecho Penal Alemán. 12ª ed. Chile. Jurídico de Chile. 1987. p. 28.

un mal por un mal causado o cometido, en esto se agota y se termina la función de la pena.

La pena será legítima si se retribuye la lesión cometida culpablemente, a razón de la lesión al orden jurídico que fue cometido libremente y tal circunstancia es la que importa para establecer que fue un abuso de la libertad, la cual es reprochable y por lo tanto culpable. El fundamento de la pena será exclusivamente la justicia o la necesidad moral, y justifican la pena si la misma es justa, y la cual será aquella que produzca el autor un mal que compense el mal que él ha causado libremente; la utilidad de la pena queda totalmente fuera del fundamento jurídico, sólo es legítima la pena justa, así cuando se impone una pena útil pero no justa aquella carecerá de legitimidad.

Ahora bien, una concepción como la expuesta acerca de la concepción de la pena, si el Juez pronuncia sentencias en nombre del pueblo y no en nombre de Dios, no puede imponer la pena con fundamento en razones metafísicas, sino tan sólo en aras de la función de tutela social que corresponde al Derecho Penal. Este punto de vista se ha venido asentado como carácter general al paso de la reforma penal.

Una retribución que sirve a la prevención de futuros delitos, no es en realidad una retribución en el sentido Kantiano libre de toda idea de

compensación de culpabilidad, sino que es una manifestación de prevención general o especial. La consecuencia de esta línea de pensamiento ha sido la renuncia a la idea de retribución en el Derecho Penal, la aplicación de fines preventivos y de recurso al principio de culpabilidad no para justificar la retribución, sino tan sólo para aplicarlo como límite en la intervención punitiva del Estado.

Así, se argumenta que si la pena presupone la culpabilidad, la comprobación de la culpabilidad humana, presupone a su vez un libre albedrío, ya que sólo puede reprocharse al hombre el haberse decidido contra el derecho y a favor de lo injusto, si existe una libertad de decisión al respecto. Si por el contrario, no se da el libre albedrío no podrá determinarse la culpabilidad y con ello tampoco el fundamento de cualquier pena, esto no quiere decir que la sociedad no pueda adoptar medidas defensivas contra los delincuentes que afecten la convivencia pacífica, empero si el principio de culpabilidad se emplea únicamente para limitar el poder de intervención del Estado, pierde todo carácter represivo y de opresión del ciudadano y cobra por el contrario una función de garantía de libertad y correlativamente de tutela del individuo, la diferencia entre penas y medidas no radica en su respectiva finalidad, que en ambos casos es de carácter preventivo, sino tan sólo en que la pena viene

limitada por la medida de la culpabilidad individual y la medida encuentra su limitación en las necesidades de la protección social.

Un ejemplo sobre este particular es, si una persona que priva de la vida a otro, en una reacción violenta, tal vez porque le haya estado molestando o provocando, su culpabilidad individual, estará reducida y en consecuencia la pena adecuada a su culpabilidad, tendrá que ser correlativamente también leve. Pero en atención a su constitución emocional, puede pronosticarse que precisamente como consecuencia de ello cometerá nuevos actos de violencia, inclusive homicidios, en razón a los intereses colectivos de seguridad, habrá que tomar en consideración su internamiento a un lugar psiquiátrico.

Pero lejos de admitir que la pena tenga exclusivamente carácter retributivo conforme a las ideas Kantianas (retribución moral) y Hegelianas (retribución jurídica), estimamos que la retribución, se da cuando la pena se considera en sí misma (sin ver sus fines), frente a un reo, para quien no es un bien, así el Estado busque su bien para el futuro; según opina Luzón Peña, la culpabilidad es mejor referencia para encontrar la proporcionalidad entre la magnitud del injusto y la medida de la pena, ya que la prevención especial, sirve como solvencia para tal efecto, en tanto que se desarticula cuando el sujeto no es fácil de resocialización o no la requiere, y la prevención general y con ella la

protección de bienes jurídicos que constituye, como decía Romag Nost "la contra Spinta a la Spinta criminosa", o sea, el contra impulso criminal porque se olvida del sujeto.

Ello no significa que la retribución sea mirada como simple castigo, y por ende, sin un objetivo utilitario, o bien, como mera venganza estatal, puesto que no haría más que golpear al delincuente, sin embargo, como el mundo de lo social siempre cuenta más lo real que lo teórico, la retribución reemplaza la venganza privada, satisface a la víctima, a los demás afectados y a la sociedad en general, y aunque tales objetivos constituyen un concepto empírico y vulgar de justicia, dado a su enorme generalización no se le puede desconocer, por lo que el Derecho Penal –que tiene que ganarse el prestigio como instrumento político– le sirve al pueblo como expresión del contrato social, porque de lo contrario se retornaría a la agresión a la venganza privada y sanguinaria.

Contra las Teorías Absolutas, se argumenta básicamente que:

a).- Carecen de fundamento empírico, ya que no se ha demostrado el libre albedrío, y;

b).- Que a la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena, es puramente ficticio, porque en realidad al mal de la pena se suma el mal del delito.

En favor de estas teorías, se puede sostener que impiden la utilización del condenado para fines preventivos generales, es decir, para intimidar a la generalidad mediante la aplicación de sanciones penales al que ha cometido un delito; por lo tanto, no deben estar condicionadas por la tendencia general a delinquir a lo que el autor del delito es ajeno; en otras palabras, impiden sacrificar al individuo en favor de la generalidad.

2.2 TEORÍAS RELATIVAS.

Sobre este particular, es necesario hacer mención que las Teorías Relativas procuran legitimar la pena, mediante la obtención de un determinado fin o la tendencia a obtenerlo, su criterio legitimante es la utilidad de la pena, ya que tal función dependerá desde diferentes puntos de vista, puesto que si ese fin consiste en la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de los autores potenciales e indeterminados, se tratará de una Teoría Preventivo General, ya sea positiva o negativa; y por el contrario estaremos

en presencia de una teoría preventivo especial o individual de la pena, si el fin es obrar sobre el autor que comete un delito determinado para que no reitere.

Así, Luigi Ferrajoli, señala que: “las doctrinas de la prevención especial positiva o de la corrección que atribuyen a la pena la función positiva de corregir al reo; las doctrinas de prevención especial negativa o de la incapacitación, que le asignan la función negativa de eliminar o de un modo a otro neutralizar al reo; las doctrinas de la prevención general positiva o de la integración, que le asignan la función positiva de reforzar la fidelidad de los asociados al orden constituido; las doctrinas de la prevención general negativa o de la intimidación, que le asignan la función de disuadir a los ciudadanos mediante el ejemplo o la amenaza de la pena.”³⁷

“Las teorías relativas de la pena adoptan una posición totalmente contraria a la sostenida por las teorías absolutas. A su tenor la pena no ha de servir a la realización de la justicia en la tierra, sino a la protección de la sociedad. La pena no constituye un fin en sí misma sino un medio de prevención.”³⁸

De ahí, que a manera de introducción se haga el señalamiento que las Teorías Relativas, tienen como punto de partida que la pena sea una medida práctica

³⁷ Derecho y Razón. Op. Cit. p. 263.

³⁸ Heinrich Jescheck, Hans. Tratado de Derecho Penal. Parte General 4ª ed. Granada España. Comares. 1993. p. 62.

para impedir la comisión de delitos, puesto que están encaminadas para explicar la necesidad estatal y el modo de obrar de la pena, pero no para justificarla, ni para diferenciarla de otras medidas sociales de protección; ya que lo que pretenden es tomar en cuenta todas las consideraciones de orden práctico, y así probar que la pena es útil o conveniente para una finalidad presupuestada; sin embargo no pueden legitimarla ni justificarla, ya que la sola justificación del fin no basta, dado que la finalidad como tal no justifica el medio; puesto que si se deja de considerar la pena como retribución por la culpabilidad, no es posible diferenciarla conforme a su naturaleza de las medidas de seguridad contra individuos peligrosos.

El pensamiento de las Teorías Relativas se puede resumir en que es provechoso para "la comprensión de los factores de impresión de la pena". Así tenemos que dentro de esas teorías, se encuentran las Teorías de la Prevención Especial y las Teorías de la Prevención General, negativa y positiva respectivamente.

2.2.1 TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL.

Las Teorías de la Prevención Especial de igual manera se subdividen en positivas y negativas; en lo que concierne a éstas últimas su fin se halla en

buscar la intimidación o inocuización del sujeto que ya ha delinquido para que no vuelva a hacerlo; sin embargo esa concepción ha de superarse en virtud de que lejos de servir para limitar al *ius puniendi*, favorece a la existencia de penas indeterminadas supeditando la duración del tratamiento a la definitiva corrección del delincuente y por consiguiente se atendería a un Derecho Penal retributivo coherente con sistemas autoritarios; puesto que además da pauta a la existencia de la desproporcionalidad entre el delito y pena, justificando una sanción mínima —o inclusive, la no imposición de pena alguna— en caso de delitos graves pero no susceptibles de repetición; y por otro lado justifican la imposición de la penas elevadas para delitos menos graves, directrices que evidentemente no encajan en los postulados de un Estado de Derecho Social y Democrático y por consiguiente desde este momento nos permitimos hacer referencia que la visión de la teoría inocuizadora queda descartada para efectos de estudio en la presente investigación dado que nos inclinamos a la doctrina teleológica o del fin que Von Liszt desarrolló en su programa de Marburgo relativa a la resocialización, punto de partida de la Teoría de la Prevención General Positiva, la cual fue debidamente sustentada por el positivismo Italiano y desarrollada en Alemania por el citado Frank Von Liszt, quien justificó la existencia la pena bajo un fin resocializador en virtud de tratarse de una fundamentación no sólo compatible, sino también necesaria, ya

que el propósito no era retribuir el hecho pasado, sino prevenir nuevos delitos en tres estadios: Corrigiendo al corregible; Intimidando al intimidable; Asegurando al que no sea corregible o intimidable.

La Teoría de la Prevención Especial conduce a una consecuencia inocultable, ya que con independencia de que seamos culpables o no de un delito, todos podemos ser corregibles, o al menos, se nos puede inhibir y si ello se hace sin tomar en cuenta la culpabilidad, para los fines correccionistas propugnados, se abre la posibilidad de la pena ilimitada temporalmente.

"Ven el fin de la pena en apartar al delincuente de la comisión de futuros delitos, o bien, a través de su aseguramiento, de su corrección o intimidación."³⁹

"De acuerdo a este punto de vista es la necesidad de prevenir nuevos hechos del mismo autor, es decir evitar la reincidencia. Consiguientemente, la base del sistema no es aquí el acto de desobediencia a la norma sino la asocialidad del autor."⁴⁰

Manuel de Lardizábal, elabora un teoría completa acerca de los fines de la pena destacando la importancia que atribuye a la prevención especial; para

³⁹ Muñoz Conde. Francisco. Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p. 93.

⁴⁰ Righi, Esteban. Fernández, Alberto. Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena. Argentina. Hammurabi 1996. p 53.

Lardizábal, quien no prescinde en absoluto de la idea de retribución, la pena no ha de buscar sólo una finalidad general utilitaria –la seguridad de los ciudadanos y la república– sino que también otros fines particulares en los que destaca la corrección o enmienda del delincuente, para el citado autor aplicar un mal –pena– sin ninguna finalidad conllevaría tortura y tiranía.⁴¹

Prevenir quiere decir, tanto como evitar y prevención especial, es evitar los delitos en el caso y la persona concretos. Esta concepción sitúa el fin de la pena, en evitar que el autor del delito cometa otros en el futuro; así puede ser realizada esta tarea preventiva en varios modos: a través del mero internamiento mediante el efecto intimidable que ejerce sobre el delincuente, lo que en Derecho Penal se denomina resocialización. En realidad, su principal mérito radica, frente a lo que acontece con la teoría de la retribución, en que se orienta hacia la misión social de la pena, rechazando los castigos que resulten innecesarios en la lucha contra la delincuencia y ahí, donde la pena sea inevitable, exigiendo que ésta se conforme de modo tal, que opere a favor de la resocialización y para evitar la reincidencia.

La Prevención Especial, ha sido sostenida en diferentes momentos de la historia del Derecho Penal, su fundamento siempre es el mismo, la comisión

⁴¹ Cfr. citado por Choclan Montalvo, José Antonio. Individualización Judicial de la Pena. Madrid. 1997. p. 69.

de un delito contiene la amenaza de futuras lesiones del orden jurídico; por lo tanto la pena debe servir para evitar esos futuros delitos, dado que el que lo cometió no puede desaparecer del mundo; autores como Grolman, Grundsätze sostuvieron, que el mal de la pena debía actuar sobre el autor para que su impulso delictivo se convirtiera en lo contrario, la inhibición del impulso; la fisonomía de esta teoría, cambió cuando el positivismo hizo de ella su Teoría de la pena con sus nuevas características, la Teoría Preventiva Especial se convirtió en el siglo XX en el punto de partida de lo que se puede llamar el Derecho Penal moderno, pues sobre sus bases se orientaron las reformas legislativas en los Códigos Penales del siglo XIX.

La moderna Teoría de la Prevención Especial, es caracterizada por el desplazamiento del Derecho Penal, desde el hecho cometido por el autor mismo, Von Liszt, decía en su programa de Marburgo de 1882: "determina la pena en relación a un hecho que parece no haber sido cometido por ningún autor; no es el concepto sino el autor lo que debe de sancionarse, es decir, era la manera de concebir correctamente la pena retributiva; represión y prevención no constituye oposición alguna."⁴²

⁴² Bacigalupo, Enrique. Principios de Derecho Penal Parte General. 2ª ed. Madrid España. Akal. 1990. p. 20.

"La pena en consecuencia es prevención mediante represión, pero la manera de llevar a cabo este programa, requiere que la finalidad preventivo especial de la pena, se investigue en función de las distintas categorías de delincuentes no como hasta entonces de manera uniforme para cualquier autor."⁴³

Para ello, la ciencia penal debía atender a los resultados de las investigaciones antropológicas y sociológicas referentes a los delincuentes, si se parte de la base que la protección de bienes jurídicos mediante la pena requiere de estas finalidades: corrección, intimidación, cabría poner en relación estos fines con las tres diferentes categorías de delincuentes que proporciona la antropología criminal, sobre todo a través de las investigaciones de Lombroso; el resultado de esta combinación de los fines de la pena con la clasificación de los delincuentes en diferentes categorías empíricamente formuladas, fue y como se mencionó al principio de este punto: corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección; intimidación del delincuente, que no requiere de corrección e inocuación o aseguramiento del delincuente que carece de capacidad de corrección.

"El delincuente irrecuperable es el que entra en la llamada reincidencia o habitualidad; sobre este tipo de delincuentes afirma Von Liszt, "que la

⁴³ Idem.

afirmación de corregirlos en presidios celulares a un alto costo carece simplemente de sentido. La idea es que deben ser privados de la libertad de por vida.”⁴⁴

“El segundo punto de delincuentes lo componen aquellos que precisan corrección y que por disposiciones heredadas o adquiridas se han convertido en delincuentes pero que tienen esperanzas de volver a la sociedad.”⁴⁵

“El tercer grupo está compuesto por los delincuentes ocasionales. En éstos, el peligro de repetición de acciones delictivas es mínimo y como consecuencia la idea de corrección carece de sentido, basta en estos casos, una sanción privativa de libertad unitaria.”⁴⁶

Con el paso del tiempo, para estas Teorías el fin de la pena se definió de una manera uniforme a través del concepto de resocialización, se procuró dar cabida, en segundo lugar a las consideraciones que ponen de manifiesto la corresponsabilidad de la sociedad en el delito, abandonando el causalismo antropológico y biológico de la época anterior, cuya verificación empírica lo

⁴⁴ Donna, Alberto Edgardo. Teoría del Delito y de la Pena. Fundamentación de las Sanciones Penales y de la Culpabilidad. 2ª ed. Buenos Aires. Astrea. 1996. p. 65.

⁴⁵ Ibidem. p. 66.

⁴⁶ Idem.

hacia científicamente insostenible, en tercer lugar se subrayó la importancia de la ejecución penal, basada en la idea del tratamiento.

Los tres criterios orientadores, tienen una concepción moderna de la prevención especial, están actualmente sometidos a fuertes discusiones, que provienen tanto del pensamiento más conservador, como del más radical; quienes parten de la corresponsabilidad social en el fenómeno de la delincuencia, niegan el derecho de la sociedad a resocializar al autor y proponen la resocialización de la sociedad, quienes por el contrario representan puntos conservadores, subrayan el fracaso de la idea del tratamiento y postulan generalmente una retórica profundamente individualista, un retorno a las ideas penales clásicas de las Teorías Absolutas de la Pena.

Así, José Antonio Choclan Montalvo, señala que “atribuir sentido a la pena, sólo desde un punto de vista preventivo–especial es evidentemente inaceptable. Ya se ha sostenido la idea de que toda pena, de alguna manera, mantiene hoy un significado de retribución del hecho cometido, desde compensación de la lesión jurídica que produjo el hecho punible, esto es la pena mira al pasado, no pudiendo depender sólo de razones de futuro de modo que aunque quizá la mejor manera de resocializar al delincuente es no

imponerle pena alguna, la idea de la retribución y satisfacción a la víctima determinan la necesidad del castigo.”⁴⁷

Empero, la cuestión no está en negar todo fin resocializador, sino en negar toda absolutización del mismo sin aspirar a fines preventivo–generales centrándose en forma desmedida en la ideología del tratamiento cuyo pilar se sitúa en la pena privativa de libertad indeterminada; ya que como lo expone Santiago Mir Puig: “el fin resocializador no puede ofrecer una respuesta global a la justificación de la pena. La intervención del Derecho Penal sigue dependiendo de su necesidad para la protección de bienes jurídicos, esto es para la Prevención general. Debemos por consiguiente, evitar el eufemismo y reconocer que no es el bien del delincuente, sino la necesidad de la protección social, lo que justifica la intervención penal. La resocialización no puede pretender justificar la pena como un bien necesario para el delincuente. Lo único que pretende justificar es la ayuda que el penado admita voluntariamente para ulterior reinserción social.”⁴⁸

La crítica más severa a esta Teoría, radica fundamentalmente, en que no importa si se es culpable o no de un delito, todos somos susceptibles de corregirse o al menos de inhibirse, y por ello si no interesa la culpabilidad, se

⁴⁷ Individualización Judicial de la Pena. Op. Cit. p. 82.

⁴⁸ Problemática de la pena y seguridad ciudadana en el Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Barcelona. Ariel. 1994. p. 121.

abre la posibilidad de una pena ilimitada temporalmente, prueba de ello lo constituía la Ley en materia de menores, que regía antes de 1992 en el Distrito Federal; la segunda objeción que magistralmente ejemplifica Claus Roxin: "en el caso de los asesinos nazis de los campos de concentración, algunos de los cuales mataron cruelmente por motivos sádicos a innumerables personas inocentes, la mayoría de estos posterior a la guerra, discretamente se integraron a la sociedad y por lo tanto no requirieron de resocialización alguna, tampoco existió en ellos el peligro de una repetición, ante la que hubiera que intimidarlos y asegurarlos, por ello no se justifica la impunidad a la que quedaron sujetos."⁴⁹

Por último, es cierto que la idea de la corrección otorga un fin a la pena, pero no la justifica ¿porqué ha de obligarse a los individuos a aceptar determinadas formas de vida?

“Se deben ofrecer al penado medios que le hagan más fácil una vida futura sin delitos; se trata de proponer alternativa a la pena privativa de libertad y, cuando ésta sea inevitable, se debe abogar por una ejecución de la misma que respete la dignidad del recluso y facilite su resocialización. Si bien se trata de una empresa difícil, no por ello hay que dejar de intentarlo, pero también es

⁴⁹ Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal. Op. Cit. p. 16.

cierto que hoy en día nadie cuestiona su necesidad, lo que se cuestiona es la forma de su realización.⁵⁰

2.2.2 TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA.

La Teoría de la Prevención General Negativa, en su concepción primera aparece como la coacción que a través de la ejecución de la pena se realizaba sobre los miembros de una comunidad, todo lo cual llevó a cometer excesos en su ejecución. Es por ello, una teoría que puede conducir al terror penal en la búsqueda desesperada de fines intimidatorios castigando tan duramente como sea necesario; no obstante, es una teoría que hoy en día no ha perdido importancia y con ella la proporcionalidad entre el delito y la pena –único aspecto positivo de la retribución– permanece en pie pudiendo prescindir de la teorías absolutas y todos sus inconvenientes, en la búsqueda de la intimidación de los delincuentes eventuales.

“El Estado combate la inclinación al delito con penas, que según su clase y gravedad, deben posibilitar una profunda intervención sobre el reo y la comunidad. El autor no recibe lo que merece de acuerdo con su culpabilidad sino lo que precisa para su resocialización. Conforme a la idea de la

⁵⁰ Muñoz Conde, Francisco. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Valencia. Tirant lo Blanch. 1989. p. 153.

prevención, la pena es un medio para evitar futuros delitos (*ne peccetur*), el hecho no constituye el fundamento, sino el motivo del castigo, y revela que es necesaria la intervención estatal porque existen síntomas de estado peligroso.”⁵¹

En efecto, no reconoce que el fin de la pena sea retributivo, correctivo o asegurativo, su objeto es intimidar a la generalidad, dado que si el fin es ejemplificar nada impide el establecimiento de sanciones lo más graves posibles; o en su defecto, atemorizar por medio de la amenaza contenida en la ley; pese a que empíricamente no se ha probado el efecto intimidante de la pena, ni mucho menos que esos postulados se justifiquen en un Estado Democrático, al utilizar a un hombre como objeto, en consideración a otros.

Para Gunter Jakobs “se trata del carácter drástico del sufrimiento propio de la pena como consecuencia desalentadora del comportamiento infractor.”⁵²

“De allí, que toda forma de lesión jurídica va a contradecir el objetivo del Estado. Es por eso que el Estado deba tener el derecho y el deber de hallar institutos por los cuales se impidan las lesiones jurídicas.”⁵³

⁵¹ Heinrich Jescheck, Hans. Tratado de Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p. 59.

⁵² Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Madrid, Marcial Pons, 1995. p. 8

⁵³ Donna, Alberto Edgardo. Teoría del Delito y de la Pena. Op. Cit. p. 67.

Esto es, ven el principal efecto y con éste, el trascendental fin de la pena es la inhibición psicológica del delito sobre la generalidad (una intimidación). En la medida que éste efecto se refiere a la formación y fortalecimiento del juicio ético. La idea de la prevención general se emplea en dos subgrupos, en sentido estricto, forma en que se le entiende comúnmente, es la intimidación general mediante la amenaza de la pena en virtud de la sanción individual. En sentido más amplio es verificación del Derecho como un orden y sólo en forma secundaria es intimidación.

La verdadera posición de las teorías preventivo generales se dirige más bien a la intimidación, ya sea mediante la ejecución ejemplar de la pena o a través de graves conminaciones de penas y por consiguiente establecen que debe de medirse a la gravedad de la pena, no en base a la culpabilidad, sino de acuerdo con la intensidad del impulso a ejecutar el hecho tiene que fijar el mal de la pena lo más alto posible, pero como lo menciona Bacigalupo: "las consideraciones preventivo generales a una pena superior a la que corresponda por la gravedad del hecho carece de legitimidad."⁵⁴

El representante más caracterizado de las teorías preventivo generales es Feuerbach, quien en su teoría de la acción psicológica sostenía "que era una

⁵⁴ Manual de Derecho Penal. 2ª Reimpresión, Santa Fe Bogotá Colombia. Cárdenas Editor y Distribuidor. 1994. p. 19.

preocupación del Estado que se hace necesaria por el fin de la sociedad que aquel que tenga tendencias antijurídicas, sea impedido psicológicamente de motivarse; según estas teorías la amenaza de la pena tendría precisamente esta función de disuadir, pero ello permite, como se ha objetado, elevar las penas indefinidamente, pues cuanto más grave sea el mal amenazado más fuerte será el efecto intimidante. Por ese motivo, la prevención general requiere en todo caso, límites que no se pueden extraer de su propia lógica y que deben ser por así decirlo externos."⁵⁵

“La prevención general actúa no sólo con la conminación general de penas, sino que adquiere su mayor efectividad con su imposición y ejecución.”⁵⁶

En definitiva, se trataba para Feuerbach de recurrir a la pena para que el delincuente superara sus impulsos hacia la comisión del delito, haciéndole presente que el mal que lleve a cabo le seguirá indudablemente la inflicción de otro mal, mas gravoso que lo que para el delincuente representa la insatisfacción de su impulso criminal.

Ahora bien, Prevención General, significa prevención frente a la colectividad; de conformidad con ello la pena no persigue, el fin de retribuir la culpabilidad

⁵⁵ Feuerbach, citado por Claus Roxin. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal. Op Cit. p. 55.

⁵⁶ Feuerbach, citado por M. García, Luis. Reincidencia y Punibilidad. Buenos Aires. Astrea. 1992. p. 43.

del delincuente ni de evitar que el condenado cometa nuevos delitos; de lo que se trata es de motivar a los ciudadanos un comportamiento conforme a derecho, esto puede ocurrir tanto de un modo negativo, mediante la intimidación de los ciudadanos, a través de la amenaza, la imposición y la ejecución de la pena, o bien, de un modo positivo, conformando los mandatos y prohibiciones legales, la conciencia jurídica de los ciudadanos, determinando su comportamiento social.

“Ante todo sirve para fundamentar el principio de la estricta legalidad y materialidad de los delitos: si la función del derecho penal es prevenir los delitos, el único modo de perseguirla racionalmente es indicar preventiva y exactamente sus supuestos típicos en sede de amenaza legal, dado que sólo se pueden prevenir y disuadir las acciones previstas, no las imprevistas por dañinas que sean.”⁵⁷

Sin embargo, “La función preventiva general, por el carácter abstracto de la previsión legal tanto de los delitos como de las penas, mira al delito y no a cada delincuente en particular poniendo a éstos a resguardo de tratamientos desiguales y personalizados con fines correctivos o de enmienda o terapia individual o social, o con fines políticos de ejemplaridad represiva.”⁵⁸

⁵⁷ Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Op. Cit. p. 278.

⁵⁸ Idem.

Su principal mérito radica en orientarse ante todo hacia la paz jurídica de la comunidad cuya garantía es la tarea fundamental del Derecho Penal. Igualmente esclarece de modo contundente porqué no se puede renunciar simplemente a la pena de la comisión de nuevos delitos por parte del reo, es decir, si quedaran impunes delitos graves, ello estimularía a otras personas a cometerlos y eso debe prevenirse a través de la imposición de una pena.

Contra estas teorías se argumenta básicamente que:

En primer lugar, resulta muy objetable el hecho de que el pensamiento preventivo general, al igual que el de la prevención especial, no proporciona limitación alguna al máximo de la pena. La proclamación de mayor intimidación a través de las penas más graves, es decir, puede conducir a un sistema incompatible con los principios de un Estado de Derecho Social y Democrático.

Otro punto sería que un sistema de ejecución de penas, orientado hacia la intimidación de la comunidad, es tan poco apto para promover la resocialización del condenado hacia la retribución, llegaría incluso a estar en contradicción de la dignidad humana.

De ahí, que el fin de la prevención general tampoco es suficiente como criterio limitador de las penas dentro de un modelo de Derecho Penal mínimo y garantista, ya que al igual que los retribucionistas, aluden a la cuestión del porqué prohibir. Por lo tanto su tendencia es hacia un Derecho Penal máximo, en donde será más eficaz, mientras se cuente con una mayor elevación y severidad de las penas con las que se amenaza y en su momento se ejecutan.

Todo lo contrario a la conclusión más extendida, relativa a que en la búsqueda de la prevención, es más efectiva la certeza de la aplicación de las penas que su endurecimiento. En cualquier caso, ¿cómo puede justificarse el que se castigue a un individuo no en consideración a él mismo sino en consideración a otros?.

2.2.3 TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA.

Se trata de una revelación reciente de finales de los años setenta, e incluso principios de los ochenta, donde alcanza su máxima expresión con la versión que de ella hace Jakobs.

Es una versión fundamentadora –seguida por Welzel, Kaufmann, Lesch y el propio Jakobs– consideran que el Derecho Penal, junto al resto de los medios de control social, debe tratar de influir positivamente sobre el arraigo de las

normas; por ende es que se encuentra enfocada sobre la conciencia ético/valorativa de la colectividad, sobre su fuero interno, y por consiguiente se hace necesario que recaiga sobre el penado una sanción que se asienta como justa en la sociedad.

Sin embargo, Silva Sánchez se cuestiona: “¿hasta que punto se puede legitimar una teoría que pasa por la estigmatización del delincuente como medio necesario de integración de los no desviados; una doctrina que asume las necesidades del castigo como parámetro de decisión del sí el cuento de la pena?”.⁵⁹

Las teorías preventivas tradicionales, se han apoyado en consideraciones empíricas que no han podido ser demostradas. La prevención por medio de la coacción psicológica y la resocialización, son fines que no se pueden verificar como verdaderamente alcanzables y ello determina que sus afirmaciones sobre situaciones y desarrollos empíricos sean metodológicamente atacables. Las fundamentaciones referentes a intervenciones en la libertad y en el patrimonio, como los que ocasiona la pena, pierden en caso de falta de base no sólo su dignidad científica, sino también en su legitimidad práctico-normativa.

⁵⁹ Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Op. Cit. p. 234.

Las teorías de la prevención especial, fundadas en la resocialización, por otra parte, generan también, como ya se observó, críticas sobre la legitimidad ética de tal finalidad y sobre la posibilidad de un tratamiento verdaderamente resocializador en el marco de los establecimientos carcelarios.

Circunstancias que dieron pauta para que surgiera la teoría de la Prevención General Positiva, que sostiene que la función de la pena es, la reacción estatal a hechos punibles. "Pues si la tarea del Derecho Penal es el mantenimiento de la norma, como modelo orientador, el contenido de la pena, es el rechazo a la desautorización de la norma, llevado a cabo a costa del que la ha quebrantado, la pena vista así ratifica la norma."⁶⁰

No consiste en la creencia de que nunca se cometerán hechos semejantes, pues destinatarios de la pena, en primer lugar no son algunas personas consideradas como autores potenciales, sino que todas las personas tienen que saber lo que deben esperar de estas situaciones. En resumen la función de la pena para esta teoría es prevención general mediante ejercicio del reconocimiento de la norma.

⁶⁰ Bacigalupo. Enrique. Principios de Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p. 24.

A pesar de ello, la Teoría de la Prevención General positiva ha sido criticada ya que niega la ideología de la resocialización, sin acompañar su crítica de la creación de instrumentos alternativos a los del Derecho Penal que ataquen los conflictos de la desviación en sus orígenes y que sean compatibles con la reintegración social del autor de la víctima y del ambiente. Esta crítica de cualquier manera, no tiene en cuenta que la Teoría de la Prevención General Positiva, no impide aunque no exija un desarrollo del tratamiento en la fase de la ejecución penal.

Por otra parte, esta Teoría tiene el mérito de no generar falsos optimismos en relación a las posibilidades de la ejecución de la pena privativa de libertad y de esta manera, origina necesariamente, una discusión sobre las alternativas reales de la pena.

Se puede decir, que esta teoría tiene mucho a su favor, como por ejemplo sería, que su fin radica en motivar al individuo para que no incurra en delitos, empero es preciso poner de manifiesto, que la cuestión del fin de la pena y de su legitimación es realmente una cuestión última en la que prácticamente no es posible una respuesta que pueda resolver todos los problemas a la vez.

2.3 TEORÍA UNIFICADORA.

Ante la insuficiencia de estas tres teorías emerge la denominada Teoría Unificadora y que no consiste, sino en combinar los principios legitimantes de las Teorías Absolutas y Relativas; se trata de justificar la pena en su capacidad para retribuir (retribución y prevenir protección); dicho de otras palabras, la pena es legítima en la medida que sea justa y útil, empero los partidarios de esta teoría no advirtieron, que la justicia y la prevención no coinciden en todos los casos e incluso en ocasiones son antinómicas, la pena justa con respecto a un hecho puede ser insuficiente, con referencia al autor; esta teoría se divide fundamentalmente en diversas posiciones:

–Preponderancia de la justicia sobre la utilidad, es decir, a la represión sobre la prevención. De acuerdo con esto, la utilidad de la pena puede contemplarse legítimamente siempre y cuando no se requiera ni exceder ni atenuar la pena justa.

–Distribuye en momentos distintos la incidencia legitimante de la utilidad y la justicia, la primera es fundamento de la pena que opera en forma preventiva, pero la utilidad se sujeta a un límite; por consiguiente sólo es legítima mientras no supere el límite de la pena justa; se puede decir, que en la práctica

esto significa que la pena legítima será siempre la pena necesaria según un criterio para que la prevención supere el límite de la pena justa.

En este sentido, Claus Roxin, ha propuesto una concepción dialéctica de la pena, en la medida en que acentúa la oposición de los diferentes puntos de vista y trata de alcanzar una síntesis:

"El momento de la amenaza, el bien de la pena, es la prevención general, en la determinación, los fines preventivos se limitan por la medida de la gravedad de la culpabilidad; y al momento de la ejecución se adquieren fines resocializadores."⁶¹

Una de las críticas que ha recibido esta teoría, es que en lo fundamental sigue siendo la pura retribución del delito culpablemente cometido y sólo dentro de este marco retributivo y por vía de excepción admiten que el castigo se busquen fines preventivos.

En otras palabras, cuando nuestro legislador amenaza con la pena de reclusión, en el artículo 302 del Código Penal para el Distrito Federal y que en síntesis manifiesta el matar a otra persona, lo hace con la esperanza de que a la vista de la pena con que conmina la realización del hecho, la generalidad

⁶¹Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal. Op. Cit. p. 28.

de los ciudadanos normales se abstendrán de matar a sus semejantes (prevención general). Pero si a pesar de esta conminación, alguien llega a cometer un homicidio, entonces debe aplicársele la pena prevista con un criterio retributivo, es decir, porque ha cometido el homicidio, demostrando al mismo tiempo con ello la seriedad de la amenaza penal (prevención general positiva). Una vez impuesta la pena correspondiente, debe procurarse, sin embargo, de acuerdo con la idea de prevención especial, que durante la ejecución de la pena se actúe directamente sobre el delincuente, educando y reprimiendo sus instintos agresivos, para que una vez cumplido el castigo impuesto, pueda integrarse en la comunidad como miembro perfectamente idóneo para la convivencia.

De esta forma concluimos, que la pena es retribución, en tanto que supone la imposición de un mal al hecho punible cometido. La idea de retribución traza los límites de la intervención punitiva del Estado. El límite mínimo porque sólo puede aplicarse cuando se haya cometido un hecho delictivo completo en todos sus elementos. El límite máximo, porque obliga a no sobrepasar la gravedad de la pena que tiene asignada en la Ley el hecho que dio lugar a su aplicación. Pero la pena no se agota en la idea de retribución, sino que cumple también otra función importante, luchando contra el delito a través de su prevención. Esto es a través de la prevención general, intimidando a la

generalidad de los ciudadanos, amenazando con una pena el comportamiento prohibido (Prevención General Negativa), pero también demostrando las superioridad de la norma jurídica y los valores que representa, así como restableciendo y fortaleciendo la confianza de los ciudadanos en el Derecho (Prevención General Positiva). A través de la prevención especial, incidiendo sobre el delincuente ya condenado, corrigiéndolo y recuperándolo para la convivencia internalizando en él a través del castigo una actitud del respeto, por las normas jurídicas.

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO EXIGENCIA EN EL ESTADO DE DERECHO.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO EXIGENCIA EN EL ESTADO DE DERECHO.

El principio de legalidad, es aquel que establece que ningún hecho puede ser castigado, si no existe un supuesto de hecho y mucho menos que no se encuentre establecida una punibilidad antes de llevarse a cabo; ya que en esencia su principal función radica en fijar límites al poder punitivo del Estado, en pos de salvaguardar las garantías de cada uno de los gobernados, y por consiguiente rechaza con plenitud las arbitrariedades de sus Organos, los cuales al emitir sus actos de molestia deben de acatarse a los lineamientos que la ley establece al admitirla como la única fuente del Derecho Penal, y por ello es que se representa como “estricta legalidad”, cuya fórmula se representa en la conocida frase denominada por Feuerbach “*nullum crimen sine lege, nullum poena sine lege*”.

“Dentro de un régimen jurídico, esto es, dentro de un sistema en que impere el derecho, bien bajo un carácter normativo legal o bajo un aspecto consuetudinario, esa afectación de diferente índole y de múltiples y variadas consecuencias que opera en el status de cada gobernado, debe obedecer a determinados principios previos, llenar ciertos requisitos; en síntesis, debe

estar sometida a un conjunto de modalidades jurídicas, sin cuya observación no sería válida desde el punto de vista del Derecho.”⁶²

Por ello, dicho principio al ser recogido por nuestra Constitución Federal, específicamente en el párrafo tercero del artículo 14, y formar parte fundamental en torno a la vida jurídica de nuestro país que lo caracteriza como un Estado de Derecho, se haga necesario llevar su estudio con más detenimiento, dado que establece un conjunto de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas que deben de sujetarse las actividades de los Organos de Estado, para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado.

3.1 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN.

Nuestra Ley fundamental otorga una serie de facultades a los órganos del Estado, respecto a que sólo pueden ejercer sus actos de autoridad, bajo las directrices que la propia Ley establece, dado que sólo les permite hacer o dejar de hacer lo que les está permitido como facultad expresa, encontrándose impedidos a realizar cualquier acto si no se les concede determinadas atribuciones, que evidentemente son con el fin de salvaguardar todas y cada

⁶² Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales. 25ª. ed. México D. F. Porrúa. 1993. p. 300.

una de las garantías individuales a favor de los gobernados, dado que los mismos cuentan con la certeza de que aquellos no procederán de manera arbitraria, al encontrarse limitados de acuerdo a las reglas establecidas en la Ley.

“En este orden de ideas debe destacarse que la actividad estatal tiene que sujetarse a una serie de requisitos, elementos y circunstancias previas, ya que en ese supuesto puede generar una afectación válida en la esfera del gobernado”.⁶³

“La seguridad, es la garantía, dada al individuo, de que su persona, sus bienes y sus derechos, no serán objetos de ataques violentos o que si estos, llegan a producirse, les serán asegurados por la sociedad; en otros términos está en seguridad aquel individuo en el Estado”.⁶⁴

Los derechos conocidos por la ley, son prerrogativas de los gobernados, que se encuentran bajo su potestad; de tal forma, que libremente al encontrarse con la expectativa de derecho que la norma jurídica les brinda, pueden si es su voluntad materializarlo o no, sin que ello constituya o deje de ser sancionado por la ley.

⁶³ Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales. Op Cit. p. 440.

⁶⁴ Carlile de los Radbruch, citado por Castro Juventino, V. Garantías y Amparo 5ª. ed. México D. F. Porrúa 1990. p.214.

De ahí, que lo prohibido por la norma jurídica, es la actividad restringida a los particulares, y por ello, su voluntad no puede alterar la disposición pública, dado que su actividad debe constreñirse a lo establecido por la Ley (mandatos o prohibiciones), y en caso de incumplirla, se le reprimirá con la sanción prevista, pero al mismo tiempo se le asegura que la autoridad no excederá el uso de ese poder.

El principio de legalidad, evidentemente queda identificado en el párrafo tercero del artículo 14 Constitucional, en el cual como se ha mencionado, establece la limitante del Estado frente al gobernado; ya que por un lado prevé la no aplicación de pena que no esté decretada con una ley exactamente al delito que se trata, y en el caso de su aplicación, la necesidad de que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento ante los Tribunales previamente establecidos; de igual forma existen diversos dispositivos Constitucionales que limitan la intervención estatal por medio del derecho Penal, que si bien no están formulados expresamente, si tienen importancia en el proceso de concesión de la pena, puesto que se acepta que la reacción estatal, sólo se justifica en aquellos casos, que de no prohibir ciertas conductas se haría imposible la vida en sociedad.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

Con relación a lo anterior, el párrafo tercero del artículo mencionado prevé que “en los juicios de orden criminal, queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata”.

“El artículo 14 Constitucional, contempla las posibles lagunas legales, las contradicciones que surgen en la tipificación normativa. Si una conducta se parece a otra, que es el objeto del precepto criminal, pero no hay identidad, la constitución prohíbe castigar esa conducta semejante, lo mismo que prohíbe hacerlo con aquella otra que siendo tal vez más grave, tampoco está precisa y claramente establecida en la ley”.⁶⁵

Por ello, el Estado no puede privar de sus derechos a un gobernado de forma arbitraria, ya que necesariamente tiene que existir una acción que vaya en contra de la norma establecida que origine la existencia de un hecho delictuoso, en donde previamente se le concede la facultad de defensa, y en el supuesto de ser procedente la aplicación de una pena, la cual debe estar decretada en la ley y exactamente aplicable al delito que la motiva, dado que cuando el Pacto Federal se refiere a la imposición de las penas (hablando del

⁶⁵ Briseño Sierra, Humberto. El Enjuiciamiento Penal Mexicano. 2ª Reimpresión. México D.F. Trillas. 1985. p.67.

orden penal), lo hace garantizando que aquella sanción está prevista en el precepto legal, en donde se encuentra inmerso ese comportamiento delictivo.

“En el párrafo tercero del artículo 14 Constitucional, dicho principio de legalidad, en la estimación delictiva de un hecho humano, no se contiene expresa y directamente. Sin embargo, por inferencia jurídica, a través de la interpretación del concepto legal de “delito” podemos considerarlo involucrado en la mencionada disposición Constitucional. En efecto, de acuerdo con el artículo 7 del Código Penal, “delito es todo acto u omisión que sancionan las leyes penales”. Por ende, para que un hecho lato sensu (acto positivo u omisión) constituya un delito, es menester que exista una disposición legal que establezca una pena para su autor, por lo que cuando no exista aquella, el acto o la omisión no tiene el carácter delictivo.”⁶⁶

Por ello, la prohibición expresa de aplicar una determinada pena por simple analogía y mayoría de razón.

Mancilla Ovando Jorge Alberto señala que analogía es: “integrar la ley penal pretendiendo adecuar una conducta no exactamente prevista en la ley como

⁶⁶ Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales. Op. Cit. p. 374.

delito equiparable a una figura delictiva semejante a los hechos que integran la hipótesis legislativa.”⁶⁷

El mismo autor menciona que Mayoría de Razón es: “integrar la ley penal, al intentar imponer una sanción menor que la misma, o mayor que la máxima, que prevé la norma jurídica, para castigar el delito por el que se juzga.”⁶⁸

Por su parte, Alberto del Castillo del Valle, señala que la aplicación analógica “es aquella aplicación que se hace de una ley, atendiendo a aspectos semejantes entre un hecho y una norma, pero que en realidad, el caso concreto no se adecua cabalmente al supuesto normativo, sino que, guarda semejanza con el mismo.”⁶⁹

Asimismo, expone que Mayoría de Razón es “una interpretación y aplicación legal que se hace considerando aspectos propios del delincuente o del hecho en concreto y que el ánimo del juzgador hacen suponer la necesidad de imponer una pena mayor al procesado o acusado penalmente, por el grado de afectación ocasionado, sin que se encuadre esta conducta en lo sostenido por la ley penal aplicable.”⁷⁰

⁶⁷ Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal. 2ª. ed. México D.F. Porrúa. p.66.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Garantías Individuales y Amparo en Materia Penal. México D.F. Duero. 1992. p.39.

⁷⁰ Ibidem. p.40.

Serie de conceptos que evidentemente coinciden en establecer que la analogía es la aplicación de la ley a un caso concreto, que de ninguna manera tiene adecuación al supuesto de hecho, sino que por su simple semejanza se toma en cuenta para su aplicación, y que claramente afecta las garantías individuales consagradas a favor de todo gobernado, dado que al momento de que el juzgador al emitir una resolución definitiva, se le dejaría al arbitrio la forma de sancionar a una persona, aún cuando no existiera la adecuación de su conducta en el tipo, lo que daría origen a que la impartición de justicia quedaría bajo los simples caprichos de los órganos que se encargan de impartirla.

En lo que concierne a la mayoría de razón, lejos de encontrarse ligadas a las circunstancias exteriores de ejecución del delito y peculiares del acusado, que son las diversas circunstancias que el Juzgador debe de tomar en cuenta para la aplicación de una pena, (directrices que se encuentran plasmadas en los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal), a manera de ejemplo, considera que la sanción que le corresponde a un imputado debe ser mayor por que el medio social en el que se ha desenvuelto no le parece que es el adecuado, o por que considera que el ilícito que se llevó a cabo, afectó a tan gran magnitud a la sociedad que debe ser castigado con mayor severidad; lo que evidentemente sería tanto como desconocer todos y cada uno de las lineamientos que en materia penal establece el Pacto Federal y en contra de

los fundamentos de un Estado de Derecho, ya que ese tipo de aplicación al igual que la analogía quedaría a actos arbitrarios de los encargados de la impartición de justicia; de ahí que la ley obliga a las autoridades a sujetarse tan sólo a lo que se encuentra previsto, sin que entren criterios o aspectos subjetivos que vulnerarían las garantías individuales de todo gobernado.

En este sentido Juventino V. Castro, señala que “aunque la disposición Constitucional, sólo menciona la obligación de ajustarse exactamente lo dispuesto en la ley para sancionar a una persona, es lógico entender que igualmente está haciendo referencia a un necesario antecedente de una figura delictiva que se sanciona.”⁷¹

Por ello, es que se reitera que no resulta factible que se califique de delito a las conductas que no se encuentran contempladas como tales en la ley, aún cuando sean reprobadas por la sociedad misma, dado que mientras ciertos comportamientos no tengan aquel rango de delito, el ser humano será libre de hacer lo que no está prohibido, y por consiguiente es que el Estado debe de actuar con imperio de la ley dentro de sus límites, pero también se trata que los ciudadanos conozcan en todo momento cuales son las consecuencias de su conducta, si ésta se encuentra inmersa en un supuesto de hecho, y el modo de

⁷¹ Garantías y Amparo. Op. Cit. p. 237.

que éstas le van a ser aplicadas al encontrarse prevista la sanción correspondiente.

Al respecto y con el fin de sustentar que el sistema mexicano adopta el tantas veces mencionado principio, nos permitimos citar dos criterios emitidos por nuestro máximo Tribunal que a la letra rezan:

EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN LA LEY MISMA. La interpretación del tercer párrafo del artículo 14 Constitucional, que prevé, como garantía la exacta aplicación de ley en materia penal, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia ley que se aplica, la que debe estar redactada de tal forma, que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en la leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demerita en la defensa del procesado. Por tanto, la ley que carezca de tales requisitos de certeza, resulta violatoria de la garantía indicada prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República.

Amparo Directo en revisión 670/93. Reynaldo Alvaro Pérez Tijerina. 16 de marzo de 1995. Mayoría de siete votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Jorge Carenzo Rivas.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el quince de mayo en curso, por unanimidad de ocho votos de los señores Ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Gütrón, Juventino V. Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios y Olga María Sánchez Cordero; aprobó, con el número IX/95 (9a.) la tesis que antecede. México.⁷²

⁷² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VI, Diciembre de 1997, p. 217 tesis por contradicción 1a./J.46/97.

ROBO POR EMPLEADOS, CALIFICATIVA DE. NO SE ENCUENTRA EXPRESAMENTE COMPRENDIDA EN LA LEGISLACION PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.-

Es violatoria de garantías individuales la aplicación de la fracción VI del artículo 381 del Código Penal, cuando se trate de personas que, teniendo el carácter de empleados, no son estrictamente obreros, artesanos, aprendices o discípulos en el lugar donde cometan el robo. Aunque, por igualdad de razón, podría considerarse que el robo cometido por los empleados en general cabe dentro de esa disposición legal, por cuanto que éstos últimos aprovechan para fines indebidos la confianza que en ellos se ha depositado, de la misma manera que los obreros, artesanos, aprendices o discípulos, debe tenerse presente, no obstante, que de conformidad con el artículo 14 de la Constitución, la aplicación de la ley en materia penal ha de ser estricta, de manera que no se puede aplicar por simple analogía, ni aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Así pues, mientras el artículo 381 del Código Penal vigente no sea reformado a fin de tipificar el delito cometido por los empleados, ser atentatoria de garantías individuales, la aplicación de la fracción VI del artículo en cuestión, cuando se trate de personas que no sean estrictamente obreros, artesanos, aprendices o discípulos.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Séptima Epoca, Sexta Parte:

Volumen 72, pág. 97. Amparo Directo 162/75. Juan Miranda Navarro.

Volumen 72, pág. 97. Amparo Directo 8705/68. Lino Perez Espinoza.

Volumen 72, pág. 97. Amparo Directo 55/75. Gunter Horst Beator.

Volumen 72, p g. 97. Amparo Directo 309/75. José Antonio Camal Montalvo.

Volumen 72. p g. 97. Amparo Directo 230/75. Francisco Caballero Acevedo.⁷³

En este contexto de ideas, resulta valido afirmar que la garantía contenida en el párrafo tercero del artículo 14 Constitucional establece la división de la legalidad respecto de dos elementos: los delitos y las penas, ya que un hecho que no esté calificado por la ley en su sentido material como delito no será

⁷³ Semanario Judicial de la Federación, 1917-1995. Séptima Epoca, Tomo V, Noviembre de 1977, p. 122,

delictuoso, ni mucho menos traerá como consecuencia la aplicación de una pena a quien lo realice, puesto que de acuerdo a lo previsto por el artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal, al establecer que “delito es todo acto u omisión que sancionan las leyes penales”, es indispensable que un hecho reúna aquellos elementos necesarios para su integración, en donde tiene que existir una disposición legal en la cual se establezca una pena para su autor, ya que en dado caso de no surtirse el acto u omisión de ninguna manera tendrán el carácter de una acción delictiva.

De ahí, que el principio de legalidad, no sólo ostenta el aspecto en cuanto a la concepción delictiva de un hecho, sino que se refiere también a las penas, dado que de igual forma prohíbe la aplicación de una sanción penal sino existe un precepto que expresamente la imponga por la comisión de un hecho determinado; en virtud de que para todo delito la ley debe señalar la penalidad correspondiente, que se traduce en el ya citado principio *nulla poena, nullum delictum sine lege*.

3.2 LA READAPTACIÓN SOCIAL COMO FIN PRINCIPAL DEL DELINCUENTE EN LA CONSTITUCIÓN.

Como se ha observado, la sanción penal, es la máxima consecuencia del delito, ya que se trata de una de las medidas más drásticas de las que se puede valer el Estado, para hacer cumplir sus mandatos y prohibiciones, que se representa no sólo en la privativa de libertad, sino que también en la aplicación de sanciones pecuniarias e incluso pérdidas de derechos; pero la pena como consecuencia de un delito, no sólo trasciende en el ámbito jurídico, dado que su imposición invariablemente afecta el futuro de quien la sufre, tanto en lo familiar como en lo social, que da lugar a la deshonra del individuo afectando, por consiguiente toda su vida.

Por ello, la pena de prisión en un país como el nuestro —que no tiene que ser utilizada como un instrumento de terror estatal— sino por el contrario debe de revestir un contenido real de verdaderos medios educativos con el fin de lograr la readaptación social del delincuente, principio que evidentemente se encuentra contemplado en la Constitución Federal, específicamente en el párrafo segundo del artículo 18 el cual 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. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto”.

“El segundo párrafo del artículo 18 Constitucional contiene una prevención concerniente al objetivo de la imposición de las penas, en el sentido de que éstas deben tender en cuanto a la forma de extinguirlas por diversos conductos a la regeneración del delincuente, o sea, a su readaptación social, siguiendo en este punto la doctrina moderna y los principios de la criminología.”⁷⁴

“Por desgracia nuestra legislación criminal es muy anticuada e impone penas corporales (algunas hasta barbaras) y tal vez por delitos que sólo pueden merecer la de multa o la reparación del daño causado. La cárcel siempre envelece al hombre, lo degrada y lo que es peor, lo inculca en el germen de los vicios y de los delitos. Por desgracia también las detenciones se han prolongado sin límite, llegando aveces hasta el escándalo de que hayan pasado años sin que un acusado hubiera dado su declaración formal, ni estuviera encargado por preso. A un desorden semejante, que si raras veces era ocasionado por el descuido o abandono de los jueces, frecuentemente lo era por la voluntad de las autoridades, especialmente cuando la prisión tenía su

⁷⁴ Burgoa Ignacio. Las Garantías Individuales. Op. Cit. p. 641.

origen en causas políticas, era consiguiente un sin número de abusos en las cárceles.”⁷⁵

Luego entonces, un Estado Social y Democrático de Derecho, debe de evitar que la pena se convierta en un fin de servicio de los intereses no convenientes para la mayoría de los ciudadanos o que desconozca los límites que tiene que respetar frente a todo individuo, ya que ante todo debe de respetar las garantías propias del Estado de Derecho y que giran en torno al principio de legalidad en la medida de que sea compatible con la paz social; de ahí que no sólo se debe de imponer la sanción privativa de libertad como la única medida de castigo por un hecho ilícito, sino que debe de buscar directrices a fin de respetar la dignidad del propio delincuente e intentar ofrecer alternativas a su comportamiento criminal; lo primero impide la imposición de penas incompatibles que degraden en forma al encausado y en franca violación a lo estipulado en el Pacto Federal, lo segundo obliga a ofrecer al condenado la posibilidad de su resocialización e inserción social.

Al respecto, el maestro Raúl Peña Cabrera señala que “la pena que aplique el Estado, sólo llega a ser positiva, en cuanto entrañe el ejercicio y el respeto de una progresiva democratización del Estado, lo importante es la afirmación de

⁷⁵ Del Castillo Velasco. José María. Apuntamientos para el Estudio del Derecho Constitucional Mexicano. México D.F. Edición Facsimilar. 1871. p. 55.

un Estado democrático en constante revisión de sus bienes, única forma de evitar deslizarse por los caminos fáciles de Estado Autoritario.”⁷⁶

Por ende, si el sistema carcelario y la imagen que sobre él impera, no es el óptimo, el Estado debe reforzar esfuerzos, con el fin de que la prisión brinde un ambiente sano para su capacitación, puesto que se insiste, si el fin de la pena es resocializar al delincuente, debe de buscar los medios para alcanzarla, sin perder de vista aquellas directrices que se enmarcan para su logro, los cuales no necesariamente tiene que enfocarlos cuando el sujeto se encuentre privado de su libertad. Sin que las mismas puedan alcanzarse con base a otras sanciones que permitan que el delincuente no sea segregado de la sociedad, sino que esté en constante comunicación con ella, para que advierta que aquella oportunidad que se le brinda es para que recapacite sobre su conducta delictiva y se omita volver a cometer otras conductas socialmente dañosas para la comunidad, y en el supuesto de que reitere sus actuaciones delictivas, sancionarlo con la pena de prisión, pero sin perder de vista que al imponerla debe de aportar beneficios para la sociedad y para el propio condenado, en virtud de pretender lograr su readaptación, aunque hoy en día es claro que dicho fin ha ido en declive con la utilización de lo que se ha denominado reina de las penas (la prisión).

⁷⁶ Pena y Estado Capitalista. Bogotá Colombia. Temis. 1996. p.63.

“Es de advertir que aunque hoy en día no parece posible prescindir de la prisión como pena, no es menos cierto que se han puesto claramente de manifiesto los graves inconvenientes que presentan en relación con la rehabilitación social del delincuente. En especial las llamadas privaciones cortas de libertad producen, sin un delito grave que sancionar, el empeoramiento normal del reo para quien la cárcel ha sido verdadera escuela del crimen. El problema es muy difícil, pero puede decirse que hoy constituye el más grave de la ciencia penitenciaria y uno de los más serios en el Estado Moderno.”⁷⁷

Al respecto y con el fin de apoyar aquella opinión se hace factible citar los siguientes criterios jurisprudenciales que a la letra rezan:

Quinta Epoca
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: LXXIII
Página: 4046.

CONMUTACIÓN DE LAS PENAS DE PRISIÓN. El artículo 74 del Código Penal del Distrito Federal, por los términos en que está redactado, no autoriza que se haga distinción respecto de la sustitución de la pena de prisión, cuando no exceda de seis meses, si concurre la sanción pecuniaria, pues el principio filosófico que norma la política criminal sobre la sustitución de la pena, no es otra si no que la privación de la libertad no es muy recomendable, ya que puede conseguirse la regeneración o readaptación del delincuente, que no está sometido a un régimen de trabajo y por el contrario, el reo se vicia en

⁷⁷ Diccionario Jurídico Espasa. Siglo XXI. Espasa Calpe S.A. España. 1991. p. 796.

el ambiente de las prisiones y adquiere malos hábitos para el futuro; siendo este principio predominante en la sustitución de la pena, no puede haber obstáculo para concederla porque haya otra pena pecuniaria conjunta, pues como ya se dijo, tal distinción no está autorizada por la ley.

Amparo penal directo 4178/42. García Valseca Ignacio. 18 de agosto de 1942. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Séptima Epoca.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Tomo: 193-198 Sexta Parte.

Página: 128.

PENAS. CONVENIOS PARA QUE SE EXTINGAN EN ESTABLECIMIENTOS DEPENDIENTES DEL EJECUTIVO FEDERAL POR REOS DEL ORDEN COMÚN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE ZACATECAS). El artículo 18, párrafos segundo y tercero, de la Constitución Federal establece, en lo conducente, 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 y que los gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos, sentenciados por delitos del orden común, extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal. De acuerdo a lo anterior, se faculta a los gobiernos de los Estados para celebrar este tipo de convenios, sujetándose a las leyes locales, en el caso de que existan, pero la falta de alguna disposición legal en el Estado de Zacatecas, no deja insubsistente la facultad que la Constitución Federal otorga para ese efecto; más aun cuando los artículos 22, 77 y 78, entre otros, del Código Penal del Estado de Zacatecas, facultan al gobernador del Estado para señalar el lugar en que los reos deben cumplir las penas que les hubiesen sido impuestas. En esa virtud, debe considerarse que el gobernador del Estado de Zacatecas puede, legal y constitucionalmente, celebrar convenios como el de que se ocupa, cuya finalidad consiste, esencialmente, en el ejercicio de la facultad y el cumplimiento de la obligación que la propia ley le señala; esto es, el titular del Poder Ejecutivo tiene la obligación de proveer lo necesario para la ejecución de las sentencias irrevocables y el artículo 18 tercer párrafo de la

Constitución Federal lo faculta para convenir con las autoridades federales, que los reos del Estado puedan compurgar la pena en establecimientos de la Federación. En este orden de ideas si el gobernador del Estado de Zacatecas celebró el convenio de que se trata, dicha celebración se traduce en el cumplimiento de la obligación y el ejercicio de la facultad que, respectivamente, señalan el Código Penal del Estado de Zacatecas y el precepto constitucional antes invocado.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

Amparo en revisión 404/84. Regino Torres Rivas. 17 de enero de 1985. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Alvear. Secretaria: Olga Iliana Saldaña Durán.

Amparo en revisión 405/84. Roberto Parga Viramontes. 17 de enero de 1985. Unanimidad de votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

“A lo anterior se agrega lo poco razonable que resulta una estrategia que pretende incidir mientras dura el encierro, sobre el comportamiento que tendrá al condenado una vez que cumpla el plazo de la pena. No se puede adaptar a un sujeto a la vida en libertad mientras carece de ella.”⁷⁸

“En consecuencia, lo adecuado es ofrecer nuevas modalidades para la ejecución y a esos fines, la fundamentación que ofrece el Derecho Penal no es dable”.⁷⁹

Queda así entendido, que si el fin de la pena en la Constitución Federal, es la readaptación social del delincuente, a través del trabajo, la capacitación del mismo y la educación, no sólo se debe de enfocar ese fin con la imposición de

⁷⁸ Righi Esteban y A. Fernández Alberto. Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena. Op. Cit. p.527.

⁷⁹ Idem.

la pena de prisión, dado que la tarea es buscar otros medios de castigo, que traten de motivar a los ciudadanos para que no realicen conductas constitutivas de delitos, ya que aún cuando el Derecho Penal de un Estado Social y Democrático, no puede renunciar a la misión de incidencia activa contra la delincuencia, si puede conducirla por y para los ciudadanos, con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos.

3.3. IMPOSICIÓN DE LAS PENAS, FACULTAD EXCLUSIVA DE LA AUTORIDAD JUDICIAL.

De acuerdo a las diferentes directrices que se enmarcan en nuestra Constitución Federal, específicamente en lo que concierne a las esferas de competencia de los órganos de Estado encargados de la Administración y Procuración de Justicia, se constata la facultad de los órganos jurisdiccionales, declarar en los términos que establece la ley, cuando un hecho ejecutado es o no delito; pronunciamiento que como se ha observado, debe de realizarse previo a advertir que el acto concreto reúne los caracteres del delito, esto es, si la conducta es típica y antijurídica, pero además verificar si el sujeto a quien se le atribuye reúne los elementos que dan contenido a la culpabilidad, y sólo entonces al constatarse dichos extremos, declarar la responsabilidad penal o irresponsabilidad de aquellas personas que se colocan en un supuesto de hecho

(debidamente establecido), dado que el juicio de reproche es un pronunciamiento que está reservado únicamente a la Autoridad Jurisdiccional y el cual radica, que al integrarse en una persona determinada los caracteres del delito se faculta a los órganos de Estado concretamente al poder judicial –de ejercer el *Ius puniendi*–.

Potestad que encuentra eco en lo estipulado por el artículo 21 Constitucional el cual señala que:

“La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su custodia y mandato inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de las sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiere impuesto, se permutara ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas”.

“Como ya se expresó, el artículo 21, al estatuir que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial sintetiza en forma clara el pensamiento del constituyente en relación a la judicatura. Si deseaba restituir a

los jueces toda dignidad y respetabilidad que habían perdido a través del sistema penal inquisitivo heredado en la colonia.⁸⁰

“La respetabilidad se logra cancelándoles la facultad de perseguir los delitos y otorgándola a un órgano distinto, representado en el Ministerio Público; de ahí que la dignidad sólo es posible cuando las funciones persecutorias y de defensa se llevan a cabo íntegramente ante la presencia del órgano jurisdiccional.”⁸¹

Serie de referencias que de igual forma encuentran sustento en lo establecido en el artículo 1 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en cual a la letra reza:

“Corresponde exclusivamente a los tribunales penales del Distrito Federal.

I Declarar, en la forma y términos que esta ley establece cuando un hecho ejecutado en las entidades mencionadas es o no delito.

II Declarar la responsabilidad o la irresponsabilidad de las personas acusadas ante ellos; y

III Aplicar las sanciones que señalen las leyes

Sólo estas declaraciones se tendrán como verdad legal”.

⁸⁰ Islas Olga y Ramírez Elpidio. El Sistema Procesal Penal en la Constitución. México D.F. Porrúa. 1979. p.

4.

⁸¹ Idem.

Como se puede observar, además de los preceptos legales anteriormente señalados, existen otros que en esencia establecen que sólo la Autoridad Judicial es la facultada para la imposición de las sanciones penales, que de ninguna manera da lugar para que otra autoridad distinta a la mencionada se encuentre facultada para ejercer aquella potestad en torno a resolver los conflictos que se someten a su competencia; de ahí, que se reitere que el precepto legal en cita, establezca las esferas de competencia de los Organos de Estado, dado que en él también se hace alusión a la existencia del Ministerio Público, el cual al ser dependiente de Poder Ejecutivo, es el encargado de perseguir los delitos; que da pauta a mencionar que el procedimiento penal en México, se rige necesariamente por los principios del sistema penal acusatorio, cuya característica toral es la que delega las funciones procedimentales a tres diferentes sujetos: acusación (función que le corresponde al Ministerio Público), defensa (defensor) y la decisión que es la que le corresponderá al Organo Jurisdiccional, el cual como se expuso con anterioridad, al constatar la responsabilidad penal de un gobernado en la comisión de un hecho delictuoso, es el facultado para ejercer el Ius Puniendi.

“El Juez, por tanto, carece de facultades para introducir pruebas o limitar las que le sean ofrecidas por las partes, y ni siquiera está autorizado para formular interrogatorios. Su función es exclusivamente decisoria.”⁸²

Consecuentemente, al estipularse aquella esfera de competencia, el Ministerio Público, tampoco podrá invadir esferas que la Carta Magna no le consigna, ni mucho menos encargarse de la imposición de las penas,

Al respecto Juventino V. Castro, señala que: “no es tan elaborado concluir que el artículo 21 garantiza: a) que las autoridades administrativas, no podrán imponer sanciones ni perseguir y accionar procesalmente los delitos; b) que el Ministerio Público y la Policía Judicial que le está subordinada, no decretaran sanciones penales, ni las administrativas por infracción de reglamentos gubernativos ni de policía, y; c) que las autoridades judiciales no acusarán procesalmente por los delitos que se ejecuten, ni impondrán sanciones por infracciones administrativas.”⁸³

La aplicación de la concesión jurídica que considera al delito como una alteración del orden jurídico social, atribuye la persecución del delincuente al Ministerio Público, que es a quien incumbe la representación y defensa de los intereses de la sociedad, manteniendo a los tribunales en una actuación

⁸² Islas, Olga y Ramírez Elpidio. El Sistema Procesal Penal en la Constitución. Op. Cit. 45.

⁸³ Garantías y Amparo. Op. Cit. p. 171.

imparcial limitándola a la imposición de las penas, con exclusión de cualquier otra autoridad, lo que significa que el Poder Judicial no puede participar de ninguna forma, en el ejercicio de la acción penal, sino que a limitarse a conocer de los hechos que le son puestos en conocimiento, que posteriormente traerá como consecuencia el dictado de una sentencia, ya sea condenatoria o absolutoria, lo cual guarda íntima relación con el principio de legalidad, dado que trae aparejado una serie de limitaciones al despliegue de aquella autoridad, que evidentemente pugna en contra del poder arbitrario.

Por otra parte, cabe señalar, que los jueces administrativos, no están facultados para imponer penas a persona alguna, dado que sólo deben concretarse a sancionarla, en los términos descritos por el artículo que se examina, en el caso de haber una infracción a los reglamentos gubernativos así como a los de policía.

Las sanciones que sólo pueden emitir estas autoridades son:

- a).- Multa (pago de una cantidad de dinero en efectivo y en favor del Estado), misma que no podrá ser mayor del ingreso diario de la persona sancionada.
- b).- Arresto (administrativo), el cual no podrá exceder de 36 horas, si es el caso que la autoridad se excediera de este tiempo, procede a exigírsele su responsabilidad oficial.

Efectivamente, es necesario que la autoridad Administrativa, funde y motive la causa legal del procedimiento, ya que el hecho de tratarse un arresto administrativo o una multa prevista en un reglamento, es dable obviar esa garantía individual, misma que no guarda excepción.

Así entonces, las penas no podrán ser impuestas por autoridades administrativas, por violación a reglamentos gubernativos y de policía, ya que no se les permite Constitucionalmente, y en el caso de hacerlo, su acción será anticonstitucional, dando entrada al Juicio de Amparo Indirecto en contra de dicha actuación arbitraria y por violación de las garantías individuales.

En consecuencia, aquellas garantías establecidas en el precepto de referencia, es en donde nace la facultad exclusiva para las autoridades judiciales, tratándose de orden penal, en el sentido de imponer las penas, las cuales deben de encontrarse estipuladas en un cuerpo normativo y que deriven por la comisión de un delito, y a su vez, concede la potestad a las autoridades administrativas, para sancionar a quienes no hayan acatado los reglamentos gubernativos y de policía en donde además limita a las autoridades judiciales para imponer sanciones por violación a los multicitados reglamentos; pero no sólo prevé esa hipótesis, ya que de igual forma prohíbe, que no todos los órganos de Estado se encuentran autorizados para llevar a cabo la persecución

de delitos, en virtud de que dicha facultad, sólo le corresponde al Ministerio Público, quién es el encargado de actuar en nombre y representación del pueblo; circunstancias que son las que dan origen para establecer que en ellas recae una parte de la soberanía, ante la existencia de aquellas esferas de competencias.

3.4 LA PROCLAMACIÓN EN LA NORMA SUPREMA DE LA DIGNIDAD DEL HOMBRE.

Dentro de una sociedad debidamente integrada, los derechos del hombre hoy en día juegan un papel muy importante, dado que así como las ideas del hombre van evolucionado, también tienen que surgir nuevos ideales con el fin de hacer más sólidos los lineamientos de un Estado de Derecho, en cuyo sistema una de sus principales características se encuentra reflejada en el respeto a la dignidad de toda persona, y por consiguiente de ninguna manera se puede concebir que vaya en contra de la propia vida humana, ya que desde el momento en que se acepte introducir un orden coactivo en donde se implantaran todo tipo de castigos a tan extrema gravedad, nos estaríamos alejando de una sociedad ampliamente civilizada, para entrar de nueva cuenta a una paleontología jurídica.

Por ello, las condiciones jurídicas en torno a la libertad y seguridad personales, especialmente en materia penal, forman parte medular de toda declaración, convención, pacto o cualquier otro documento internacional de derechos humanos.

Lo anterior surge, si se toma en cuenta, por un lado, que es indiscutible el derecho que tiene todo ser humano para no ser detenido de manera ilegal ni arbitrariamente, y además que tendrá derecho a una buena administración y procuración de justicia que conlleve un proceso penal con las debidas garantías; y por el otro, que son justamente las garantías las que protegen al individuo contra la acción ilegal, arbitraria o abusiva de los órganos del Estado; de ahí la preocupación que ha dado motivo a una protección de los derechos y libertades fundamentales del ser humano en general.

En este sentido, la Norma Suprema proclama el respeto de la dignidad del hombre, ya que no se admite la imposición de penas denigrantes, como sería el caso de la mutilación, de las marcas, los tormentos y cualquier otro tipo de penas, inusitadas y trascendentales, con independencia de que en nuestro sistema jurídico aún se prevé la pena de muerte, la cual sólo se podrá aplicar en los casos que establece el párrafo tercero del artículo 22.

En efecto, el citado numeral en lo conducente señala: "quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

No se considera como confiscación de bienes, la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por autoridad judicial para el pago de la responsabilidad civil, resultante de la comisión de un delito o para el pago de impuestos o multas, ni el decomiso de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito, en los casos del artículo 109.

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

Circunstancias que dan pauta a mencionar de nueva cuenta aquel principio de legalidad que resulta ser el pilar de un Estado de Derecho, ya tomando en cuenta sus diversas directrices, restringe la existencia de los delitos y las penas al contenido exacto de la norma jurídica; ya que como se ha señalado, sólo

puede ser delito lo que la ley dé esa calidad y la sanción correspondiente, será, exclusivamente la prevista como pena en la disposición legal.

Razón por la cual, nuestro sistema penal, prohíbe las sanciones consistentes en azotes, marcas; así como el tormento de cualquier especie, que se encuentran descritas en este numeral, así como las penas trascendentales e inusitadas, puesto que su principal función radica en la protección jurídica de toda persona sometida a detención por las autoridades estatales y la cual se encuentra íntimamente vinculada con la preocupación de la protección de los Derechos Humanos.

Al respecto Jesús Rodríguez y Rodríguez, menciona que: "el hecho mismo de su privación de su libertad, el detenido se encuentra, en una situación de mayor inseguridad, cuando no de complementa indefensión, comparada con las otras personas afectadas por distintas violaciones de los Derechos Humanos, y, también, en virtud de que tal privación de libertad abre la posibilidad a las autoridades estatales, sea de mostrar su efectivo respeto por los Derechos Humanos; sea de cometer violaciones particularmente graves contra los mismos." ⁸⁴

⁸⁴ La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en Derecho Comparado. México. D.F. UNAM. 1981. p. 6.

Por ende, es que se reitera que nuestro sistema penal mexicano, proclama el respeto de la dignidad humana, puesto que va en contra de la imposición de penas de carácter infamante, no obstante que sea grave el delito cometido o la irregularidad que la persona presenta; de tal suerte que todos los sistemas de tormentos que existían en la antigüedad han quedado prohibidos a partir de la creación de los sistemas modernos de derecho, conforme a los cuales las personas se encuentran protegidas en su integridad corporal, cuya finalidad es el reconocimiento de la dignidad inherente y de los derechos iguales o inalienables de todos los miembros de la familia humana en base a la libertad, la justicia y la paz social del mundo, promoviendo el respeto universal y la observancia de los Derechos Humanos, tal es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 5 y el 7 del Pacto Federal de Derechos Civiles y Políticos, que proclaman que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Lineamientos que aunados con las directrices del citado artículo 22 Constitucional, se pretende proteger a las personas en su integridad física, para que no se le trate de una forma cruel, ni mucho menos que sean objeto de las arbitrariedades de los Organos del Estado, ya que se les garantiza que en caso de colocarse en un supuesto de hecho, serán castigados con la imposición de una pena, la cual está debidamente prevista en un cuerpo normativo, que por

lo regular se encuentra representada en la privativa de libertad, pero que de ninguna forma se harán acreedores a sanciones inusitadas y trascendentales.

Entiéndase por penas inusitadas “aquellas penas que han dejado de utilizarse y que por lo tanto, no son usadas o impuestas, desde mucho tiempo atrás. Estas penas han dejado de aplicarse por el avance de la ciencia jurídica.”⁸⁵

Penas trascendentales son: “las penas que en caso de aplicarse, surten efectos en la esfera jurídica del condenado y conjuntamente en la de sus familiares y otras personas. Se llaman trascendentales, pues se aplican e imponen (trascienden) a otros sujetos distintos del comisor del delito, por ende, que no son aquellos a quienes se les debe sancionar o castigar por la comisión del ilícito.”⁸⁶

“Pena inusitada es aquella que ha sido abolida, por inhumana, cruel, infamante, excesiva; porque no corresponde a los fines que persigue la penalidad, al no llenar las características de ser sanción eficaz, moral, personal, divisible, popular, tranquilizadora, reparable y en cierta forma ejemplar.”⁸⁷

⁸⁵ Castillo del Valle Alberto. Garantías Individuales y Amparo en Materia Penal. Op. Cit. p. 92.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ Mancilla Ovando, Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal. México. D.F. Duero.1991. p. 52.

“Penas trascendentales, son aquellas que pueden afectar de modo legal y directo a terceros extraños que no son responsables penalmente del delito cometido.”⁸⁸

Serie de conceptos que sin lugar a dudas, de igual forma, son recogidos por la Constitución Federal, puesto que en ningún momento se hace referencia que se apliquen las penas que se encontraron vigentes en el pasado ni mucho menos admite que las sanciones impuestas al condenado sean repercutibles a terceros, como sería el caso de sus familiares, los cuales no tienen que pagar por los actos y las consecuencias de la conducta ilícita de éste, puesto que es claro que el artículo 22 en su párrafo primero, contiene una garantía de seguridad jurídica para los gobernados, en virtud de prohibir los malos tratos, en el caso de la comisión de una acción ilícita; protegiendo la integridad física y moral del individuo, así como también proteger los derechos del hombre.

Por último, no se pasa por alto que el artículo mencionado, acepta la privación de la vida, es decir, la pena de muerte, cuando los delitos adquieren una calificación de gravedad y que ello se encuentre regulado en las Leyes Penales correspondientes; sin embargo, cabe hacer hincapié que en diversos Códigos Penales, de las diferentes entidades federativas, se ha suprimido esta sanción,

⁸⁸ Ibidem. p. 53.

y en su lugar se han regulado penas privativas de libertad, hasta por un número considerable de años; así entonces, consideramos que la pena de muerte, está prácticamente erradicada en el sistema jurídico, no obstante, sigue subsistiendo en el Pacto Federal, tal vez sea, porque, como lo han señalado diversos juristas, si las condiciones se justifican se vuelve a hacer uso de tal sanción; punto de vista que desde luego no compartimos, ya que así como se han ido creando sanciones con el fin de superar aquellas que iban en perjuicio de la integridad física de las personas, como lo fue la implantación de la pena de prisión, hoy en día de igual forma deben de adoptarse otras posturas a fin de sancionar a gobernados que cometan un hecho delictivo y poco a poco ir superando la citada pena, con el fin de cumplir con los propósitos de nuestro Pacto Federal, en torno a una eficiente Readaptación Social.

CAPÍTULO IV

LA PRISION COMO ÚLTIMA INSTANCIA EN LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES PENALES.

LA PRISIÓN COMO ÚLTIMA INSTANCIA EN LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES PENALES

Previo a cualquier consideración, es menester recordar el significado y contenido de la pena.

Pena: “es la real privación o restricción de bienes, que se hace objeto a un sujeto que ha sido sentenciado por haber cometido un delito, que lleva a cabo el Organo Ejecutivo, para la prevención especial y determinado en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo para la repersonalización.”⁸⁹

“La pena es el contenido de la sentencia de condena impuesta al responsable de una infracción penal por el Organo Jurisdiccional competente, que puede afectar a su libertad, a su patrimonio o al ejercicio de sus derechos; en el primer caso privándole de ella, en el segundo infringiéndole sus bienes y en el tercero restringiéndolos o suspendiéndolos.”⁹⁰

“Es el sufrimiento impuesto por el Estado en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal.”⁹¹

A partir de dichos conceptos, es necesario recordar, que el Estado, por conducto del Derecho Penal, cuya función primordial es servir como un

⁸⁹ Osorio y Nieto. Cesar Augusto. Síntesis del Derecho Penal Parte General. México, D.F. Trillas. 1991. p. 96.

⁹⁰ Diccionario de Derecho. México, D.F. Porrúa. 1993.

⁹¹ Cuello Calón. Eugenio. Derecho Penal. Barcelona. Bosh. 1945. p 18.

Organo de Control Social, en el desarrollo histórico ha previsto un sin fin de penas, unas de las cuales fueron crueles, y que todos los países a lo largo de sus culturas y su devenir histórico, —como el nuestro— llegaron a ejecutarse; de ahí que los antecedentes de la pena, en los diferentes horizontes, guardan cierta similitud, al imponer atroces y crueles maltratos; como lo fue en la época antigua, en donde dichos castigos, iban desde, los azotes, la prisión en cuarteles de piedra, las mutilaciones, que comprendían a la segmentación o pérdida de los miembros del cuerpo del delincuente; la esclavitud, el descuartizamiento, entre otras; pero una de las penas más crueles era la pena de muerte.

Múltiples castigos, que conforme al punto de vista de aquellas épocas era con el fin de evitar la reincidencia, tal era el caso de la tortura, la cual se llevaba a cabo cuando el individuo por una segunda ocasión cometía un ilícito de la misma naturaleza al primero; otros, se enfocaban a faltas de mayor gravedad, que además de ser castigados, se les atormentaba para que el pueblo escarmentara; materializando la pena de muerte, la cual, se aplicaba entre otros casos en el adulterio, a la hechicería, al homicidio.

Cabe hacer mención, que los sacrificios humanos, eran muy independientes de las penas que sufrirían los delincuentes, más bien, eran considerados como

medios para que el delincuente, se declarara culpable; en este sentido, la gente común y corriente, escarmentaba por su primer delito, con un castigo o pena menor, pero los que reincidían eran simplemente eliminados, evitando el índice delictivo y la contaminación criminal en la sociedad.

Como puede observarse, las penas antes referidas, eran castigos inhumanos, y aún así, lo fue en la etapa colonial, donde se siguieron aplicando esos tipos de castigos, con un matiz más tormentoso, sin abolir la pena de muerte, muy al contrario, ésta aumentó, utilizando el hierro caliente en diversas partes del cuerpo para marcar la piel; se implanta la figura de la inquisición, la cual, se prestó para un sin fin de abusos, ya que primeramente, fue implantada con el fin de juzgar los delitos cometidos y después por la divergencia entre los creyentes religiosos y los ateos.

Posteriormente, ello originó que los delitos, se investigaran por medio de la denuncia o acusación, lo cual, hasta nuestros días sigue vigente, y por consiguiente, la inquisición, ya no fue considerada como un procedimiento penal, apareciendo la figura del precónsul, que posteriormente sería el antecesor del Ministerio Público, sólo se requería de una denuncia, para considerar a una persona como delincuente, y automáticamente, imponerle una pena, dejando a un lado, el procedimiento que se supone debía seguirsele.

Aparece la figura de la confesión, sin embargo, el sujeto que refería haber cometido un delito, en lugar de ser más beneficiado, automáticamente lo torturaban y posteriormente le darían muerte, la cual, era en forma lenta; cuyas circunstancias dieron pauta para que diversos juristas señalaran:

"Ningún hombre libre puede ser destruido de ninguna manera, sino por sentencia formal, emanada de la Ley Natural, Divina y Humana."⁹²

No obstante, que aquel pensamiento daba la luz para establecer que las sanciones penales deberían de ir con un enfoque humanizador, tal progreso no surgió inmediatamente, ya que se tuvo que pasar por diversas etapas, con el fin de reestructurar aquellas sanciones, que dio lugar para que principalmente se implantara las pena privativa de libertad.

Punto de partida que fue trascendental para el efecto de invocarse que: "la pena impuesta, sólo puede afectar la libertad y los bienes del delincuente, más no así la vida, por ello, se requería que el delito fuera considerado como irreparable."⁹³

⁹² Esquivel Obregón, Toribio. *Apuntes para Historia de Derecho en México*. México, D.F. Porrúa. 1990. p. 549.

⁹³ Soto Pérez, Ricardo. *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*. México, D.F. Esfinge. 1986. p. 100.

Este fue el motivo, por el cual, la pena se convirtió en un sufrimiento impuesto, por parte de la autoridad, emanando dicha disposición por una sentencia, la cual valora las circunstancias peculiares o específicas que llevaron al sujeto a cometer la infracción o a violar alguna norma establecida a favor de la sociedad.

“El sistema penitenciario fue creado para reemplazar con una finalidad humanitaria, la pena capital, el exilio, la deportación y diversos castigos corporales. Durante los dos últimos siglos, este sistema ha sido virtualmente el centro de todas las políticas practicadas en el mundo, ya que las reformas del siglo XIX estaban inspiradas en preocupaciones de carácter humanitario y reconocían la importancia de la dignidad de los derechos humanos.”⁹⁴

Referencias que permiten señalar que nuestro sistema penal en su de la Ley Sustantiva Mexicana, dentro de su parte especial prevé un diverso catalogo de delitos, mismos que en su mayoría se establecen como consecuencia la pena de prisión y tal vez sea porque a pesar de sus graves inconvenientes y la fuerte reacción que en contra de ella se ha manifestado, se ha dicho que es el medio de defensa contra el delito en las sociedades contemporáneas, y por consiguiente es que en la Legislación Penal en su artículo 24, además de

⁹⁴ M. Rico. José. Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea. 4ª ed. México, D.F. Siglo XXI Editores. 1987. p. 70.

enumerar diversas penas y medidas de seguridad, admitiendo el sistema de la doble vía, en donde se encuentre en primer término la prisión.

4.1 LA PENA DE PRISIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.

La sanción privativa de libertad, en lo que respecta a la legislación del Distrito Federal, se encuentra prevista en el artículo 25, el cual señala que la prisión consiste en la privación de la libertad corporal y su duración será de tres a cuarenta años, con excepción de lo previsto por los artículos 315 Bis, 320, 324 y 366, en que el límite máximo de la pena será de cincuenta años, y se extinguirá en los lugares que al efecto señalen las leyes o el órgano ejecutor de las sanciones penales, ajustándose a la resolución judicial respectiva

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

Al respecto, cabe reiterar que la pena de prisión es la sanción por excelencia, al menos, si se tiene en cuenta, que es la que mayores efectos intimidatorios despliega desde el punto de vista de su naturaleza; de ahí que sea la sanción más grave de las previstas en el señalado Ordenamiento Jurídico, en la medida en que contiene la privación del derecho de la libertad, que por su

consideración como derecho fundamental, se encuentra rodeado de especiales garantías.

En efecto, dicha sanción, durante mucho tiempo, ha sido la pena por excelencia, dado que al momento de su aparición fue una institución revolucionaria por varios motivos; de entrada, vino a sustituir en muchos casos a la pena de muerte y sobre todo a las penas corporales, como la tortura y las penas difamantes, propias de un sistema basado fundamentalmente en la intimidación; por otro lado, superaba también las privaciones de libertad, que consideradas como antecedentes de la pena de prisión, constituían una pena de utilización de trabajo de los condenados, en el aprovechamiento de su mano de obra sin costo.

"La pena privativa de libertad, consiste en el encierro en un establecimiento penitenciario bajo un régimen de disciplina y trabajo por lo general obligatorio."⁹⁵

Por ende, es que se reconoce que la prisión apunta una suerte de justicia selectiva, puesto que en todo el mundo, caen en ella la persona que delinque, segregándola de la vida social, quedando por completo encierro, perdiendo el interés por los problemas de la comunidad libre, entre los que se hallan su

⁹⁵ Antón Oneca, José. Derecho Penal. 2ª ed. Madrid España. Akal. 1986. p.530.

propio techo y alimento, generándose motivaciones nuevas y rudas, susceptibles de perdurar al recuperar su libertad, que se manifiestan cuando entra en conflicto con la sociedad.

Cuello Calón dice: "que a pesar de los nocivos efectos y de la fuerte reacción que frente a ella se ha manifestado, en particular en los últimos años, es el medio de protección social contra el delito, empleado con mayor frecuencia y constituye el eje del sistema penal de todos los países."⁹⁶

Sobre ese particular, cabe hacer mención que en el Sistema Penal Mexicano, la pena de prisión, es la única que se considera privativa de libertad, ya que existen otras penas que sólo privan o restringen ciertos derechos al individuo, pero sin privarlo de aquel derecho fundamental.

No obstante esta última circunstancia y aún cuando nuestro Sistema Penal, adopta como principio fundamental que la pena de prisión a contener fines resocializadores, tal y como lo establece el ya analizado artículo 18 de la Constitución Federal, ese propósito se desvirtúa al ponerse de manifiesto que el mencionado artículo 25 del Código Penal del Distrito Federal, admite la existencia de las penas cortas, al señalar que la mínima será de tres días y la mayor hasta cuarenta años, susceptible de ampliarse a cincuenta años en

⁹⁶Derecho Penal. Op. Cit. p. 340.

determinados casos, cuya amplitud pudiera pensarse esté sujeto a la búsqueda de fines preventivos–generales; ante ello consideramos que si la prisión la cual en sí misma es desocializadora ¿qué resocialización cabe esperar en un sujeto que se ve privado de su libertad durante 40 años, cuando estudios psicológicos y sociológicos han demostrado que no cabe obtener ningún beneficio efecto resocializador, a partir de, como máxima, los 15 años de prisión?

Circunstancias que han dado lugar para que en la actualidad sea muy criticado el punto de que si en verdad con una pena corta o larga de prisión se logra resocializar al delincuente, ya que la idea de la rehabilitación del delincuente mediante éstas, y lo que en términos modernos se conoce como resocialización, ha entrado en una profunda crisis que coincide con la propia pena privativa de libertad.

Las razones por las que se critica la privación de larga duración, son de índole fundamentalmente humanitaria, aunque con apelaciones a criterios rehabilitadores, se dice, que resultan inhumanas, porque disocializan totalmente al sometido, impidiendo reincorporarse en sus buenas condiciones a la vida en la sociedad; conceptos a los cuales nos adherimos, ya que aún cuando pudiera pensarse que la amplitud del límite máximo está sujeto a la búsqueda de fines preventivo–generales, desde nuestro punto de vista la

intimidación de la sociedad no se consigue tanto con la dureza de la sanción, como la certeza de su aplicación y por ello, es que la presente investigación se encuentra enfocada a una continua restricción de la pena privativa de libertad, la cual hoy en día sólo debe ser utilizada en ciertos supuestos, y en su lugar implantarse otras sanciones, con el único fin de alcanzar los fines que se enmarcan en el Pacto Federal, ya que si bien se parte de que toda pena debe de dejar un margen de discrecionalidad al juez para que éste se adapte en la medida de lo posible a las circunstancias del hecho y a las características de su autor, el límite máximo fija el mínimo imprescindible para prevenir a la sociedad y evitar la acciones catalogadas como delitos, dado que como lo ha señalado Ferrajoli ¿a que fin se fija un máximo tan elevado que a lo único a lo que puede llevar es a que dos hechos delictivos semejantes sean castigados con penas absolutamente dispares, dependiendo en muchas ocasiones de factores tan ajenos y externos al propio delincuente y a su hecho delictivo?.⁹⁷

Sin embargo, todo ello, permite de igual forma señalar de que más que la dureza de las sanciones, lo que realmente intimida es la certeza en su imposición y por consiguiente, se entraría con indicios retribucionistas que sin buscar un fin social –penas largas– se limitaría a castigar por el simple hecho de hacerlo.

⁹⁷ Crf. Ferrajoli. Luigui. Derecho y Razón. Op. Cit. p. 560.

Por otra parte, las penas cortas de prisión, resultan cuestionadas por similares razones, a las que se añade la de su nula eficacia, la prisión de corta duración carece prácticamente de efecto preventivo especial, por su escasa gravedad, y al mismo tiempo, no resulta suficiente para que el tratamiento penitenciario, surta efectos rehabilitadores.

“Las penas cortas privativas de libertad se les reprocha que ni mejoran ni intimidan. Una estancia breve en la prisión, se dice, hace perder el temor a la pena y el contacto con otros reclusos constituye un contagio psíquico que produce la corrupción del penado; argumentos que no pueden traducirse en una aumento de la duración de las penas, cuando no se estima justo para el delito cometido imponer una pena larga privativa de libertad. Por eso está muy extendida la opinión de que debe intentarse reducir el número de penas cortas, acudiendo a sustitutivos penales que permitan lograr los fines de prevención general y especial inherentes a las pena sin aquellos nocivos efectos.”⁹⁸

“La experiencia enseña, según los secuaces de la dirección moderna, que los tres fines de prevención especial fracasan: la intimidación, la corrección y la eliminación. No intimidan a los delincuentes más avezados, habituados a la prisión, para los que una breve estancia puede significar un descanso en su

⁹⁸ Rodríguez Devesa, José María. Serrano Gómez, Alfonso. Derecho Penal Español Parte General. 17ª ed. Madrid. Dykinson. 1994. p. 906.

carrera. Por el contrario, el delincuente primario, durante su estancia en la prisión –escuela del delito–, es víctima del contagio de los habituales. Cumplida su condena, el menosprecio social, la marca infamante de haber estado en la cárcel le hace difícil ganarse la vida, le empuja al trato de con sus antiguos compañeros de prisión y le arroja de nuevo a la criminalidad, convirtiéndolo de ocasional en habitual.”⁹⁹

Es por ello que aparecen críticas al propio concepto de resocialización, en la medida de que puede contener la pretensión moralizante de cambiar las actitudes del condenado o intentar reincorporar al reo a la misma sociedad; asimismo, la rehabilitación, parece poder predicarse exclusivamente en los delincuentes marginales e inadaptados, pero no de aquellos perfectamente identificados con la sociedad, los cuales por una u otra razón se colocaron en un supuesto de hecho, sin que se dediquen a la carrera delictiva y es ahí donde entran las dificultades de educar desde la privación de la libertad, puesto que los efectos negativos de la prisionización como interiorización, trae como consecuencia el contagio de conductas antisociales, y desde luego las consecuencias resocializadoras suponen precisamente el efecto contrario al que se pretende conseguir.

⁹⁹ Antón Oneca, José. Derecho Penal. Op. Cit. pp. 557 y 558.

Pese a todo lo anterior, la sociedad actual no parece estar en condiciones de prescindir totalmente la pena de prisión, especialmente por razones de prevención general y especial, por ello, la posición actual más realista, es anhelar que al menos la prisión no produzca la disocialización del condenado y en la medida de lo posible, evite un nuevo delito, pero sin pretender legitimar la privación de la libertad, en el efecto benefactor que su aplicación tiene sobre los individuos.

Sin embargo, cabe hacer el señalamiento de que si un Estado de Derecho persigue a través de un instrumento punitivo la obtención de un fin social y por ello la función del Derecho Penal, es la protección de bienes jurídicos y cuya tarea de ninguna manera debe desconocer, hoy en día no sólo se debe conformar con la utilización de la pena de prisión, sino que tiene que rebasar aquellas barreras –sin soslayar su propósito fundamental– para efecto de que el legislador realice un estudio somero de todos los tipos penales, –de mínima y máxima gravedad– con el fin de implantar otro tipo de sanciones con las cuales se logre el fin principal enmarcado en nuestro Pacto Federal, teniendo siempre en cuenta, los principios fundamentales de un Estado Social, Democrático de Derecho a saber: la dignidad de la persona y de los derechos que le son inherentes mismos que resultan indispensables para su libre desarrollo, el respeto de la proporcionalidad de las penas, las cuales de

ninguna manera pueden ser inhumanas ni degradantes, además de que sólo deben de imponerse a la persona que en forma plena se le reprocha un acontecimiento delictuoso.

Efectivamente, tomando en cuenta los estadios de la pena, mismos que de acuerdo a lo expuesto por el maestro Elpidio Ramírez se encuentran enfocados a los vocablos punibilidad (instancia legislativa), punición (instancia judicial) y pena (instancia ejecutiva); la primera entendida como la que corresponde al legislador y no es otra cosa, que la simple advertencia que se lanza al gobernado, sin saber obviamente a quién se aplicará; hoy por hoy surge la necesidad de que el los diversos tipos penales que se encuentran en un cuerpo normativo, se prevean otras sanciones con el único fin de contar con otros instrumentos para efecto de lograr disuadir a todos aquellos sujetos que se colocan en un supuesto de hecho, en virtud de que la sanción privativa de libertad actualmente se encuentra en una gran crisis, al ponerse de manifiesto que a la fecha no cumple con los extremos señalados en nuestra Constitución, lo cual nos permite proponer que la misma se establezca como última instancia en los casos en que los gobernados hayan ignorado en un primer instante un castigo determinado, o en tratándose de ilícitos de máxima gravedad; para que de esta forma al momento de llevarse a cabo la Punición —entendida como la fijación y concreta privación, o restricción de los

bienes del autor del delito; cuya tarea se encuentra encomendada al Juez-, se esté en posibilidad de que se castigue a una persona con la única mira de lograr su reinserción de forma pacífica en la sociedad; que como uno de los fines persigue la prevención especial; fijación que debe ser determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad y gravedad del injusto.

Pero ello, no significa determinar que la tarea judicial, está limitada exclusivamente al proceso dialéctico, como se aludió con antelación, al trazar la teoría de Roxin, y que consistiría en imponer una sanción justa, dentro del marco de la culpabilidad del sujeto, dado que sería erróneo e insostenible, ya que el entender la función judicial, simple y llanamente en ideas fundadas de la justicia, convertiría en pobre esta actividad, porque punición implica más allá de verificar la culpabilidad en la comisión de un delito y ajustar esta a los márgenes de la pena; no, la tarea judicial, no cumple simplemente con los fines de la Teoría Absoluta, abarca también los aspectos de las Teorías Relativas, ya que la punición cumple de cierta forma con los fines de la prevención general, puesto que al momento de concretar la pena, reafirma la norma, piénsese, por ejemplo, en el supuesto de que el Juez, después de determinar una sentencia, sobre la responsabilidad penal del sujeto, sin fundamento y motivación alguna, no impone la pena correspondiente y que lo anterior se sucediera en los distintos juzgados y tribunales, lo anterior tornaría

letra muerta a la punibilidad, sobreviniendo muy probablemente un caos social, pues recuérdese, ante todo, la regla jurídica, tiene un carácter inexorable con la finalidad de lograr la coexistencia social, sin embargo, el hecho de que la punición cumpla con los fines preventivos generales, no justificaría en todos los casos, la elección del parámetro máximo, previsto para cada delito, pues en ese supuesto, la actividad judicial, engendraría un terror penal, que no cumpliría con los fines de la justicia.

De igual forma, debe señalarse que en materia de la aplicación de la penas, que como se ha dicho, en la actualidad debe acudir a otras y como última ratio la prisión, se cumpliría más ampliamente con los fines de la justicia, pero no con los matices de la retribución, ni bajo la máxima "ojo por ojo" "diente por diente", sino desde el punto de vista de la libertad y dignidad del hombre; es cierto que es indemostrable el concepto de libertad y que ésta, como se ha sostenido, sólo puede entenderse como un acto de fe, pero no se pretende adentrar a este particular, ya que no es el fin de la presente investigación, sino aceptar, que es más digno para el hombre ser libre, que un ser determinado, y bajo ese pronunciamiento consideramos que en aras de esa dignidad, el Organo Judicial, debe ajustar su función, observando en primer lugar, que el sujeto es culpable en la comisión de un delito, y que la pena no rebasa el grado de culpabilidad, y visto de esta forma, la teoría absoluta, constituye un límite a

nivel estatal, y constituye una garantía para el gobernado, puesto que es inobjetable, que el hombre no puede ser castigado en función a lo que pueda ser en el futuro, además como objeto de ejemplo para los demás.

De ahí, que el enfrentamiento se dé entre Prevención general y Prevención especial “como el reflejo del eterno conflicto entre individuo y sociedad”¹⁰⁰. Históricamente el conflicto se ha resuelto a favor de la sociedad, relegando los derechos del individuo del delincuente en un segundo plano, y por ende, la función preventiva especial queda, condicionada a la consecución de otras metas, que hoy en día, siguen constituyendo la razón predominante de todo ordenamiento jurídico-penal, ya que se ha puesto de relieve que la finalidad preventivo especial sigue siendo más una ilusión que una realidad.

Alejandro Baratta señala que: “la crisis del Estado de bienestar y el consiguiente recorte presupuestario, ha llevado a que hoy se asista en muchos países, sobre todo en Estado Unidos, a un desplazamiento de la prevención especial positiva o resocializadora a la negativa intimidatoria o inocuizadora;”¹⁰¹ es decir, paso de un enfoque resocializador a otro

¹⁰⁰ Muñoz Conde, Francisco. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Valencia. Tirant lo Blanch. 1989. p. 135.

¹⁰¹ Citado por García Rivas. N. El Poder Punitivo en el Estado Democrático. Cuenca. Universidad de Castilla. 1996. p. 29.

intimidatorio al incrementarse notablemente la gravosidad de las condiciones de la privación de libertad.

Al respecto, Muñoz Conde menciona que “la crisis de la pena de libertad sigue siendo y será su incapacidad para superar el carácter preventivo general que está en su origen; lo cual es buena prueba de la necesidad de su abolición y sustitución por otros sistemas alternativos a la misma. Pero, ¿hasta qué punto está la sociedad dispuesta en estos momentos a buscar y fomentar esas alternativas a la prisión? El punto de partida está claro; hay que abandonar de forma definitiva cualquier planteamiento puramente retribucionista o expiacionista como aspecto único de la pena privativa de libertad.”¹⁰²

“El panorama no puede ser más retribucionista. La pena sirve para reforzar los valores de una sociedad que se muestra incapaz de hacer frente al crimen procurando los medios para reducir la conflictividad con lo que se está ahogando por completo la única tendencia humanitaria, la resocializadora.”¹⁰³

Todo ello, parece legitimar la dureza represiva a lo que contribuye la Prevención general que apelando a la reafirmación de los valores éticos, prescinde de cualquier crítica al sistema y se sitúa, en la línea retribucionista; sin embargo, no podemos darnos por vencidos, la resocialización debe seguir

¹⁰² Muñoz Conde, Francisco. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Op. Cit. pp. 140 y 141.

¹⁰³ García Rivas, N. El Poder Punitivo en el Estado Democrático. Op. Cit. p. 39.

siendo el punto de referencia, dado que ésta es la única esperanza que nos queda para alcanzar ese derecho penal menor; en otras palabras, es la vía para un derecho pena mínimo.

4.2. LO INDISPENSABLE DE ELEVAR EL TRATAMIENTO EN LIBERTAD, Y TRABAJO A FAVOR DE LA COMUNIDAD, COMO PENAS PRINCIPALES PARA LA READAPTACIÓN SOCIAL DEL DELINCUENTE

Sin lugar a dudas, es claro que ante la severa crisis en que atraviesa la pena de prisión, hoy en día se deben de buscar otros medios de sanción a través de los cuales se aporten diversidad de elementos con el único propósito de alcanzar aquel fin enmarcado en nuestra Constitución, que se representa en lograr la resocialización de todos esos individuos que una u otra razón cometen acciones de gran trascendencia para el Derecho Penal, sin que ello signifique abandonar todos y cada uno de los postulados que prevén las diferentes teorías de la pena, puesto que de lo que trata, es que a través de la creación de nuevas penas, se imponga una sanción al individuo de acuerdo al grado de culpabilidad en atención al hecho cometido, pero esta vez con miras de que al no ser privado de su libertad, es con el fin de que se le está brindando la oportunidad de integrarse de nueva cuenta a la sociedad por conducto de una labor en beneficio de la misma, a la cual, se le tiene que crear la confianza

para el efecto de que observe que esas nuevas penas, pueden resultar más benéficas para un bienestar social, dado que no debe perderse de vista que una sociedad debidamente integrada, la misma juega un papel muy importante en torno al ambiente de las relaciones humanas, en donde podemos o no brindarles un ambiente social favorable a todos los inculpatos por un hecho ilícito y tomando en cuenta tal circunstancia no desconocer que finalmente no se le dejará de castigar, ya que en forma paralela se trata de disuadirlos, a través de aquellos medios que se establecen a rango constitucional sobre la capacitación del trabajo y la educación.

“El delito es el resultado de una conducta, pero ésta a su vez, es consecuencia de tendencias individuales y de un ambiente social propicio; en torno a esta verdad la sociedad tiene el derecho y la obligación de defenderse frente a la violación de la ley, pero también tiene el derecho y la obligación de proporcionar al delincuente un clima cálido en el que el retorno le sea realizable.”¹⁰⁴

De ahí, que propongamos que en diversos tipos penales, además de enarbolar la pena de prisión—dado que pese a todas las críticas a la que se ha sometido no debe de dejar de preverse—, se deben de elevar a rango de penas

¹⁰⁴Kent, Jorge. *Sustitutivos de la Pena de Prisión. Penas sin Libertad y Penas en Libertad*. Buenos Aires Argentina. Abeledo-Perrot. 1987. p. 74.

alternativas aquel tratamiento en libertad y trabajo a favor de la comunidad (con independencia de que se encuentren catalogados como sustitutivos penales), puesto que desde nuestro punto de vista, se le puede conceder a los Juzgadores, un margen de discrecionalidad para el efecto de ponderar cual de ambas sanciones puede cumplir con el tantas veces señalado fin enmarcado en el Pacto Federal, puesto que es claro que al preverse su existencia se pretende colaborar para culminar dicho propósito.

“Debe subrayarse, ante todo, que estas posibilidades de sustitución de penas privativas de libertad se prevén como de estimación discrecional por parte del Juez o tribunal, pues se trata de casos en que la pena señalada por la ley al delito o delitos cometidos es una privativa de libertad no prevista como alternativa a otras menos graves. Lo que se concede al Juez o Tribunal es la posibilidad de cambiar la pena señalada al delito por otra pena.”¹⁰⁵

Efectivamente, se ha señalado que las sanciones en comento se enfocan a la propia readaptación del sentenciado, puesto que en primer lugar no privan de la libertad al sujeto que ha cometido un evento delictivo, –que finalmente se etiqueta para toda su vida– sino más bien, se le otorga la oportunidad de seguir en contacto con la sociedad misma, al imponérsele la obligación de ajustarse a

¹⁰⁵ Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General. Op. Cit. p. 717.

medidas laborales, educativas o curativas, con el fin de que el delincuente sienta sus bases hacia un porvenir mejor, los cuales, uno de los fines, es brindándole una educación o preparación para que cuente con una mejor visión hacia la vida o a su vez asignarle diversas tareas laborales en las diferentes instituciones públicas educativas o de asistencia social o en las diversas corporaciones privadas, que de una u otra forma, se encuentran enfocadas para que se introduzca de una manera pacífica a la sociedad; en otras palabras, de lo que se trata es que observe que existen otras formas de sobrevivencia, para efecto de ser útil en diferentes círculos sociales.

Serie de argumentos que no nacen de un simple criterio subjetivo, puesto que surgen en razón de la reforma del sistema penal sancionatorio que entre otros fines, tiene como objeto buscar alternativas a una prisión que hoy en día no satisface los fines anhelados, y por ello es que debe de ofrecer instrumentos adecuados para dar respuesta al delito en forma racional, cuyo concepto es lo que permite sostener que a ese fin se destinan instituciones que pretenden sustituirla, que de acuerdo a la presente investigación, una de esas salidas es hacer uso de las mencionadas sanciones, coordinando de manera adecuada la necesaria defensa de orden jurídico, las exigencias preventivas generales, con el fin de reeducación que como se ha dicho, debe de orientar toda pena de

prisión, lo cual de igual forma se lograría con la utilización de las otras sanciones.

“La previsión y aplicación de sustitutivos a la prisión puede considerarse ahora, un imperativo constitucional.”¹⁰⁶

“Sin perjuicio de las críticas a la prevención especial y a sus conceptos afines como el de resocialización, tratamiento o reeducación, no hay duda de que si la pena persigue en su imposición aumentar la capacidad de libertad del sujeto, se da alguna relación con el contenido tradicional de la prevención especial. Es decir, si se trata de presentar al sujeto alternativas para el desarrollo de su personalidad, sean socializados o no, la pena ha de estar dirigida a una mayor humanización y en ese sentido adecuarse a las características particulares de cada sujeto.”¹⁰⁷

Postura que nace de acuerdo al principio humanizador en la ejecución de las penas, que evidentemente entre otras cosas, prohíbe las sanciones que no tengan alguna utilidad o colaboren para el efecto de resocializar al delincuente, ya que la pena necesaria debe ser aquella en la cual se satisfagan los fines a que se destina; de ahí que nos atrevamos a señalar que cuando una pena no puede lograr el fin preventivo especial de educar al imputado o de

¹⁰⁶ Maqueda, Abreu. *Suspensión Condicional de la Pena y Probación*. Madrid España. 1985. p. 20.

¹⁰⁷ Bustos Ramírez, Juan. *Manual de Derecho Penal Español*. Op. Cit. p. 444.

alguna manera impiden los fines de reinserción social, sólo las razones de prevención general pueden justificar la ejecución de la pena, pese a no reportar algún beneficio para el sentenciado.

Sin embargo, partiendo de la base que un Estado de Derecho no puede utilizar al individuo incidiendo de forma grave en su libertad como instrumento para asegurar determinados fines preventivos generales, sólo en la medida de lo imprescindible para mantener la confianza de la comunidad en la vigencia de la normas jurídicas una pena puede resultar necesaria, aunque no se acompañe de una utilidad especial, pero que desde nuestro punto de vista consideramos que aquella sólo sería indispensable en los delitos de máxima gravedad o en su defecto en contra de aquellos sujetos a quienes se les ha impuesto una determinada pena (no precisamente la de prisión) y la hayan ignorado.

Así las cosas, tal y como se expuso con anterioridad, de lo que se trata es que se realice una reforma integral en todos los tipos penales establecidos en el Código Penal, para el efecto de que el Legislador bajo un sano juicio crítico, de acuerdo a las necesidades de la sociedad, —en virtud de que tampoco debe soslayar que se trata de crearle mayor confianza—, se inserten en determinados supuestos de hechos aquellas las sanciones, pero tampoco deben ser integrados en los que hoy en día se han considerado de máxima gravedad, que

por citar algún ejemplo encontramos la Privación ilegal de la libertad, en todas sus variantes, en donde tampoco resultaría factible que en un delito de dicha naturaleza en el cual la sociedad reclama de una mayor atención se prevean las sanciones en comento, dado que aquí realmente la privativa de libertad se tornaría indispensable, pese a las dificultades de lograr resocializar plenamente a los inculpatos, pues el punto importante es que las multitudes de sanciones se regulen en los delitos que por así decirlo son considerados de menor lesividad social.

Lo anterior deviene, si se menciona que al sancionar a un determinado sujeto con una sanción relativa a trabajo a favor de la comunidad o tratamiento en libertad, es con el fin de evitar que cumpla una pena privativa de libertad, ya que por lo regular casi todas las acciones que cuentan con un menor reproche jurídico, son llevadas a cabo por individuos que no cuentan con una gran carrera delictiva, es decir primodelincuentes, y es ahí donde se puede establecer que presentan favorables pronósticos de no cometer delitos en lo futuro, dado que en el supuesto de optar por la pena de prisión no sólo impediría resultados positivos en materia de readaptación social del sentenciado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo; ya que aún cuando se ha señalado que el Juez puede dejar traslucir la idea de que las razones de prevención general

pueden prevalecer en algunos casos a las de prevención especial, cabe señalar que no sería el caso cuando se tratara de delitos que vulneren bienes jurídicos de menor gravedad, puesto que en esos supuestos no se resentiría la confianza de la comunidad en el orden jurídico por la sola circunstancia de no ejecutarse una pena privativa de libertad, cuando existe la posibilidad de imponer otra tal vez con mayores fines de resocialización; de ahí que la presente investigación tenga la inquietud de proponer que en la actualidad se traten de hacer uso de otras sanciones, que de alguna manera colaboren para el efecto tratar de disminuir aquel fenómeno que a lo largo de la historia siempre ha estado presente como lo es la criminalidad, la cual desafortunadamente se tendrá presente en una sociedad debidamente integrada en donde existirán hombre quienes a consecuencia de carencias intelectuales incurrir en múltiples delitos.

4.3 LA IMPORTANCIA DE DISUADIR AL DELINCUENTE A TRAVÉS DE OTROS MEDIOS DE SANCIÓN.

Tal y como se ha venido señalando a lo largo de la presente investigación, hoy por hoy, se hace necesario acudir a la utilización de otros medios de sanción con el único propósito de que lejos de que el índice de criminalidad aumente, el mismo disminuya o en su defecto que poco a poco se influya en el ánimo de

las personas que han delinuido que es mejor estar libre bajo una orientación de educación o de trabajo para el efecto de que no caigan de nueva cuenta en otro comportamiento en perjuicio de la propia sociedad, y que mejor con el uso de otras sanciones que a pesar de encontrarse estipuladas en la Ley Sustantiva Penal, no se hace uso de ellas, quizás porque se ha caído en la falsa apreciación de que la prisión es la pena principal, aún cuando en muchas ocasiones se pone de manifiesto que en determinados sujetos pudiera ser más benéfico otra sanción que la prisión misma; por ello es necesario dejar claro que al señalar este último punto, nos referimos a acciones delictivas que a pesar de trastocar bienes jurídicos, los mismos son de una menor gravedad y con lo cual sería factible acudir a la utilización de otras penas, máxime si el individuo es la primera ocasión en que se revela en contra de la norma penal y que son con el único fin de disuadirlo y se integre en forma pacífica a la sociedad.

Razón por la cual, en este momento se haga alusión al Arresto domiciliario, como una de las sanciones que hoy en día es una de las que se utilizan en el moderno Derecho Penal, y que consideramos en nuestro sistema penal mexicano de preverse como una propuesta para el efecto de lograr el multicitado sueño establecido en la Constitución Federal Mexicana, cuyo punto será motivo de análisis en el siguiente apartado.

4.3.1 EL ARRESTO DOMICILIARIO

Es claro que los miles de seres humanos que formamos parte de una sociedad, de ninguna manera toleraríamos aquellos comportamientos que sin lugar a dudas afectaría la buena convivencia que debe prevalecer a efecto de lograr la subsistencia humana, y que para ello, el Estado a efecto de garantizar dicha convivencia inserta diversos medios de control social, que como se ha observado uno de ellos queda reflejado en el Derecho Penal; por ello, tomando en cuenta estas circunstancias se propone que en la Legislación Penal, se establezca la pena de Arresto Domiciliario que de alguna forma traería aparejado que al condenado no se prive de la libertad en un centro penitenciario, en donde casi es imposible de lograrse una educación hacia una vida en sociedad cuando se le aleja de ella, y en cambio la pena que se propone, se le permitiría estar en contacto con la misma y como su nombre lo indica someterse a ciertos días de arresto, pero con la visión de que el Estado no puede tolerar su conducta.

“El arresto de fin de semana es una pena privativa de libertad que en general ha sido recibida favorablemente por la doctrina, ya que sus ventajas han sido frecuentemente destacadas y pueden resumirse diciendo que se trata de una pena que auna el efecto admonitorio de la privación de libertad sin conllevar

sus principales inconvenientes como son la segregación del condenado respecto de su medios social, laboral y familiar.”¹⁰⁸

“Al respecto, resultan válidas las orientaciones de carácter de prevención especial (las circunstancias del autor etc.), pero no porque la sustitución del arresto de fin de semana sea una mera prolongación de la sustitución de la prisión, sino porque a ello empuja la filosofía general del sistema de alternativas a la privativa de libertad.”¹⁰⁹

“El arresto domiciliario significa una privación de libertad, con la ventaja sobre la prisión de no arrancar al reo de su ambiente familiar.”¹¹⁰

Por ello, al proponer que en la Legislación Penal, se introduzca como sanción el arresto domiciliario, es con el afán de que al individuo no se le aparte de la vida en sociedad, puesto que como se ha señalado, mientras más lejos se encuentre de ella, menos es la posibilidad de su resocialización, dado que al estar en contacto con ella, no perdería los valores que la misma le brinda a efecto de que recapacite sobre su acción disvaliosa, que al mismo tiempo le permitirá observar que no se le consiente su comportamiento; sin embargo –se insiste– nosotros como parte integrante de la comunidad, de igual forma

¹⁰⁸ García Aran, Mercedes. Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995. Madrid España. Aranzadi. 1997. pp. 47 y 48.

¹⁰⁹ Muñoz Conde. Francisco. Derecho Penal Parte General. p. 600.

¹¹⁰ Antón Oneca. José. Derecho Penal. Op. Cit. p. 560.

debemos tener muy presente que mientras mejor sea la convivencia entre los seres humanos, también colaboramos para que la delincuencia crezca o disminuya, ya que al rechazar a determinados grupos sociales (tal es el caso de los indigentes), colaboramos para que los mismos, tomen una actitud de rechazo a la sociedad, al no constatar que recibe alguna ayuda de nuestra parte; más aún que dichos conflictos se integren dentro de los núcleos familiares en donde a sus integrantes no se les dota de una buena educación para el efecto de que respeten los buenos valores que como seres humanos debemos de tomar en cuenta con el fin de no atentar en contra de bienes jurídicos de gran trascendencia para la mejor convivencia social.

En este contexto de ideas, es necesario hacer alusión que si el arresto tiene una duración de 36 horas, el sujeto que se encuentre bajo la pena en comento, se le computarían dos días de sanción, que se vendrían sumando a la duración de la pena impuesta, claro en él también se aunaría el tiempo que estuvo detenido (si fuere el caso) preventivamente a consecuencia de los hechos imputados; además cabe hacer alusión que la sanción en comento, debe de legitimarse en aquellos delitos que son de menor trascendencia para la sociedad, cuya punibilidad no sea extremadamente elevada, puesto que sería poco factible que se autorizara su aplicación en ilícitos que son altamente reprochables, ya que difícilmente la sociedad en admitiría su imposición.

Es claro que al hablar del arresto en fin de semana, su cumplimiento tendría lugar durante los viernes, sábados o domingos, en el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del imputado, o como algunos autores lo mencionan:

Si las circunstancias los aconsejaran, el Juez o Tribunal sentenciador podrá ordenar previo notificación del Ministerio Público, que el arresto se cumpla en otros días de la semana o, de no existir Centro penitenciario en el partido judicial donde resida el penado, siempre que fuera posible, en depósitos municipales.

Posibilidad de cambio que salta a la vista en razón de los sujetos que laboren los fines de semana, pero también, para permitir un mejor aprovechamiento de los centros destinados a ese fin ya que además de estas circunstancias darían pauta para que se le comunique al arrestado, el cual al comprobar plenamente que labora los fines de semana se le castigaría para el efecto de que cumpla la sanción en los días diferentes a aquellas fechas y en caso de no ser así, conllevará al arresto durante los fines de semana.

Es necesario hacer hincapié que al proponer la presente sanción como un medio para disuadir al delincuente, no se pretende sentar las bases para el efecto de que el mismo se lleve a cabo en los términos anteriormente

señalados, dado que requiere de un somero estudio para el efecto de que nuestros legisladores realmente establezcan los aspectos para su imposición, sino tan sólo se pretende exponer que tal vez esta sanción sea uno de los medios con los cuales lejos de que un sentenciado se vea privado de su libertad en donde hoy en día es casi nula rehabilitación en virtud de que en los mayores de los casos siguen la carrera delictiva se le brinda la oportunidad de seguir en contacto con la sociedad y de alguna forma subsane la conducta en la cual incurrió; de ahí que en el apartado siguiente de igual forma se aborde el tema de la pena de multa, como un medio más para superar la pena de prisión que como se ha visto hoy por hoy se encuentra en desuso ante las graves consecuencias que acarrea para el delincuente.

4.4 LA PENA DE MULTA, COMO UNA OPCIÓN MAS HACIA LOS FINES ENMARCADOS EN LA CONSTITUCIÓN.

Sobre este particular, la citada sanción pecuniaria se encuentra reglamentada en el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual hace alusión que la sanción pecuniaria, comprende la multa y la reparación del daño.

La multa consiste, en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará por días multa, los cuales no podrá exceder de quinientos, salvo los casos que la propia ley señale. El día multa equivale a la percepción neta diaria del

sentenciado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos.

Como se observa la pena de multa, consiste en el pago de una determinada cantidad de dinero, que debe realizarse a favor del Estado, cuya imposición deviene ante la comisión de una acción delictiva, la cual ha estado presente en la mayoría de los sistemas jurídicos desde épocas históricas remotas, que dieron lugar para que en los primeros años de este siglo se argumentara que la misma contaba con auge de gran importancia, para efecto de castigar a unos determinados sujetos al destacarse que tenía ventaja frente a la privación de la libertad, incorporándose ampliamente a los sistemas jurídicos contemporáneos, y estableciéndose, frecuentemente la posibilidad de aplicarla como sustitutivo de prisión de corta duración.

Tales extremos surgieron a la vida jurídica al comentarse que carecía de efectos degradantes sobre el sentenciado, ya que le otorgaba seguir en contacto con su medio social y familiar, al tiempo que le permitía procurarse el mantenimiento de él y para su familia; además de que es fácilmente graduable y adaptable a la situación económica, lo cual además de resultarle más benéfico en virtud de no verse sometido a una pena de prisión, también resultaba más favorable para el Estado –sin que ello signifique señalar que sea

repugnante— ya que contrario a la pena de prisión, no provoca gastos de ejecución al Estado, sino ingresos.

Sin embargo, así como compartimos el criterio de que la sanción pecuniaria, puede resultar más eficaz para los fines enmarcados en el Pacto Federal, también existe otra postura, en la cual se establece ciertas desventajas, puesto que se ha señalado que dicha sanción intimida menos que la prisión y por ende puede resultar insuficiente desde el punto de vista preventivo, y por otro que presenta problemas en relación al principio de proporcionalidad de las penas, en la medida en que la disminución del patrimonio de quien la sufre no sólo lo afecta a él sino también a sus allegados; incluso, se menciona que los problemas se presentan en proporción a que diversas personas cuentan con los medios para solventar ese castigo y por consiguiente resulta menos gravosa a comparación de los individuos que no cuenten con los medios para solventarla, pero aquí nosotros agregaríamos —hablando del sistema mexicano— que la Ley Sustantiva, prevé que en caso de no pagar esa la pena de multa a la que se ha hecho acreedor, se aplicará el procedimiento coactivo económico; incluso se establece que en caso de insolvencia comprobada podrá sustituirse por trabajo a favor de la comunidad, lo cual pone de manifiesto que el delincuente de alguna u otra forma se encuentre sometido a un castigo, en virtud de que la sociedad de ninguna manera le puede tolerar un

comportamiento que fue en contra de la norma prohibitiva; empero en este tópico de igual forma cabe hacer el señalamiento que al abordar la pena de multa, se enfoca muy en especial a los delitos que cuentan con un menor reproche jurídico y la cual tampoco sería aplicable a aquellos sujetos que por una u otra razón de nueva cuenta se colocaron en un supuesto de hecho ignorando por completo la imposición de una determinada pena.

Retomando la postura relativa a la dosis de desigualdad económica, cabe hacer mención que ello, ha originado que en los sistemas que admiten la pena pecuniaria se establezcan los días-multa, cuya postura de igual forma se admite nuestra Ley Sustantiva, que evidentemente es con el fin de permitir un mayor grado de adecuación a la capacidad económica del sentenciado.

“El sistema de días-multa importa que la determinación de la multa puede llevarse a cabo con perfecta separación entre el factor de injusto y culpabilidad por el hecho cometido, y el factor capacidad de carga financiera del reo. El primer factor se refiere al hecho y el segundo al autor, permitiendo de esta manera una absorción por la pena de multa de las desigualdades sociales y económicas de los sujetos responsables criminalmente. De este modo, los coautores de un mismo hecho punible, pueden recibir distinta pena de multa

en la medida de que sea diversa su capacidad económica sin que por ello se resienta el sistema.”¹¹¹

En efecto, la introducción de este sistema en nuestro Ordenamiento Penal, ha sido considerada una de las innovaciones para efecto de no caer en la desigualdades en los momentos de la imposición de la multa a diversos sujetos, que como se dijo, unos pueden solventarla con mayor facilidad que otros, al establecerse un tope mínimo y otro máximo, dentro de los cuales el Juzgador debería de elegir la cuantía concreta atendiendo principalmente a la percepción neta del imputado que dijo percibir al momento de concretizar el hecho ilícito que desplegó y ello es lo que permite señalar que el sistema de días multa pretende ofrecer mayores posibilidades de individualización tanto al hecho punible como la situación económica del reo, dado que ya no se impondrá una sanción pecuniaria por el simple capricho de los Juzgadores, sino como se dijo, estrictamente deben ceñirse a lo estipulado por el ya citado artículo 29 del Código Penal, al estarse a lo dispuesto por la percepción del propio condenado, con la salvedad de que en el supuesto de que no se constaten datos para arribar a aquella percepción neta, se estará al salario mínimo general vigente el día de ese hecho punible, pero que evidentemente con ello no se desvirtúa la naturaleza de dicha sanción, en virtud de que

¹¹¹ Choclan Montalvo. José Antonio. Individualización Judicial de la Pena. Op. Cit. p. 202.

finalmente se toma como base un salario que de ninguna manera debe ser mayor al que se establecía en el momento del evento.

De suerte tal, que aún cuando existen diversidad de criterios en torno a que la pena de multa poco intimida a la colectividad, así como al propio delincuente, es claro que la misma, de alguna forma aporta diversos medios que van encaminados a prescindir de la prisión, cuando se está frente a un delito que es considerado de menor reproche jurídico y que evidentemente acarrearía la imposición de un castigo menor, que lo único que ocasionaría es que aquel sentenciado se mezcle con la población criminal, adquiriendo de esta forma hábitos criminales sin ninguna posibilidad de readaptarlo; de ahí que sobre este aspecto se proponga que en diversos tipos penales, —no considerados como graves, de acuerdo a su término medio aritmético— debe de preverse con mayor utilización la pena de multa y que mejor en tratándose de delitos que admiten el concepto de la restitución o el pago de la reparación del daño, ya que en muchas ocasiones, las personas que se ven afectadas por un comportamiento delictivo, lo que aveces persiguen, es que se les reintegre la afectación del daño que sufrieron, sin que ello signifique concluir que se debe eximir al imputado de un castigo por ese comportamiento dañoso.

P R O P U E S T A S

Sobre este particular, cabe recordar que el Derecho Penal, es una manifestación de la cultura, cuya función es principalmente posibilitar la existencia humana, por ello para lograr ese aseguramiento, debe de introducirse un orden coactivo, que impida la lucha de todos contra todos, ya que en la materia que nos ocupa, el Derecho Penal, garantiza la existencia, prevé seguridad jurídica que entre una infinidad de entes y conceptos, escoge el legislador amenazando con una coacción penal, en caso de que se atente en contra de ellos; de ahí que partiendo de esos supuestos, los cuales son debidamente observados por los integrantes de una Sociedad, es que hoy por hoy no veamos satisfechos nuestros sentimientos de seguridad, al indignarnos el crimen, la violencia, la impunidad, que en este momento hace replantear la eficacia de las norma y de las autoridades que da pauta para pensar que la solución es modificar en buena parte el sistema legal, fundamentalmente el penal.

Dado que el crimen y el delincuente se desbordan, no son pocas las voces que pregonan por el incremento de penas, incluso la implantación de la pena de muerte; sin embargo, en cuanto a la cadena perpetua –aún cuando no se reconozca literalmente en nuestro ordenamientos– nos enfrentamos a penas

que por altas son inusitadas y trascendentales que por su duración, son hasta la muerte.

Cabria preguntarnos, si esas penas hasta 50 años, en el Código Penal vigente para el Distrito Federal y de 60 años en el Código Penal Federal, cumplen con el objetivo de un Estado Democrático, que implícitamente acarrea hacer alusión a la dignidad humana, en donde cualquier país que pretenda una democracia real, es necesario que en todos los campos se vea reflejado ese respeto a favor de los gobernados por parte de las autoridades; como así lo establece nuestra Constitución de 1917 cuyos ideales si bien resultan de la segunda década del siglo pasado no por ello dejan de ser vigentes y actuales.

Por ello, si la democracia engloba la dignidad humana, el principio implícito que debe prevalecer es el de humanidad y centrando el punto total de nuestra investigación debemos de buscar la humanidad de las penas, dado que si en el pasado se permitía la esclavitud y sanciones humillantes, no podemos dar marcha atrás a la evolución y humanización de nuestros sistemas jurídicos penales, si solicitamos penas inusitadas y trascendentales caeríamos en una concepción política de un Estado Totalitario en donde históricamente se ha demostrado que este tipo de régimen acrecentaron inexorablemente su rigor donde fue sobajada la dignidad del individuo, que como límite primero ha de respetar un Estado Democrático.

El Estado debe equilibrar por medio de sus instrumentos de control social, el beneficio de la sociedad, logrando a través de penas efectivas el restablecimiento del orden y cuando nos referimos sanciones efectivas, no aludimos a penas severas las cuales nulifican al delincuente que también forma parte de la sociedad, sino que lo que se propone es que las penas sean real y verdaderamente impuestas ejecutoriadas y cumplidas, impidiendo que la Autoridad Ejecutora decida libremente y sin ningún tope legal, basándose simplemente en su arbitrio quién está en posibilidad o no de obtener beneficios preliberacionales, porque la práctica no ha enseñado que la libertad con la que gozan las autoridades ejecutoras al momento de decidir quien permanece interno o libre, quebranta un Estado de Derecho; de ahí que se haga alusión a la necesidad de crear el juez de ejecución de sentencias, quien estará al tanto no sólo de que la pena sea efectiva sino de las reales oportunidades que está brindando o debe ofrecer el sistema penitenciario a los sujetos que se encuentren privados de su libertad, para lograr en el futuro su reinserción en la vida comunitaria.

Por el principio de humanidad debemos buscar alternativas a la pena de prisión, que hoy en día es la pena por tradición y de la que se ha abusado, nos preguntamos si en delitos donde se tienen previstas penas de tres días hasta dos años resulte necesario el internamiento, que implica para quien lo sufre

una disocialización y para el Estado una gran erogación ¿no sería mejor en lugar de prever pena de prisión, sanciones de Trabajo en favor de la Comunidad, multas, suspensión de derechos, prohibición de ir a un lugar determinado apercibimientos, impedir conducción de vehículos?, ¿no podríamos proteger mejor a la comunidad y dejar la pena de prisión sólo para aquellos casos que van en contra de los más importantes valores sociales como lo son la libertad, la vida, la libertad sexual, el patrimonio cuando además afecte la dignidad y a la integridad del ciudadano o en su defecto en los casos en que se hayan ignorado otro tipo de sanción?, evitaríamos con ello otro fenómeno que nos carcome que es el hacinamiento en prisión, porque también escuchamos escandalizados que en las celdas de nuestros reclusorios cohabitan veinticinco internos, cuyo espacio es para cuatro; humanizar la pena es para beneficio de todos y se cumple con los fines de un Estado Democrático; de ahí que también se proponga el establecimiento de la denominada pena Arresto Domiciliario en donde uno de sus efectos es que al gobernado no se le aparta de la sociedad, cuyo planteamiento tiene ser analizado en forma detallado por nuestros Legisladores con el fin de implantar medios adecuados para su ejecución.

El Derecho Penal no puede permitir la marginación indebida del condenado porque si no se desconoce que la privación de la libertad es muchos casos es

inevitable, el Estado debe de configurar la ejecución de esa pena evitando en lo posible la desocialización, tiene que fomentar la comunicación con el exterior –sin abusos– ampliando las posibilidades del reo, ofreciendo alternativas al comportamiento criminal y el delincuente debe de aceptar libremente esas ofertas para que concluido su condena pueda integrarse a la sociedad y serle de utilidad; por ello es necesario que exista una revisión global de los ordenamientos no sólo penales sino de los reglamentos penitenciarios, la creación de jueces de ejecución; porque de nada servirá modificar un Código Penal de manera formal si se pierde de vista la materialización de los conceptos que emanan de la Constitución.

Si existe cárcel debe organizarse en el sistema carcelario la capacitación para el trabajo, la educación como medios para la readaptación del delincuente; puesto que sobre estos últimos aspectos, desgraciadamente en la actualidad no se cuentan con esas bases, al ponerse de manifiesto que en los diversos reclusorios preventivos de esta ciudad, conviven internos que no han sido declarado judicialmente como delincuentes y los que ya han sido pronunciados bajo esa calidad, cuya conjugación da como consecuencia la contaminación de los primeros, asimismo contamos con una cárcel para condenados –Santa Martha Acatitla–, en donde las instalaciones son deficientes, insalubres, al punto del derrumbe, sin talleres, escuelas bibliotecas

reales donde perdura la ley del más fuerte, sin posibilidades ni ofertas que brinde el Estado, sin alternativas –argumentando siempre la falta de recursos– que genera un círculo vicioso, ya que al salir estará incapacitado para reincorporarse a la sociedad, la cual finalmente lo estigmatiza, lo etiqueta y vuelve a delinquir.

Es por ello, que la pena de prisión tiene que ser el último recurso del que debe valerse un Estado Democrático, dado que al implicar un sistema fundado en el constante mejoramiento económico social y cultural de una sociedad, es que debe ser necesario educar, fomentar valores, posibilidades de empleo con salarios justos que permitan la participación ciudadana, comprender que democracia no implica el desafío a la autoridad, sino el respeto de todos los que convivimos.

C O N C L U S I O N E S

Como se ha observado a lo largo de la presente investigación, la sanción penal es la máxima consecuencia del delito, ya que se trata de una de las medidas, más drásticas de las que se puede valer el Estado a efecto de hacer cumplir sus mandatos y prohibiciones que se representa, no sólo en la privativa de libertad, ya que también puede dar lugar a sanciones pecuniarias e incluso pérdida de derechos: pero la pena como consecuencia de un delito, no sólo trasciende en el ámbito jurídico, pues su imposición invariablemente afecta el futuro de quien la sufre, ya que extraordinariamente y el ámbito social, dará lugar a su estigmatización y en lo general, afectará toda su vida.

De ahí, que en materia de las sanciones penales y a fin de que éstas no sólo sean un instrumento de terror estatal, sino por el contrario, se reviertan de un contenido de verdaderos medios educativos y socializadores para dar cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 18 del Pacto Federal, es que se propone que deben de buscarse otros medios de restricción en los cuales se encuentren implícitos esos fines, creando en los individuos aquel interés para efecto de que lejos de que se interesen en la comisión de otros delitos, observen que al imponerse otra sanción es para que consideren que su acción ilícita a pesar de ser castigada, no se les restringirá de su libertad y con ello

adviertan que cuenta con una oportunidad más para que se integre a la sociedad en forma pacífica.

Lo anterior, no significa determinar que tenga que prescindirse de la pena de prisión, ya que el punto es, que si ésta tiene sus fines que hasta la fecha son poco productivos, por qué no establecer otros en los cuales también se contemplen los mismos y así observar si realmente éstos son más eficaces para lograr la readaptación social del delincuente, o en su defecto exista una coordinación entre la pena de prisión y las otras sanciones, en la que la primera se utilice como ultima instancia, y las segundas, como las que deben salir a flote en un primer momento al castigar a una determinada persona, que haya cometido un delito de menor gravedad para la sociedad o que en su defecto que en su momento no haya ignorado la imposición de un castigo por otro evento delictivo, dado que si el Estado debe de asegurar la protección efectiva de los bienes jurídicos de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de atender a la prevención de delitos, porque no buscar mayores medios para lograr esos fines y no sólo encasillarse con el castigo como es la prisión, ya que en la medida en que la humanidad avanza, ello es lo que nos permite ser más racionales para no caer en un retroceso y así encontrarnos en una época de “barbarismo civilizado”.

Es cierto que el Derecho Penal de un Estado Social y Democrático no puede renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla por y para los ciudadanos. Por lo cual, el Estado debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de atender a la prevención de delitos (Estado social), entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estiman dañosos para sus bienes jurídicos y en la medida en que los mismos ciudadanos consideren graves tales hechos (Estado Democrático). El Derecho Penal debe entonces orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Ese planteamiento, no solo debe de servir a la mayoría sino también respetar y atender a la minoría y a todo ciudadano en la medida de que sea compatible con la paz social; en este sentido no sólo se trata de castigar a los delincuentes, sino que ha de respetar su dignidad e intentar ofrecer alternativas a su comportamiento criminal. Lo primero impide la imposición de penas incompatibles con la fase teórica del país (artículo 22 Constitucional), lo segundo obliga a ofrecer al condenado posibilidad para su resocialización e inserción social (artículo 18 Constitucional), por lo que afirmamos que en una concepción democrática las penas deben perseguir la participación del sujeto

con el fin de que las mismas sirvan para ampliar la posibilidad de elecciones futuras para imponer un sistema de valores.

Sin lugar a dudas, al imponer una sanción penal se pretende evitar nuevos delitos y ello, sólo puede llevarse a cabo con una Norma Penal tratando de motivar a los ciudadanos a que no realicen conductas constitutivas de delito. Ello significa que el evitar resultados lesivos para la sociedad, sólo puede ser intentada por las normas penales para el efecto de motivar que se produzcan conductas que pueden producir aquellos resultados; si las normas penales sólo pueden pretender regular conductas humanas y no pueden prohibir que tengan lugar resultados lesivos por otra vía, sólo podrán oponerse a tales normas conductas distintas a las impuestas por ellas y como el Derecho Penal de un Estado Social debe entenderse como un conjunto de normas de regulación (de prevención), sólo podrán considerarse contrarias a Derecho Penal conductas distintas a las deseadas por sus normas, poniéndose de manifiesto que las conductas deberán de exteriorizarse y así modificar el mundo social.

Así las cosas, el Estado Mexicano sanciona aquellas conductas que de no prohibirse harían imposible la vida en la sociedad, de esta forma el legislador crea la norma misma que va dirigida hacia los gobernados en forma de advertencia (prevención general) prohibiendo ciertas conductas y a la vez

permitir otras que no sean socialmente dañosas para la sociedad, asimismo establece las sanciones a las cuales se harán acreedores o merecedores los que lleguen a infringir un delito con el fin de tratar de corregir o intimidar al sujeto que haya delinquido (prevención especial), de esta forma la Constitución enmarca las facultades de los Poderes Federales, emanando de ella que sólo el Poder Judicial esta facultado para imponer las sanciones penales a los sujetos que hayan desplegado una conducta en la cual se integren los elementos que dan vida a la existencia de un delito así catalogado por la Ley, sin que ello signifique que la Autoridad Judicial no acate los limites establecidos en la Pacto Federal, mismos que versan en torno al principio de legalidad; de ahí que si el en Código Penal para el Distrito Federal se enumeran diversas sanciones de las cuales se puede valer el Juzgador para sancionar a un individuo, es lo que da lugar para que hagamos el señalamientos del porqué nuestros Legisladores no realizan un somero estudio para el efecto de que lejos de incrementar más las penas privativas de libertad, prevean la imposición de otras sanciones que finalmente vayan encaminadas a lograr integrar al sujeto a la sociedad, que como se analizó uno de esos medios puede verse reflejado en elevar el Tratamiento de Libertad y Trabajo a Favor de la Comunidad –como penas principales–, cuya imposición de igual forma dependerá de las circunstancias exteriores de ejecución del delito, así como las

peculiares del delincuente en donde entrará en juego que el mismo no haya desconocido algún otro castigo por un diferente hecho delictuoso y además cuando se esté en presencia de delitos de menor gravedad, dado que de lo que se trata es que el sujeto a quien se le deben encomendar tareas recreativas se encuentre bajo una constancia de vigilancia, en donde deberá existir un mayor interés por parte de las autoridades encargadas para ese efecto y de esa forma a través de esa capacitación se les motive y se alejen de cometer conductas ilícitas.

Serie de circunstancias que de igual forma desde nuestro punto de vista podrán surtir efecto si se estipulara una de las sanciones que los países contemporáneos la han denominado Arresto Domiciliario, en donde uno de sus efectos es que al individuo no se le retira de su rol social, ya que consideramos que mientras menos se le aleje de él, más se podrá integrar a la sociedad de manera pacífica, dado que mismo tiempo observará que se le está castigando por un hecho delictuoso, claro esta última propuesta, tendría que ser debidamente analizada por los legisladores, a fin de implantar medios adecuados para su ejecución; lo que evidentemente también se pretende al hacerse alusión que la pena de multa de igual manera sea considerada como una sanción principal y no accesoria, puesto que finalmente el sujeto que incurrió en un evento dañoso, será sancionado con aquella multa, que lejos de

traer pérdidas para el Estado lo redituara, y tomando en cuenta que en muchas ocasiones los que resultan afectados por un evento delictivo, lo que persiguen es que se les repare el daño –hablando de ilícitos que proceda– sería válido admitirla.

Aunado a lo anterior, nos atrevemos a opinar que si el sistema carcelario y la imagen que sobre él impera, no es el óptimo, el Estado debe reforzar esfuerzos, con el fin de que, la cárcel sirva para brindar un ambiente sano para su capacitación, sin dejar de perseguir los fines especiales y generales.

Finalmente, se debe replantear que en materia de Criminalidad, no sólo se deben enfocar el problema de los factores del delito y de la sanción adecuada, sino también hay que tomar en cuenta los problemas sociales y personales, que el delito y la sanción contienen, esto supone en suma armonizar con una verdadera realidad con la que hoy se vive.

B I B L I O G R A F I A

Alvarez Gómez, Josefina. La Cárcel ante el Tercer Milenio, entre el temor y la esperanza. México D.F. Cárdenas Editor. 1991.

Antón Oneca, José. Derecho Penal. 2ª. ed. Madrid España. Akal. 1986.

Baratta, Alessandro. Viejas y Nuevas Estrategias de Legitimación del Sistema Penal. Tercer Encuentro de Criminología. 1982.

Bacigalupo, Enrique. Principios de Derecho Penal Parte General. 2ª ed. Madrid España. Akal. 1990.

_____. Manual de Derecho Penal. 2ª Reimpresión. Santa Fe Bogotá Colombia. Cárdenas Editor y Distribuidor. 1994.

Briseño Sierra Humberto. El Enjuiciamiento Penal Mexicano 2ª Reimpresión. México D.F. Trillas 1985.

Burgoa, Ignacio Las Garantías Individuales 25ª ed. México D.F. Porrúa. 1993.

Bustos Ramírez. Juan Introducción al Derecho Penal. 2ª ed. Santa Fe Bogotá Colombia. Temis. 1994.

_____. Manual de Derecho Penal Parte General. Barcelona. Ariel. 1984.

Castillo del Valle, Alberto. Garantías Individuales y Amparo en Materia Penal. México D.F. Duero. 1992.

Castro Juventino V. Garantías de Amparo 5ª ed. México D. F. Porrúa 1990.

Claus Roxin, Gunther Arzt y Klaus Tiedemann. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal. Ariel. Barcelona. 1989.

_____. Derecho Penal Parte General, Tomo I. España. Civitatis S.A. 1997.

Creus Carlos. Derecho Penal Parte General. 3ª ed. Buenos Aires. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. 1994.

Choclan Montalvo, José Antonio. Individualización Judicial de la Pena, función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal. Colex. Madrid. 1997.

Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Barcelona. Bosh. 1945.

Del Castillo Velasco, José María. Apuntamientos para el Estudio del Derecho Constitucional Mexicano. Edición Facsimilar. México D.F. Imprenta del Gobierno del Palacio. 1871.

Donna, Alberto Edgardo. Teoría del Delito y de la Pena, fundamentación de la sanciones penales y de la culpabilidad. 2ª ed. Buenos Aires. Astrea. 1996.

Esquivel Obregón, Toribio. Apuntes para Historia de Derecho en México. México D.F. Porrúa. 1990.

Fernández Carrasquilla, Juan. Delito y Error. Bogotá Colombia. Temis. 1990.

Ferrajoli Luigi. Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal. Madrid. Trotta. 1997.

Foucault Michel. Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión. México D.F. Siglo XXI. 1976.

García Aran, Mercedes. Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995. Madrid España. Aranzadi. 1997.

García Rivas, N. El Poder Punitivo en el Estado Democrático. Cuenca. Universidad de Castilla. La Mancha. 1996.

Gunter, Jakobs. Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Madrid. Marcial Pons. 1995.

Heinrich Jescheck, Hans. Tratado de Derecho Penal. Parte General 4ª ed. Granada España. Comares. 1993.

Islas Olga y Ramírez Elpidio. El Sistema Procesal Penal en la Constitución. México D.F. Porrúa. 1979.

M. García, Luis. Reincidencia y Punibilidad. Buenos Aires. Astrea. 1992.

M. Rico, José. Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea. 4ª ed. México, D.F. Siglo XXI Editores. 1987.

Maqueda, Abreu. Suspensión Condicional de la pena y probación. Madrid España. 1985.

Mancilla Ovando Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal. México, D.F. Duero. 1991.

Mir Puig, Santiago. Política Criminal y Reforma del Derecho Penal. Bogotá Colombia. Temis. 1982.

_____. Problemática de la pena y seguridad ciudadana en el Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Barcelona. Ariel. 1994.

_____. Derecho Penal Parte General. 4ª ed. Barcelona. Tecfoto. 1996.

_____. Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático del Derecho. Barcelona. Ariel. 1999. p

Montagu, Ashley. La Naturaleza de la Agresividad Humana. Madrid Alianza Universitaria. 1978.

Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes. Derecho Penal Parte General. 2ª ed. Valencia Tiran Lo Blanch. 1996.

_____. Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Valencia. Tirant lo Blanch. 1989.

Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Síntesis del Derecho Penal Parte General. México D.F. Trillas. 1991.

Pavaronni, Massimo. Control y Dominación. México D.F. Siglo XXI. 1998.

Peña Cabrera, Raúl. Pena y Estado Capitalista. Bogotá Colombia. Temis. 1996.

Righi, Esteban. Fernández Alberto. Derecho Penal; la ley, el delito, el proceso y la pena. Hammurabi Argentina. 1996.

Rodríguez Devesa, José María. Serrano Gómez, Alfonso. Derecho Penal Español Parte General. 17ª ed. Madrid. Dykinson. 1994.

Rodríguez Rodríguez, Jesús. La Detención Preventiva y Los Derechos Humanos en Derecho Comparado. México, D.F. UNAM. 1981.

Soto Pérez, Ricardo. Nociones de Derecho Positivo Mexicano. México D.F. Esfinge. 1986.

Kent, Jorge. Sustitutivos de la Pena de Prisión, Penas sin Libertad y Penas en Libertad. Buenos Aires Argentina. Abeledo-Perrot. 1987.

Wezel, Hans. Derecho Penal Alemán. 12ª ed. Jurídico de Chile. Chile. 1987.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal Parte General. México D.F. Cárdenas Editor y Distribuidor. 1997.