

00781



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

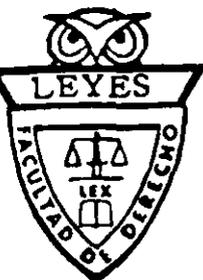
FACULTAD DE DERECHO
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

LA CRISIS DEL DERECHO PENAL:
LA NECESIDAD DE UNA NUEVA POLITICA
CRIMINAL EN MEXICO

287996

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
DOCTOR EN DERECHO
P R E S E N T A :
ALFONSO PEREZ DAZA

TUTOR: DR. H. C. RICARDO FRANCO GUZMAN



CIUDAD UNIVERSITARIA

DICIEMBRE 1977

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.

AGRADEZCO PROFUNDAMENTE A MIS MAESTROS:

RICARDO FRANCO GUZMAN

FERNANDO CASTELLANOS TENA

RAUL CARRANCA Y RIVAS

RICARDO OJEDA BOHORQUEZ

RAFAEL MARQUEZ PIÑERO

CONSTANCIO CARRASCO DAZA

MARCO ANTONIO DIAZ DE LEON

AURORA BASTERRA DIAZ

ANA ELOISA HEREDIA

CARLOS DAZA GOMEZ

PORQUE SIN ELLOS SIMPLEMENTE NO HUBIERA SIDO
POSIBLE REALIZAR LA PRESENTE TESIS EN ESTA LINEA
DE INVESTIGACION.

DOY GRACIAS A DIOS POR HABERME DADO LA
OPORTUNIDAD DE AMAR A:

MIS ABUELOS
CARLOS DAZA CANSECO
MANUELA GOMEZ DURAN

MIS PADRES
ALFONSO PEREZ MONAC
JOSEFINA ESTHER DAZA GOMEZ

MIS HERMANOS
ABRAHAM PEREZ DAZA
ESTHER DEL REFIGIO PEREZ DAZA

A TODOS ELLOS DEDICO EL PRESENTE TRABAJO

ESPECIALMENTE AGRADEZCO AL DR. **CARLOS DAZA GOMEZ** EL PERMITIRME FORMAR PARTE DE SU ESCUELA, A TI DEDICO TAMBIEN ESTE TRABAJO, QUE EN CIERTA FORMA ES PRODUCTO DE TU AMISTAD, PACIENCIA, COMPRESIÓN, PERO SOBRE TODO DE LA CONFIANZA QUE HAS DEPOSITADO EN MI.

**UN RECONOCIMIENTO ESPECIAL PARA LA FACULTAD DE
DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO POR HABER SIDO
VERDADERAMENTE COMO UNA SEGUNDA CASA PARA
MI.**

| | |
|--|----|
| INDICE | I |
| INTRODUCCIÓN | VI |
| PRIMERA PARTE: EL DERECHO PENAL | 1 |
| <i>I. DERECHO PENAL</i> | 1 |
| 1. Concepto formal de Derecho Penal..... | 1 |
| 2. La norma penal..... | 8 |
| 2.1. <i>Estructura formal de la norma penal</i> | 9 |
| 2.1.1. <i>Norma primaria</i> | 11 |
| 2.1.2. <i>Norma secundaria</i> | 13 |
| 2.1.3. <i>Normas penales completas e incompletas</i> | 15 |
| 2.1.3.1. <i>Normas penales en blanco</i> | 18 |
| 2.2. Estructura material de la norma penal..... | 20 |
| 2.2.1. <i>Delito</i> | 22 |
| 2.2.2. <i>Pena</i> | 26 |
| 2.2.3. <i>Medidas de seguridad</i> | 31 |
| 2.3. Contenido de la norma penal..... | 34 |
| 2.3.1. <i>Carácter valorativo o imperativo de las normas penales</i> | 38 |
| 2.3.1.1. <i>La norma como regla de determinación</i> | 39 |
| 2.3.1.2. <i>La norma como juicio objetivo de valoración</i> | 41 |
| 2.4. Función de las normas penales..... | 43 |
| 2.4.1. <i>Función motivadora</i> | 44 |
| 2.4.2. <i>Función de protección</i> | 48 |

| | |
|---|-----|
| 2.4.3. <i>Función de control social</i> | 50 |
| II. LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL | 52 |
| 1. Las Teorías de la pena..... | 58 |
| 1.1. Teorías de la retribución..... | 59 |
| 1.2. Teorías de la prevención..... | 71 |
| 1.2.1. Teoría de la prevención general..... | 74 |
| 1.2.1.1. <i>Prevención general negativa</i> | 81 |
| 1.2.1.2. <i>Prevención general positiva</i> | 88 |
| 1.2.2. Teoría de la prevención especial..... | 101 |
| 1.3. Teorías mixtas..... | 107 |
| III. LOS LIMITES AL PODER PUNITIVO DEL ESTADO | 115 |
| 1. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos..... | 115 |
| 2. El principio de intervención mínima..... | 123 |
| 3. El principio de necesidad y utilidad de la intervención penal..... | 133 |
| 4. El principio de culpabilidad..... | 135 |
| 5. El principio de proporcionalidad de las penas..... | 141 |
| 6. El principio de presunción de inocencia..... | 146 |
| 7. El principio de legalidad..... | 152 |
| 8. El principio Ne bis in ídem..... | 155 |
| 9. La prohibición de la analogía in malam partem..... | 168 |
| 10. La prohibición de las penas inhumanas y degradantes..... | 170 |

| | |
|---|------------|
| SEGUNDA PARTE: CIENCIA DEL DERECHO PENAL..... | 184 |
| <i>I. SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA CIENCIA PENAL.....</i> | 184 |
| 1. La Ilustración..... | 184 |
| 1.1. <i>Cersare Beccaria</i> | 186 |
| 1.2. <i>Filangieri</i> | 190 |
| 1.3. <i>Johon Howard</i> | 191 |
| 2. Derecho penal liberal..... | 195 |
| 2.1. Inglaterra..... | 195 |
| 2.1.1. <i>Bentham</i> | 195 |
| 2.2. Italia..... | 197 |
| 2.2.1. <i>Romagnosi</i> | 197 |
| 2.2.2. <i>Carmignani</i> | 199 |
| 2.2.3. Escuela clásica..... | 201 |
| 2.2.3.1. <i>Carrara</i> | 204 |
| 2.2.4. Escuela positiva..... | 210 |
| 2.2.4.1. <i>Lombroso</i> | 223 |
| 2.2.4.2. <i>Ferri</i> | 224 |
| 2.2.4.3. <i>Garofalo</i> | 229 |
| 2.2.5. La terza escuela..... | 229 |
| 2.2.5.1. <i>Carnevale</i> | 231 |
| 2.2.5.2. <i>Alimena</i> | 232 |
| 2.3. Alemania..... | 233 |
| 2.3.1. <i>Feuerbach</i> | 235 |
| 2.3.2. <i>Hegel</i> | 238 |
| 2.3.3. <i>Binding</i> | 242 |
| 2.3.4. <i>Von Liszt</i> | 247 |

| | |
|--|-----|
| 2.3.5. <i>Beling</i> | 253 |
| II. METODOLOGÍA DEL DERECHO PENAL | 255 |
| 1. Método..... | 257 |
| 2. El método del formalismo (causalismo naturalista)..... | 262 |
| 3. El método del neokantismo (causalismo valorativo)..... | 271 |
| 4. El método del finalismo..... | 283 |
| 5. El método del funcional o teleológico..... | 291 |
| | |
| TERCERA PARTE: CIENCIAS PENALES | 303 |
| | |
| I. DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL | 306 |
| 1. Concepto..... | 306 |
| 2. Función..... | 309 |
| | |
| II. LA POLÍTICA CRIMINAL | 318 |
| 1. Concepto..... | 318 |
| 2. La política criminal como enlace entre la dogmática y la criminología..... | 332 |
| | |
| III. CRIMINOLOGÍA | 334 |
| 1. Concepto..... | 334 |
| 2. Criminología tradicional..... | 337 |
| 3. Criminología moderna..... | 340 |
| 3.1. <i>La criminología crítica</i> | 340 |

| | |
|---|----------------|
| IV. LA VICTIMOLOGIA..... | 344 |
| 1. Concepto..... | 344 |
| CUARTA PARTE: LA NECESIDAD DE OTRA POLÍTICA CRIMINAL EN MÉXICO..... | 355 |
| POSTURA PERSONAL..... | 355 |
| 1. Violación a los principios que limitan el poder punitivo del Estado... | 355 |
| 2. La desvinculación entre las resoluciones judiciales y la ejecución de la pena | 364 |
| 3. La falta de uniformidad en la aplicación de un método de interpretación del derecho penal sustantivo vigente..... | 370 |
| CONCLUSIONES..... | 379 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 384 |

INTRODUCCION

El mundo en el que nos encontramos hoy, no se parece mucho al que pronosticaron los hombres de ciencia, en lugar de estar cada vez más bajo nuestro control, parece fuera de él; es más, algunas de las tendencias que se suponía harían la vida más segura y predecible para nosotros, incluido el progreso de la ciencia y la tecnología, tienen a menudo el efecto contrario. Por ejemplo, el cambio climático global y sus riesgos inherentes resultado probablemente de nuestra intervención en el medio ambiente, no son fenómenos naturales. Ciencia y tecnología están inevitablemente implicadas en nuestros intentos por contrarrestar tales riesgos, pero han contribuido también, y en primer lugar, a crearlos.

La crisis es un término que implica un cambio favorable o desfavorable, una mutación importante en el desarrollo de un proceso, ya de orden físico, histórico o espiritual; también significa falta, carencia o escasez de algo, fundamentalmente hace alusión al punto de tensión de un periodo intermedio¹,

¹ *Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española*, Real Academia Española, Cuarta Edición, Madrid, 1989, p. 447. Así como el *Diccionario Larousse Ilustrado*, Paris, 1969, p. 286.

acepción esta última que asumimos para describir perfectamente el término que intitula el presente trabajo de investigación.

En efecto, al hacer alusión a la Crisis del Derecho Penal en México, pretendemos poner de relieve la transformación de las instituciones que representan y explican, en cierta forma, la materia que nos ocupa, esto es, al Derecho Penal; lo anterior, con el objeto de probar que el cambio de nuestros días se caracteriza, concretamente en nuestro país, por una tendencia de criminalización injustificada, elevación de las penas privativas de libertad, falta de confianza en nuestras instituciones de procuración e impartición de justicia, delincuencia organizada, cotidiana lesión y puesta en peligro de los bienes tutelados, en síntesis, inseguridad jurídica.

Todo lo anterior, es el resultado, a nuestro modo de ver, de tres factores fundamentalmente, que a saber son:

- a) La flagrante violación de los principios que limitan el poder punitivo del Estado;**
- b) La falta de uniformidad en la aplicación de un método por parte de los órganos de procuración e impartición de justicia al momento de resolver si el hecho que se analiza es o no delito; y**

c) Un sistema penal que parte de la premisa de la prevención especial como fin de la pena.

El planteamiento del problema de mérito conduce, necesariamente, a tener por objeto de estudio al Derecho Penal Mexicano, el cual ha tomado de modelo la dogmática que se ha elaborado esencialmente en Alemania desde hace más de un siglo, tanto es así, que prácticamente todos y cada uno de los conceptos que actualmente tenemos en derecho sustantivo vigente, se derivan precisamente de las construcciones teóricas que se han formulado en Europa. De ahí, la necesidad de realizar un análisis de la evolución histórica de la Ciencia del Derecho Penal, a partir de la ilustración, pues como acertadamente apunta Anthony Giddens, los filósofos ilustrados trabajan con una máxima simple pero aparentemente muy poderosa. Cuanto más capaces seamos de comprender racionalmente el mundo y a nosotros mismos, mejor podremos manejar la historia para nuestros propósitos. Debemos librarnos de los hábitos y prejuicios del pasado para controlar el futuro, Karl Marx, continúa el citado autor, cuyas ideas se deben al pensamiento de la ilustración, quien expresó el concepto con mucha sencillez. Hemos de entender la historia, para poder hacer historia².

² Un Mundo Desbocado, los efectos de la globalización en nuestras vidas, ed. Taurus, trad. Pedro Cifuentes, Madrid, 2000, p.14.

Ahora, si bien el objeto de conocimiento del presente estudio es extremadamente amplio, lo cierto es que el método que utilizamos para sustentar la tesis, esto es, el deductivo, nos permitió formular tres hipótesis susceptibles de comprobación.

Ciertamente, creemos que el respeto a todos los principios que limitan el poder punitivo del Estado, la aplicación de un método funcionalista moderado y la prevención general integradora como fin de la pena, ocasionarán sin lugar a dudas, que la mutación a que hemos hecho referencia, será en sentido opuesto, es decir, en aras de la seguridad jurídica.

Estamos conscientes de que el delito es un fenómeno que es connatural al hombre, que ha existido en todos los tiempos, por ello, pensar en erradicarlo es utópico, sin embargo, de lo que sí estamos convencidos es que en México, es factible mejorar la situación actual. El problema que es prioritario resolver tanto para el Gobierno Federal, como para los Estados, es la inseguridad jurídica, dado que a la fecha no se ha podido contener en crecimiento desmedido de la comisión de delitos; y para resolver este problema, no se requiere únicamente infraestructura, personal capacitado y dinero como comúnmente se dice, sino simplemente y sencillamente, otra forma de atacar el problema, un método diverso, otra política criminal.

Reconducir las medidas estatales para la prevención del delito y la lucha contra el delito, es la solución inmediata de la crisis del Derecho Penal en México.

PRIMERA PARTE: EL DERECHO PENAL

I. DERECHO PENAL

1. Concepto formal de Derecho Penal

El Derecho Penal es un conjunto de normas positivizadas por una ley, que describen comportamientos tenidos por intolerables o graves y los amenaza con reacciones represivas que son las penas o, en determinados casos, medidas de seguridad¹. El concepto de Derecho Penal se halla condicionado inexcusablemente por el ordenamiento penal vigente, no pudiéndose eludir tal exigencia normativa sin contradecir un supuesto de carácter básico que ha de ser previamente aceptado: el Derecho Penal es de naturaleza histórico-positiva². Esta última aseveración, se fundamenta en la íntima relación que guarda el Derecho Penal con su objeto de estudio, esto es, el delito, un fenómeno que ha existido en todos los tiempos pero al que no siempre se le ha dado el mismo tratamiento. Difícilmente podemos concebir a una sociedad que prescindiera del Derecho Penal, porque de no contarse con él, existiría el caos y por consiguiente la destrucción del Estado de Derecho.

La evolución del concepto es relativa, porque su estructura se conforma prácticamente con los mismos elementos, sólo que cada autor le ha dado a su

¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, editorial Cedecs, Barcelona 1997, p. 1

definición un toque personal, por ejemplo, Jiménez de Asúa señala que el Derecho Penal es el “conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora”³, por su parte, Carranca y Trujillo dice que es “el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas aplicables a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación. Es una disciplina jurídica y social, por mirar a las violaciones de la ley y a la defensa de la sociedad mediante la pena y las medidas de seguridad”⁴.

Roxin considera que el Derecho Penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección⁵. Luzón Peña sostiene que el Derecho Penal es una rama, parcela o sector del Derecho u Ordenamiento Jurídico General; concretamente el conjunto de normas que prevén delitos y determinadas circunstancias del delincuente y les asignan,

² DEL ROSAL, Juan, *Derecho Penal Español (Lecciones)*, editorial Bosch 3ª edición, Madrid, 1960, p. 8.

³ JIMENEZ de ASUA, Luis, *Lecciones de Derecho Penal*, editorial Pedagógica Iberoamericana, Obra compilada y editada en México, 1995, p. 2.

⁴ CARRANCA y TRUJILLO, Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, UNAM, México, 1937, p. 13.

⁵ ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, editorial Civitas Madrid, 1997, p. 41.

como consecuencias jurídicas más importantes, penas, o medidas de seguridad⁶.

Desde otro ángulo, Zaffaroni entiende al Derecho Penal como el conjunto de leyes que traducen normas tuitivas de bienes jurídicos y que precisan su alcance, cuya violación se llama delito e importa una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar nuevas violaciones por parte del autor⁷.

Estos autores coinciden en que el Derecho Penal, es un conjunto de normas jurídicas, que definen determinadas conductas como delito y disponen la imposición de penas o medidas de seguridad a quienes lo cometen.

En cambio, desde una perspectiva sociológica, el Derecho Penal se configura como un instrumento de control social, esto es, como un mecanismo para obtener determinados comportamientos individuales en la vida social⁸.

Elementos comunes a todas las formas de control social son la infracción o

⁶ LUZON PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, editorial Universitas, Madrid, 1996, p. 48.

⁷ El citado autor explica: Decimos que la coerción penal es una coerción jurídica particularmente grave. Esta gravedad no se evidencia en que la pena pueda ser siempre más grave que una sanción de carácter no penal, sino en que las otras sanciones tienen por fin inmediato una reparación del perjuicio sufrido, sea por un particular, sea por la administración pública. En lugar, la pena excede este marco reparador, porque persigue directa e inmediatamente impedir la comisión de nuevas violaciones...hablamos de coerción penal y no de pena, porque el derecho penal puede ser entendido en sentido estricto y en sentido amplio. El sentido estricto del derecho penal es el que coincide con el de lo materialmente penal para prevenir la comisión de nuevos delitos. En lo "materialmente penal", esto es, en el derecho penal estrictu sensu, éste opera con la pena como única vía de coerción penal. En lo formalmente penal, el juez dispone también de las medidas administrativas (medidas de seguridad), pero no son manifestación de coerción penal ni tienen el carácter de sanciones. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1997, pp. 24-25.

⁸ ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho Penal*, editorial Titant lo Blanch, 3ª edición, Valencia 1993, p.33.

quebrantamiento de una norma, la reacción a ese quebrantamiento en forma de sanción y la forma o procedimiento a través del cual se constata el quebrantamiento y se impone la sanción⁹. El control social dispone de numerosos sistemas normativos como por ejemplo la religión, la ética, el derecho civil, etc., los cuales son ejercidos por diversos órganos como la familia, la iglesia, los partidos políticos, etc., y estos a su vez, se valen de diferentes sanciones. Por tanto, el Derecho Penal es un subsistema en el sistema total de control social. Lo que diferencia al Derecho Penal de otras instituciones de control social es simplemente la formalización del control, liberándolo, dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa, del coyunturalismo y de la subjetividad propios de otros sistemas de control social¹⁰.

El Derecho Penal es el instrumento más enérgico de que dispone el Estado para evitar las conductas que resulten insoportables socialmente. Ahora bien, tanto el Derecho Penal como el conjunto de sistemas de control social, en tanto que pretenden evitar conductas y estimular otras responden siempre a un sistema de valores destinado a hacer justicia. El caso y el precepto legal (la Ley) son los dos pilares sobre los que se asienta el conjunto de la justicia penal. Por ello, estos dos grandes ámbitos de la actividad jurídico penal

⁹ MUÑOS CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, editorial Titant lo Blanch, 3ª. edición, Valencia 1998, p. 32.

deberían ser puestos en una equilibrada relación, a fin de evitar que el sistema del Derecho Penal y la propia formación de los penalistas escoren hacia lo normativo, en el plano de la Ley, o bien hacia lo empírico, en el plano de la realidad¹¹.

Como instrumento de control social, el Derecho penal se caracteriza por dos notas fundamentales: por ser un instrumento de control social primario y por ser un instrumento de control social formalizado¹². El primero pretende alcanzar sus fines mediante el procedimiento de amenazar con sanciones penales (penas y/o medidas de seguridad) la realización de los comportamientos prohibidos o la no realización de las acciones mandadas (delitos). El artículo 241, fracción I, del Código Penal Federal amenaza con la pena de cuatro a nueve años de prisión y multa de cuatrocientos a dos mil pesos, el hecho de falsificar los sellos o marcas oficiales. El segundo se caracteriza porque su aplicación práctica debe estar rodeada de una serie de garantías que hagan de la misma una actividad perfectamente reglada (vinculada estrechamente a normas jurídicas) y, por consiguiente, segura previsible y perfectamente controlable en absolutamente todas sus etapas. Por ejemplo nadie puede ser detenido (ni siquiera por la policía) sino en los casos

¹⁰ Ibidem. p. 31.

¹¹ HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, editorial Bosch, Barcelona, 1994, p. 31.

¹² Cfr. ZUGALDIA, *Fundamentos de Derecho Penal*, cit., pp. 34-35.

y condiciones que establece el artículo 16 de la Constitución General de la República¹³.

A nuestro modo de ver, el concepto del Derecho Penal debe resaltar su función y, sobre todo, la prioridad de observar los principios que limitan el poder punitivo del Estado:

El Derecho Penal es la parte del ordenamiento jurídico que limita el poder punitivo del Estado, y define como delitos determinadas conductas a cuya verificación asocia como consecuencias jurídicas penas y/o medidas de seguridad, para proteger bienes jurídicos con relevancia constitucional.

Consideramos que el sistema penal mexicano se ha caracterizado en los últimos años por agravar penas, crear injustificadamente tipos penales, pasando por alto los principios que limitan el poder punitivo del Estado. No debemos permitir que en nuestro país el Derecho Penal se utilice, como se ha venido haciendo, como un instrumento para conservar el poder o materializar

¹³ El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su parte conducente establece: No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado...

En los casos de flagrante delito cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder...

las venganzas políticas. A pesar de que este fenómeno no es exclusivo de México sino de todo el mundo, lo que vivimos actualmente es una crisis de inseguridad jurídica. Partimos de la hipótesis de que el Derecho Penal en México se encuentra en crisis como consecuencia de la falta de equilibrio entre libertad y seguridad, esto es, entre prevención del delito y respeto a las garantías individuales. La balanza se ha inclinado en México a favor de la inseguridad, tal y como se desprende de las reformas a la Constitución General de la República, (artículos 16, 19, en lo relativo al concepto del cuerpo del delito) tendientes a disminuir la protección de la libertad personal, valor fundamental que Kant contemplaba en sus denominadas libertades universales.

No obstante lo anterior, es importante aclarar, que la crisis a la que hemos hecho referencia, no es en el sentido en que lo apunta Silva Sánchez, cuando sostiene que la crisis de la dogmática comienza, como tarde, en los años sesenta, en el momento en que quiebra de modo aparentemente definitivo el esquema tradicional de un Derecho Penal de la retribución. Es entonces, en efecto, cuando se rechaza por muchos sectores que el Derecho Penal se justifique por la realización de la justicia, finalidad metafísica que, al excluir

de antemano toda constatación empírica, mantenía la incolumidad del mecanismo punitivo, aislándolo del devenir social¹⁴.

Por el contrario, no se puede hablar de una crisis de la dogmática sino más bien, como afirma Bustos Ramírez, de una revisión de los aspectos que ella debe considerar en la elaboración de su contenido, de esta manera se supera la concepción de la dogmática como un sistema cerrado de verdades absolutas, para elevarse en un sistema abierto de conocimiento en continua profundización y reelaboración, no sólo en razón de los cambios de la legislación vigente sino también en virtud de los cambios en la realidad social recogidos por las ciencias sociales, en especial, la criminología.

En definitiva, la crisis, se insiste, debe entenderse cuando tratemos la dogmática penal, como la falta de uniformidad de aplicación de un método en el estudio del delito.

2. La Norma Penal

La esencia del Derecho penal es precisamente la norma jurídica, cuya estricta observancia impone a sus destinatarios mandatos, prohibiciones o permisiones establecidas en el ordenamiento jurídico positivo. Es importante distinguir entre la norma penal y artículo del código penal (ley). La norma

¹⁴ SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, editorial Bosch, Barcelona 1992, pp. 14-15.

penal indica qué conducta está prohibida u ordenada y asociada su realización u omisión con una pena o medida de seguridad, situación que no se deriva de una simple descripción de un supuesto de hecho contenido en un artículo del código penal. Polaino Navarrete explica que “el tipo legal en sí constituye un instrumento técnico al servicio del legislador penal, y en cuanto tal traduce, de forma más o menos exacta, la voluntad del legislador exteriorizada a través de la norma prohibitiva o preceptiva”¹⁵. Mientras que el tipo penal establece el enlace entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica mediante una proposición enunciativa constituida por una afirmación, la norma penal es una orden de validez que nos dice lo que debe hacerse.

2.1. Estructura formal de la Norma Penal

Norma¹⁶, en general es toda regla que oriente y discipline las conductas humanas; la norma jurídica y por ende la norma penal cumplen esa misma función, pero reforzando su poder de orientar y disciplinar mediante una coacción en forma de amenaza de pena a quien la infrinja. Ese carácter de

¹⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal, Parte General Tomo I*, editorial Bosch, Barcelona 1996, p. 88.

¹⁶ La concepción de las leyes como mandatos del soberano aparece, por primera vez en el derecho moderno en la obra de Hobbes y constituye uno de los rasgos distintivos de la denominada escuela analítica del derecho. Característica de la doctrina del mandato es la distinción entre el soberano que manda y los súbditos, que habitualmente obedecen. Las leyes son mandatos del soberano y no cabe, en realidad, conceptualizarlas como expresión de normas, pues no son sino ordenes dirigidas a los súbditos, es hasta Kelsen cuando es entendida la norma como deber ser, establecida por el acto de voluntad de otro autorizado por otra norma. Por tanto, la normatividad surge en forma de pirámide que evita el “regressus in infinitum” mediante el recurso de la norma fundamental presupuesta, a tenor de cuya prescripción han de ser obedecidas las normas derivadas. En este sentido ver Vives Antón, *Fundamentos del Sistema Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pp. 347-348.

obligatoriedad es el que diferencia a las normas jurídicas de las que no lo son, por ejemplo de la normas morales¹⁷.

La estructura formal de la norma penal, es la de una proposición, compuesta de dos elementos: supuesto de hecho y consecuencia jurídica, debiendo articularse como proposición hipotética (si sucede el supuesto de hecho debe darse la consecuencia jurídica), por ejemplo, el artículo 335 del Código Penal para el Distrito Federal establece:

Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicará de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo, además, de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido.

En consecuencia, el sentido hipotético en que aparecen expresadas las normas jurídico-penales indica que su aplicación está condicionada a la aparición del supuesto de hecho en el mundo fáctico. No obstante ello, es importante analizar la clasificación elaborada por la Teoría General de Derecho, que distingue entre norma primaria y norma secundaria, para no

¹⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, Ob. Cit., p. 90., señala que el concepto técnico de norma posee una estructura compleja. La propia noción conceptual genérica de la misma se resiste a una comprensión unívoca o de signo unilateral. La norma es una categoría pluridimensional, que puede servir a cometidos funcionales diversos. Refiere a Kelsen quien afirma que el acto de voluntad cuyo sentido integra la norma es creada, es decir, el acto por el que la norma es establecida, el acto de establecimiento de la norma: no existe norma

incurrir en un error, pues podría pensarse que la eficacia de la norma penal es nula por manifestarse a posteriori, es decir, cuando el hecho dañoso socialmente ya se ha producido.

2.1.1. Norma primaria

Los tipos penales contienen proposiciones jurídicas que señalan una pena a un determinado comportamiento, éstas sólo transmiten en forma expresa un mandato dirigido al juez que le obliga a imponer dicha pena cuando se actualiza en la realidad el supuesto de hecho, por ejemplo, el precepto que castiga el abuso sexual establece: “Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá pena de tres meses a dos años de prisión...” (art. 260, CP). Textualmente sólo se expresa la norma dirigida al juez que obliga a castigar al que abusa sexualmente, sin embargo, cuando se señala una pena en la ley para estos comportamientos, el legislador pretende, además de castigar, principalmente prohibir, bajo la amenaza de la pena, el hecho de ejecutar un acto sexual sin consentimiento, por ello, la conminación penal no sólo se dirige al juez, sino también, y en primer lugar, al ciudadano¹⁸.

alguna sin acto de imposición de la misma, como ningún imperativo sin emperador, ninguna orden sin ordenador.

¹⁸ Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría del Delito*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984, p. 21.

La norma primaria tiene como destinatarios a los ciudadanos, pero esto no se deriva del texto legal, ya que éste solo refiere la norma secundaria, por ello, se dice que el delincuente que realiza el tipo penal no viola la ley sino que se adecua a ella. El origen de esta distinción normológica se remonta a Binding, quien considera que son dos los elementos de la norma penal uno implícito (secundaria) y el otro derivado de la ley penal como imperativo que circunscribe la materia de la prohibición, este constato que el delincuente no infringe la ley penal sino que actúa conforme a ella. Por tanto, no cabe hablar de infracción de la ley penal. Para tener una infracción es necesario que un sujeto realice lo contrario a lo prescrito en un precepto, la norma y la ley tienen diferentes destinatarios, la primera se dirige a los ciudadanos y la segunda sólo puede tener por destinatario al propio Estado¹⁹, por ejemplo, el 302 del C.P. establece que “Al que priva de la vida a otro comete el delito de homicidio”; el imperativo que aquí se deriva del tipo penal (ley) es “NO MATARAS”. En este sentido, explica García Rivas, se puede sostener “que la norma es formulada a través de la ley penal pero no en ella: las normas son proposiciones jurídicas independientes que preceden conceptualmente a las

¹⁹ Cfr. KAUFMANN, Armin, Teoría de las Normas. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna, traducción de E. Bacigalupo y E. Garzón Váldez, editorial Depalma, Buenos Aires 1977, pp. 3 y ss.

leyes penales²⁰”, en definitiva las normas primarias pretenden que no se realicen esa clase de comportamientos.

2.1.2. Norma secundaria

La clasificación entre norma primaria y secundaria deriva de la teoría imperativista monista, que surge en el siglo pasado y para la cual sólo existen imperativos, es decir, mandatos o prohibiciones, todo lo demás es secundario, sin embargo este planteamiento es criticado por Binding (quien plantea una teoría dualista) porque no se toma en consideración el problema de los derechos subjetivos, o bien, dicho de otro modo, se parte de la concepción de la norma como obligación siendo que también existen autorizaciones. La norma secundaria se estructura a partir de la descripción que hace el legislador de un comportamiento calificado como delictivo al que se conecta como consecuencia jurídica una pena y/o medida de seguridad. Bajo estas premisas, concluye García Rivas, que “la esencia prohibitiva de la norma penal sólo puede inferirse de la conexión entre los dos elementos que definen la estructura de la norma secundaria (explícita): supuesto de hecho y sanción”²¹. De acuerdo con ello, la norma penal actúa de forma preventiva porque la prohibición jurídica bajo la amenaza de una pena, supone la intervención del

²⁰ GARCÍA RIVAS, Nicolás, *El Poder Punitivo en el Estado Democrático*, ediciones de la Universidad de

Estado a priori, regulando el comportamiento humano antes de la realización de hecho.

Recientemente Silva Sánchez ha puesto en un primer plano la distinción entre norma primaria y norma secundaria en la elaboración de la teoría jurídica del delito y considera que “la norma primaria manifiesta la decisión de prohibir un comportamiento, esto es, su calificación como algo que pretende ser evitado desde la perspectiva del Derecho Penal, de modo que se estima que tiene sentido dirigir una conminación penal y limitar consiguientemente el ámbito de actuación de los ciudadanos mediante la amenaza de la pena , a fin de disuadirles de la realización de tal conducta”. En cambio, “la norma secundaria expresa la segunda decisión político criminal fundamental: la que lleva no ya a limitar la esfera individual de libertad de acción a través de la amenaza de la pena, sino incluso a incidir directamente, en términos limitadores, sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos mediante el castigo...de este modo, el delito contiene dos categorías fundamentales la antijuridicidad penal y la sancionabilidad penal (que podría denominarse punibilidad, siempre que se entienda que aquí tiene un sentido diferente del tradicional, a su vez dentro de cada una de ellas se distinguirían diversas subcategorías, en la sancionabilidad se incluye la culpabilidad, el

Castilla la Mancha, Cuenca, España, 1996, p. 18.

²¹ Ibidem. p. 19.

resultado y otros elementos eventualmente concurrentes y condicionantes de la punibilidad del mismo²²”. Al respecto es importante mencionar que el ámbito de lo punible es más reducido que el de la infracción de la norma, y por tanto, la norma secundaria, junto a la infracción de la norma contiene otros presupuestos.

2.1.3. Normas penales completas e incompletas

Se denominan normas penales completas, aquéllas en las que basta acudir a un sólo precepto (tipo penal) para conocer tanto la conducta prohibida u ordenada como la pena, por ejemplo, el artículo 160 del Código Penal para el Distrito Federal, prevé:

A quien porte, fabrique, importe o acopie sin un fin lícito instrumentos que solo puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas, se le impondrá prisión de tres meses a tres años o de ciento ochenta a trescientos sesenta días multa y decomiso.

No obstante lo anterior, no debemos entender en sentido estricto “un sólo precepto”; me explico, la norma penal completa no requiere, para ser considerada como tal, encontrarse en un sólo artículo del código penal, ya que

²² SILVA SANCHEZ, Jesús María, Aproximación... cit. pp. 377 y ss.

en aquellos casos en los que un artículo prevea el delito, y los subsecuentes la pena, también deben ser comprendidos como normas penales completas, verbigracia el ilícito de aborto previsto en el artículo 329 del Código Penal Federal, pues en dicho numeral sólo prevé el supuesto de hecho, en tanto que los artículos 330, 331 y 332 del propio código establecen la consecuencia jurídica, luego entonces, cuando estén relacionados los numerales dentro del mismo capítulo seguiremos hablando de normas penales completas.

En cambio, estamos en presencia de una norma penal incompleta cuando la norma secundaria carece del primero de los elementos que la estructuran, esto es, el supuesto de hecho o viceversa. Para estas normas el legislador se sirvió de la técnica de la remisión, precisamente porque parte del supuesto del hecho lo ubica en otro precepto de la misma ley, o bien, remite a otro ordenamiento legal. Al respecto Larenz advierte que “el verdadero alcance de una norma jurídica sólo es cognoscible cuando se añaden todas las restricciones contenidas en la ley”, de tal forma que “la norma completa resulta sólo de la conexión de la orden positiva de validez con las órdenes negativas que a su vez la restringen²³”, como por ejemplo los supuestos de las causas de justificación, en virtud de que no siempre que se priva de la vida a

²³ LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. Rodríguez Molinero, 2ª. Edición, Barcelona, 1980, p. 252.

otro se castiga con una pena (legítima defensa, error de prohibición invencible etc.).

En este sentido, a modo de ejemplificar una norma penal incompleta, citaremos al artículo 12 del Código Penal Federal que a la letra dice:

Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente lo actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

Es fácil advertir de lo anterior, que la tentativa por sí misma es inaplicable, dado que dicho precepto en términos simples dice que el sujeto que intenta cometer un delito y no consigue consumarlo también será acreedor a una pena pero menor respecto de la pena del delito consumado, sin embargo, no especifica un delito en concreto sino que tiene que ser necesariamente

relacionada con alguno de los tipos penales previstos en la parte especial del Código Penal sustantivo, de ahí que sea una norma penal incompleta; por tanto, el fenómeno de la integración normativa reflejada en el referido ordenamiento, dividido en una parte especial y otra general, nos lleva a concluir que los preceptos de esta última son normas penales incompletas (autoría y participación, omisión por comisión, culpa, causas de justificación, etc.).

2.1.3.1. Normas penales en blanco

El tipo penal debe cumplir como función esencial la de expresar qué comportamientos son contrarios a una norma, no obstante ello, nos encontramos con tipos penales que no indican en sí mismos la conducta contraria a la norma, sino que, mediante la fórmula de reenvío, remiten al intérprete a una disposición legal diferente de la ley penal. Este problema denominado por Bindig “leyes penales en blanco”, no debe ser confundido con las normas incompletas que son supuestos en los que se expresa en un artículo el comportamiento antinormativo y en otro la pena que corresponde imponer por razones de técnica legislativa tal y como se explicó en el punto anterior.

Las Normas penales en blanco derivan de los casos en los que el tipo penal remite a otra normatividad de inferior rango a ley penal, para poder determinar la conducta antinormativa, por ejemplo, el artículo 171 del Código Penal Federal establece que:

Se impondrá prisión hasta de seis meses, multa hasta de cien pesos y suspensión o pérdida del derecho de usar la licencia de manejador:

...II. Al que en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas o enervantes cometa alguna infracción a los reglamentos de tránsito y circulación al manejar vehículos de motor, independientemente de la sanción que le corresponda si causa daños a las personas o a las cosas.

Es evidente que un reglamento de tránsito es inferior a la ley penal, y a pesar de ello, la consecuencia jurídica está condicionada al reglamento de referencia, pues hasta en tanto no se demuestre la existencia de la infracción la conducta será atípica.

Quintero Olivares apunta que “algunos autores entienden que únicamente puede admitirse la categoría problemática de la ley penal en blanco con relación a aquellas en las que la conducta punible está descrita en

una ley de naturaleza inferior a la ley penal²⁴”. La problemática radica en que el conocimiento de la antijuridicidad impone el principio de que las conductas ordenadas o prohibidas deben ser fácilmente conocidas por los súbditos de la ley, pero tratándose de las normas en blanco la conducta prohibida se encuentra en disposiciones de menor rango (administrativo) y por tanto hasta que punto le será exigible al destinatario de la norma que conozca no solamente la infracción de carácter administrativa sino que su comportamiento adquirió, además, el carácter delictivo.

En este sentido, consideramos que el legislador debe en lo sucesivo prescindir de las normas penales en blanco, porque la motivación producto de la amenaza de la pena, sólo surtirá sus efectos en la medida en que la materia de la prohibición este perfectamente establecida en la ley penal, de manera clara y precisa, de lo contrario el destinatario de la norma seguirá siendo susceptible de desconocer el mandato o la prohibición, conocimiento que resulta esencial para la formulación del juicio de reproche.

2.2. Estructura material de la norma penal

La esencia de la norma penal radica en las categorías básicas del Derecho penal que son las consecuencias jurídicas del delito, es decir, las

²⁴ Op. cit. *Curso de Derecho Penal*...p. 22.

penas y/o medidas de seguridad. En esta tesitura, coincidimos con Polaino

Navarrete quien apunta:

Solamente en virtud de la trascendencia de los momentos de valoración jurídica, que señalan la concreta toma de posición del legislador ante particulares categorías y modalidades del comportamiento humano, procede el establecimiento positivo de la penalidad de determinadas conductas, justificada por las exigencias de garantía y por los fines de justicia pretendidos por el Ordenamiento punitivo.

La nota característica del Derecho penal es la pena, instrumento punitivo con el que cuenta el Estado para prevenir ciertos comportamientos, y es precisamente ésta la que diferencia nuestra materia de otras disciplinas, pero dicha consecuencia tiene como presupuesto el delito que es el objeto de estudio de la Ciencia del Derecho Penal, y particularmente de la Teoría General del Delito, que se ocupa de las características que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito, teniendo como punto de partida el Derecho Penal positivo. En conclusión, los elementos que conforman la estructura material de la norma penal son los delitos, las penas y/o medidas de seguridad.

2.2.1. Delito

Según el artículo 7 del Código Penal Federal: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”. Esta es una definición formal porque carece de la dimensión estrictamente valorativa que representa el antecedente lógico de la prohibición y nada dice sobre los elementos que debe de tener esa conducta para ser castigada por la ley penal. De acuerdo con ello la definición del delito debe contener el desvalor de la acción, el desvalor del resultado (elementos que conforman el injusto), así como el juicio de imputación subjetiva (culpabilidad). En esta tesitura, Roxin advierte que:

Mediante el concepto formal de delito la conducta punible sólo es objeto de una definición en el marco del Derecho positivo, mientras que el concepto material de delito se remonta mas atrás del respectivo Derecho Penal codificado y pregunta por los criterios materiales de la conducta punible. Por tanto, el concepto material del delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio político criminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune²⁵.

¿Pero cuales son los criterios de selección de los bienes jurídicos que deben ser tutelados por el Derecho Penal? Cerezo Mir explica que las concepciones ético-sociales desempeñan un papel primordial, pues el Derecho

Penal castiga generalmente como delito las infracciones más graves de las normas de la ética social, dichas concepciones, comenta el autor, son cambiantes a lo largo de la historia y ello explica la diversa regulación de algunas figuras delictivas²⁶.

En efecto, los valores e intereses aceptados y, por ende, protegidos en un lugar determinado, se encuentran íntimamente ligados a una sociedad, pues si bien es cierto que hay valores universales que se encuentran tutelados en todo el mundo, como la vida, también lo es que existen diversos ilícitos cuya esencia es la protección de la moral, es decir, la apreciación de la conciencia, dicho de otro modo, resultado de la cultura; en este sentido, encontramos conductas que son perfectamente aceptadas en otras sociedades, mientras que en nuestro país son sancionadas con una pena privativa de prisión (alternativa), verbigracia el artículo 279 del Código Penal Federal, que prevé:

Se impondrá hasta cinco años de prisión o de ciento ochenta a trescientos sesenta días multa al que, estando unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo, contraiga otro matrimonio con las formalidades legales.

De lo anterior, se desprende claramente que en nuestro país no es, hasta el momento, socialmente aceptable la bigamia, cuando sabemos que en otras

²⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, 2ª. Edición, Madrid, España, 1997, p. 51.

²⁶ CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*. Editorial Tecnos, 5ª. Edición, Madrid, España, 1997, pp. 15-16.

partes del mundo no es considerado como delito, inclusive, en ciertos lugares esa conducta ni si quiera es sancionada jurídicamente (nulidad del segundo matrimonio), por el contrario, forma parte de la cultura, por ello, es verdad que las concepciones ético-sociales juegan un papel fundamental en la selección de los intereses o valores que son susceptibles de ser tutelados por el Derecho Penal.

Por otra parte, el delito es materialmente, la acción u omisión típica, antijurídica y culpable, de modo que se conforma por diversos elementos que están en una relación lógica necesaria. Sólo una acción u omisión puede ser típica, sólo una acción u omisión típica puede ser antijurídica y sólo una acción u omisión antijurídica puede ser culpable²⁷. Aunado a lo anterior, Cerezo Mir agrega que el delito, desde el punto de vista material, es una conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico y constituye una grave infracción de las normas de la ética social o del orden político o económico de la sociedad.

En cambio, el delito, en una primera aproximación sociológica, puede ser considerado como un comportamiento desviado respecto de determinadas normas de conducta, concepto que consideramos extremadamente amplio porque no todos los comportamientos que se pudieran calificar como

²⁷ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español*, Editorial Tecnos, 5ª. Edición, Madrid, España, 1997, p. 20.

desviados podrían catalogarse como delictivos, por consiguiente, no puede entenderse como una propiedad que corresponda a una acción considerada en sí misma, debido a que dicha calificación es el resultado del ejercicio del poder definitorio de la sociedad, a través del órgano legislativo, que decide y selecciona, de entre todos los comportamientos desviados, cuáles son los que, dada su importancia y el conflicto social especialmente grave que presentan, se van a controlar mediante el recurso de la pena²⁸. El legislador ha querido destacar en estas definiciones aquellos caracteres que le han parecido más relevantes y por ello calificarlos como delito, deduciendo las características generales comunes a todo delito, tarea que le corresponde propiamente a la dogmática jurídico penal²⁹.

En conclusión, el concepto del delito responde a una doble perspectiva: por un lado un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano y, por otro, es un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho. Al primer juicio se le llama injusto penal o antijuridicidad, y al segundo culpabilidad, responsabilidad o imputación personal³⁰.

²⁸ Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1993. p. 44.

²⁹ Sin embargo, no debemos soslayar que en algunos casos el origen legislativo no representa el poder definitorio de la sociedad, sino que obedece a intereses de carácter político, lo que se traduce en una práctica viciosa que debemos erradicar en un futuro próximo.

2.2.2. Pena

La pena es la más importante consecuencia del delito (acción u omisión típica, antijurídica y culpable). Cerezo Mir señala que la pena es una especie del género sanción jurídica; es la más grave de las sanciones del ordenamiento jurídico. La pena encuentra su justificación en el delito cometido y en la necesidad de evitar la comisión de nuevos delitos en el futuro; para el citado científico la pena ha de ser justa, adecuada a la gravedad del delito, pero además ha de ser necesaria para el mantenimiento del orden social, pues se trata de la justificación de la pena estatal³¹.

La pena coincide con la aparición del ser humano, pero fue hasta el Derecho Penal moderno cuando surgieron los discursos justificadores del ius puniendi, y a partir de la ilustración contamos con diversas definiciones, por ejemplo, Anton Oneca define la pena “como un mal que el Estado impone, por medio de sus órganos jurisdiccionales y con las garantías de un proceso destinado a este fin, al culpable de una infracción criminal”³².

Jorge Ojeda Velázquez considera que “la pena es la real privación o restricción de los bienes al autor del delito que el Poder Ejecutivo lleva a cabo para la prevención especial, determinada jurídicamente en su máximo por la

³⁰ En este sentido MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Op. cit. p. 213; y DAZA GOMEZ, Teoría General del Delito, editorial Cárdenas, México, D.F. 1999, p. 57.

³¹ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español*, Editorial Tecnos, 5ª. Edición, Madrid, España, 1997, p. 26.

punicción impuesta, y en su mínimo por ciertas condiciones temporales y personales del reo que la sufre.³³ Por su parte, Francesco Antolisei dice que “el vocablo pena es sinónimo de castigo, en general indica el dolor, el sufrimiento que se inflige a quien ha violado un mandato”³⁴. Para Estrada Vélez, “la pena es consecuencia obligada del delito y consiste en la supresión o limitación forzosa de bienes jurídicos impuesta por el Estado con finalidades pragmáticas”³⁵. La pena, según Rodríguez Devesa, “consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido el delito”³⁶. En palabras de Fernández Carrasquilla, la pena “es la principal consecuencia del hecho punible, como consecuencia, supone la existencia del delito (nulla poena sine crimen); como jurídica, exige su regulación por normas de derecho (nulla poena sine lege), y tiene como características, que el derecho es, jurídica, pública, judicial y proporcional; de hecho es afflictiva, costosa y necesaria, y, a pesar de todo, útil”³⁷.

Desde el punto de vista jurídico, ya señalamos con anterioridad, que el Derecho Penal constituye un sistema normativo a través de cual se regula el

³² GARCIA RIVAS, Nicolás, El Poder Punitivo en el Estado Democrático, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, España, 1996, P. 23.

³³ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, Derecho Punitivo, Editorial Trillas, México, 1990, p. 80.

³⁴ ANTOLISEI, Francesco, Manual de Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1988, p. 483.

³⁵ ESTRADA VÉLEZ, Federico, Derecho penal, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1986, p.343.

³⁶ J.M RODRIGUEZ DEVESA, Derecho Penal Español, Parte General, Madrid 1973, p. 732

delito como presupuesto y la pena como su consecuencia jurídica, sin embargo, en contraste a ello, Eugenio Raúl Zaffaroni sostiene que “el concepto de pena no puede proporcionarlo ningún discurso legítimamente, y tampoco puede quedar en manos del legislador. No puede haber un saber que aspire a cierta dignidad académica y cuyo ámbito dependa de un puro acto de poder político”³⁸. Desde esta perspectiva, el sistema penal es la manifestación del poder político, por lo que no procede pretender justificar la racionalidad de la pena, es decir, que no puede explicarse más que como una manifestación de ese poder, por ello, la falta de racionalidad en la pena conduce a que ésta no sea un instrumento idóneo para resolver conflictos, esto es, toda sanción jurídica o inflicción de dolor a título de decisión de autoridad que no encaje dentro de los modelos abstractos de solución de los conflictos de las otras ramas del derecho, es una pena, la cual, como ya se mencionó, es la nota distintiva del derecho penal. En esta tesitura, Zaffaroni define a la pena como “todo sufrimiento o privación de algún bien o derecho que no resulte racionalmente adecuado a alguno de los modelos de solución de conflictos de las restantes ramas del derecho”³⁹.

³⁷ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, Derecho Penal Fundamental, volumen II, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1989, pp. 114 y 115.

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, En busca de las Penas Perdidas, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1990, pp. 163-164.

³⁹ *Idem*, p. 166.

En cuanto a lo señalado por Zaffaroni, creemos que es un error aceptar que la pena es un instrumento de violencia institucionalizada en manos de las autoridades, pues sería tanto como desconocer los principios que limitan el poder punitivo del Estado, y en consecuencia, al Derecho Penal mismo.

Ahora bien, Santiago Mir Puig explica que “la teoría general del delito no hace sino establecer los presupuestos mínimos de lo punible, en otras palabras, traza los límites de lo que puede castigarse con una pena, lo cual depende de la función que la Constitución permita atribuir a la pena; y que tanto el delito como la pena, encuentran su fundamento en la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho”⁴⁰. Sin embargo, el problema del cuando castigar, implica grandes dificultades de legitimación. Ferrajoli dice que la respuesta que se da generalmente a esta pregunta por parte del pensamiento jurídico filosófico es la expresada por la máxima *nulla poena sine crimine*, la pena, según este principio formulado nítidamente en las célebres definiciones de Grocio, Pufendorf y Thomasius, es una sanción infligida *ob malum actionis*, o *antegressi delicti*, o *propter delictum*, esto es, aplicable cuando se haya cometido un delito, que constituye su causa o condición necesaria y del que se configura como efecto o consecuencia jurídica. Se trata del principio de retribución o del carácter de consecuencia

⁴⁰ MIR PUIG, Santiago, *Función de la Pena y Teoría del delito en el Estado Social y Democrático del Derecho*, Editorial Bosch, Barcelona, p. 17.

del delito que tiene la pena, que es la primera garantía del derecho penal y que, como escribe Hart, expresa no el fin sino justamente el criterio de distribución y de aplicación de las penas. Gracias a él la pena no es un prius, sino un posterius, no una medida preventiva o ante delictum, sino una sanción retributiva o post delictum⁴¹. Debe ponerse de manifiesto, que las consideraciones de Hart respecto al fin de la pena serán analizadas más adelante, aquí se pretende destacar fundamentalmente la naturaleza de la pena, por ello, debemos distinguir entre la justificación, fundamento, finalidad y la función de la pena. Gracia Martín señala que “la pena es sin duda una consecuencia jurídica del delito específicamente penal. Su fundamento es el delito cometido y sus fines son los de la Prevención General y Especial”⁴². En definitiva, el problema de la legitimación o fundamentación de la pena estatal es el más discutido actualmente en la ciencia jurídico penal, tema del cual nos ocuparemos posteriormente.

Desde nuestro punto de vista, la pena es, efectivamente, la privación de bienes jurídicos o restricción de derechos prevista en la ley, impuesta coactivamente por el Estado al responsable de un hecho delictivo. Consideramos que es la forma más grave de reacción de que dispone el

⁴¹ FERRAJOLI. Luigi, *Derecho y Razón*, Teoría del garantismo penal, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 368.

⁴² GRACIA MARTÍN Luis, BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel, ALASTUEY DOBON, M. Carmen, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Español*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1996.

ordenamiento jurídico y no importando cual sea la finalidad de aplicar una pena, siempre será materialmente un castigo⁴³.

2.2.3. Medidas de Seguridad

Las medidas de seguridad son también una consecuencia jurídica del delito, empero, a diferencia de la pena, éstas no siempre constituyen un castigo para el delincuente, pues algunas medidas de seguridad consisten en tratamientos correctivos (curativo, psiquiátrico, desintoxicador, educativo, etc.).

La finalidad de las medidas de seguridad es preventivo especial, y su fundamento es la peligrosidad criminal, en cambio, la pena tiene como fundamento la culpabilidad del autor y se enfoca hacia la prevención general.

Las medidas de seguridad son, en palabras de Landrove Díaz, “la privación de bienes jurídicos, que tiene como fin evitar la comisión de delitos y que se aplican en función del sujeto peligroso y se orientan a la prevención especial”⁴⁴.

El desarrollo científico de las medidas de seguridad, inicia a partir de la propuesta de Carl Stooss en el Anteproyecto de Código Penal Suizo de 1893,

⁴³ Bienes jurídicos entendidos como los intereses o valores protegidos por la Constitución Política del los Estados Unidos Mexicanos, por ejemplo, el artículo 14 constitucional protege la libertad, la propiedad, etc.

⁴⁴ LANDROVE DIAZ, Gerardo, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Editorial Tecnos, 4ª. Edición, Madrid, España, 1996, pp. 112-113.

consistente en un sistema doble de consecuencias jurídicas del delito, se habla de un sistema dualista, y esto, se deriva de las teorías de la unión que dan un enfoque diferente al fin de la pena, puesto que una vía diferente (medida de seguridad) solo era posible en tanto se reconociera que junto al principio legitimante de la justicia pueden admitirse otras intervenciones del Estado basadas en la utilidad en contraste con un Derecho Penal fundado en la idea de las teorías absolutas.

La esencia de la medida de seguridad no es retributiva, porque no responde al reproche de culpabilidad; no tiene su esencia vinculada al pasado (culpabilidad del agente), sino al futuro (la peligrosidad del sujeto)⁴⁵. Sin embargo, Cerezo Mir señala, con razón, que en la moderna Ciencia del Derecho Penal se estima que no bastan las consideraciones utilitarias para justificar las medidas de seguridad y reinserción social, es preciso que tengan una justificación ética, y para reforzar lo anterior, Cerezo Mir cita a su maestro Welzel, quien considera que las medidas de seguridad se basan en el principio ético social de que sólo puede participar sin restricciones en la vida social aquél que es capaz de regirse por las normas de la comunidad. La libertad exterior encuentra únicamente justificación en la libertad interior, es decir, en la capacidad de regirse por las normas de la ética social. Cuando esta

⁴⁵ Ibidem. p. 112.

capacidad falta, como en los enfermos mentales, o está considerablemente disminuida como consecuencia de las disposiciones, vicios o hábitos, el sujeto no puede exigir la plena libertad exterior. La medida de seguridad estará en estos casos éticamente justificada si la disminución de la libertad exterior no es superior a la disminución de la libertad interior del sujeto. A este criterio general se añaden, según Welzel, otros también de carácter ético como el derecho y el deber del Estado de curar y ayudar a los enfermos mentales o a los drogadictos y de educar a los menores y a los vagos⁴⁶.

No obstante lo anterior, estamos convencidos de que las diferencias entre penas y medidas de seguridad son teóricas, en cuanto a los menores infractores se refiere (delincuencia juvenil), pues en la práctica observamos que tanto la pena de prisión como la medida de internamiento, restringen la libertad personal, razón por la que creemos que en estos casos la medida de seguridad es la privación de un derecho fundamental al igual que la pena, por tanto, ambas consecuencias jurídicas cumplen materialmente la misma función (prevención general y especial), y por ello, afirmamos que esto es simplemente un problema de etiquetamientos.

El discurso jurídico de la peligrosidad, legitima la aplicación de una medida de seguridad, a quien realiza un injusto penal (conducta típica y

⁴⁶ Véase en *Curso de Derecho Penal*...p. 36.

antijurídica), dado que a pesar de haber acreditado la realización del hecho, no se puede juzgar, y mucho menos reprochar, a un sujeto que no tiene la capacidad de comprender la norma y conducirse conforme a esa comprensión, o aquél que no tuvo posibilidad de motivarse por la norma, en virtud de que la desconocía (error de prohibición), y tampoco en los casos en que la voluntad del sujeto se encuentra coaccionada (no exigibilidad de otra conducta), pero sólo la primera de las tres hipótesis, esto es, por inimputabilidad, es procedente la aplicación de una medida de seguridad.

En conclusión, la realización del injusto penal por un inimputable es igual a una medida de seguridad, las restantes hipótesis tienen como consecuencia la atenuación o en su caso la exclusión de la pena, y la suma de el injusto más culpabilidad da como resultado la aplicación de una pena y/o medida de seguridad⁴⁷.

2.3. Contenido de la norma penal

Durante la evolución de la teoría del delito, el contenido de la norma penal ha sido distinto y sus consecuencias trascendentales, precisamente porque no nos referimos al concepto sino al carácter con el que se entienda la

⁴⁷ La fórmula de referencia es expuesta por el Dr. Carlos Daza Gómez en su cátedra de teoría del delito, dicha fórmula se reduce a establecer que injusto penal es igual a medida de seguridad y que injusto más culpabilidad es igual a pena, fórmula que tiene, según el profesor Daza, un fin exclusivamente didáctico, pues

norma, ya sea como imperativo (mandatos o prohibiciones) o simplemente regulador de situaciones o estados y tenga una función valoradora por un lado y motivadora por el otro. El contenido de la norma penal es el fundamento de la construcción de la Teoría del Delito, por consiguiente, podemos afirmar que durante las transformaciones de los sistemas dogmáticos (causalismo-finalismo), se han desarrollado principalmente dos perspectivas de la norma penal. Mientras los causalistas se basaron en la teoría de la norma de valoración y la norma de determinación, los finalistas establecieron el regreso a la teoría de los imperativos.

Emanuel Kant, en su obra intitulada la "Metafísica de las Costumbres," establece que la norma es una orden a la que se debe obediencia, sin tomar en consideración la consecuencia jurídica prevista para el incumplimiento del deber de obediencia surgido de la misma. Esta orden, es la prohibición o el mandato de una acción como tal, sin ninguna referencia del agente a la consecuencia jurídica que se conecta a la acción como su condición, por ejemplo, "no mates" o "ayuda a quien se encuentre amenazado de un peligro cualquiera". La violación de estas normas, genera el derecho del Estado a sancionar con una pena al autor de la infracción. A diferencia de la norma penal, la ley penal establece no sólo qué infracciones el Estado se obliga a

pretende resaltar la distinción entre los dos juicios de valoración de los que se conforma el delito, y clarificar el discurso justificador de la medida de seguridad.

sancionar, sino también qué otras circunstancias pueden condicionar la excepción al Derecho penal subjetivo del Estado, por ejemplo; el artículo 387 del código penal establece: "...Al que compre una cosa mueble, ofreciendo pagar su precio al contado y rehuse, después de recibirla, hacer el pago o devolver la cosa, si el vendedor le exigiere lo primero dentro de quince días de haber recibido la cosa el comprador"; en este sentido la norma dice que debes pagar por la cosa que se recibe en una compraventa, sin embargo, el hecho no es punible según ese precepto si la cosa no fue requerida dentro de los 15 días, de modo, que una circunstancia de tiempo condiciona el derecho penal subjetivo del Estado de sancionar la infracción de la norma, toda vez que en la integración de la averiguación previa el Ministerio Público siempre requiere los elementos de prueba que acrediten que al presunto responsable se le solicitó el pago de la cosa mueble o su devolución (testigos, cartas, etc.), es por ello que se distingue entre la condición de la infracción de la norma (delito), y las condiciones especiales del ejercicio del ius puniendi (condiciones objetivas de punibilidad).

En consecuencia, en cada una de las categorías que conforman el delito se conciben reglas con excepciones respectivamente, por ejemplo; la exclusión de la pena por la intervención de una norma permisiva (causas de justificación) o por la incapacidad del autor de comprender el deber surgido de

la norma (inculpabilidad), o bien por la concurrencia de una excepción del ius puniendi (excusa absoluta).

En este orden de ideas, las prohibiciones y los mandatos van dirigidos a los ciudadanos, ello significa que el que no conoce la norma no puede transgredirla, en consecuencia, la conciencia de la antijuridicidad es un elemento fundamental del delito, sin distinguir entre el ilícito y la culpabilidad por ser innecesario.

No obstante lo anterior, una de las críticas a la teoría de los imperativos fue respecto de la libertad del destinatario de la norma para decidir sobre el cumplimiento de la orden o sobre su transgresión, ¿Cómo comprobar la libertad de elección entre lo bueno y lo malo? (libre albedrío) ¡imposible!, por ello, la pena no es la que retribuya el mal por el mal libremente causado sino la que permita defender a la sociedad de la lesión de sus bienes jurídicos, se debe sancionar tanto al que comprendió la norma como al que no, si con ello se protegen intereses fundamentales. Desde esta perspectiva, carece de importancia el imperativo de la norma lo que importa es la significación del hecho para la sociedad, por eso se constituye como un juicio de valor. Pero este punto de vista se impuso parcialmente porque no todos estaban de acuerdo con la teoría de la pena en la que se fundamentaba (teoría de la prevención especial Von Liszt), el justo medio propuesto por Eb. Schmidt y

Mezger, deriva de las denominadas teorías de la Unión que permitieron mantener el concepto clásico de culpabilidad al ser una postura ecléctica (imperativos y juicio de valoración), por tanto, la norma penal sería una norma de valoración por lo que respecta a la ilícitud, y al mismo tiempo una norma de motivación para la culpabilidad.

2.3.1. Carácter valorativo o imperativo de la norma penal

En cuanto a la esencia de la norma penal, se discute ampliamente por la doctrina si es valorativa o axiológica, imperativa o ambas. Entendida como valorativa, dice Luzón Peña, la norma penal expresa un juicio de valor, negativo cuando es una norma completa, incluyendo la ausencia de causas de justificación, sobre determinadas acciones o sus resultados, sin que sea relevante la pena, por eso, se habla de un desvalor sobre ciertas conductas (robo, violación, etc.), consideradas lo suficientemente graves como para merecer la penas previstas para ellas⁴⁸.

Por el contrario, entendida como imperativa, esto es, como norma de determinación, es la expresión de un mandato o prohibición que pretende determinar o motivar a sus destinatarios para que no violen la norma, de modo que implícitamente la norma nos dice “no debes matar”, “no defraudes”, “no robes” etc. Pero también la norma penal puede entenderse como una

combinación de las anteriores. La verdad es que en la doctrina penal nadie niega que las normas punitivas sean normas de determinación (imperativas), sino únicamente se discute si operan de ese modo la antijuridicidad, o sólo en la culpabilidad; mientras que unos ponen mayor énfasis en el aspecto imperativo, otros lo hacen el aspecto valorativo⁴⁹.

2.3.1.1. La norma como regla de determinación

Cuando se habla de una norma de determinación se refiere a los imperativos dirigidos a los ciudadanos, es decir, lo mandatos o prohibiciones que se desprenden implícitamente de los tipos penales junto con las causas de justificación (elementos negativos del tipo). La teoría imperativa, sostiene Mir, interpreta la norma penal como norma de determinación, esto es, como mandato o prohibición dirigida al ciudadano⁵⁰.

⁴⁸ *Curso de Derecho Penal...* cit. p. 64.

⁴⁹ En este sentido, Polaino Navarrete afirma que en la estructura de las normas jurídico penales es de reconocer, junto al aspecto determinativo de la voluntad de los sujetos destinatarios de las mismas de actuar en un sentido o en otro, una dimensión valorativa, que en la dinámica de la norma cronológicamente precede al estadio de la determinación. Tal precedencia cronológica comporta además una consecuencia dogmática, en el sentido de que sólo sobre la base de la constatación de un injusto típico atribuible a la manifestación de la voluntad de un sujeto puede asentarse el juicio personal de reproche normativo de la culpabilidad, dirigido a ese sujeto precisamente en virtud del comportamiento antijurídico del mismo. Ahora bien, en el plano valorativo que se halla en la base de toda norma penal es preciso, además, distinguir una doble dimensión, en la que la función del legislador se diversifica. De un lado, la valoración de conductas social y jurídicamente desvaloradas, que sustentan en sí el juicio de la antijuridicidad o de la contrariedad a las normas objetivas del Derecho. De otro lado, la valuación de los objetos jurídicos sobre que las indicadas conductas típicas inciden: es decir, valoración de bienes materiales o inmateriales a que afectan los comportamientos descritos en los tipos legales, y a los que se refiere directamente la protección conferida por las normas jurídico penales, en tanto son consideradas como objeto de la misma. Cfr. Derecho Penal, Parte General, Fundamentos Científicos del Derecho Penal, Barcelona, 1996, pp. 98-99.

⁵⁰ Cfr. Mir, José, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, editorial Tecnos, Barcelona, 1976, p. 59.

En este sentido la norma de determinación⁵¹ la entendemos como una pauta de conducta dirigida a los ciudadanos.

Las concepciones “imperativistas”, señala García Rivas, tampoco se oponen radicalmente -ni podrían hacerlo- a la dimensión valorativa de la norma, es decir, a que si algo se prohíbe u ordena por parte del legislador ello se debe a que, con anterioridad, ese algo, (la conducta humana expresada en la norma) ha sido objeto de una valoración, negativa (conectada a la prohibición) o positiva (ligada al mandato)⁵². Lo anterior, nos lleva a concluir que la polémica de que si la norma es determinación o valoración, actualmente es nula, en virtud de que la doctrina dominante acepta que esos dos aspectos son necesariamente concurrentes. En este sentido Maurach afirma:

El Derecho impera, pero no existe imperativo sin fundamento. Cuando el ordenamiento jurídico ordena hacer una cosa y omitir otra, antes, evidentemente, ha examinado el valor de la acción y ha reconocido una cosa como buena y otra como mala. En este sentido se habla de una función de valoración y de una función de determinación del Derecho, estando fuera de dudas el que corresponde a la primera la preferencia en el tiempo y en la lógica⁵³.

⁵¹ La tesis que considera la norma como regla de determinación o imperativo tiene su origen científico en una concepción voluntarista del Derecho, apreciable en antiguos pensadores como Alfonso de Castro, y más tarde en los representantes de la escuela racionalista del Derecho Natural. En tiempos recientes, y en el concreto ámbito de nuestra ciencia, la tesis fue defendida por Thon y Von Ferneck. Para ellos el Derecho no es más que un conjunto de imperativos, destinados a plegar la voluntad de quien a ellos se resista. Esta posición ha sido favorablemente acogida en amplios sectores de la doctrina italiana, y entre la alemana, es defendida por Engisch. Quintero Olivares, Op. cit. p. 16.

⁵² Op. cit. p. 20.

⁵³ MAURACH, Reinhard, *Tratado de Derecho Penal*, trad. Cordoba Roda, Barcelona, 1962, p. 357.

Pero las críticas más profundas a la postura que considera a la norma como regla de determinación, según Quintero Olivares, no se instrumentan sobre el dudoso origen del imperativo, sino sobre las consecuencias que tiene el concebir el Derecho como conjunto de mandatos. Si ese es el único contenido del Derecho, resulta imprescindible que los destinatarios del imperativo conozcan el contenido del mismo, como consecuencia de la férrea y exclusiva subjetivización de la norma respecto al súbdito. Y la realidad nos dice que no sucede así. Si el injusto sólo pudiera determinarse por infracción del imperativo, no hay manera de explicar por qué es injusto el comportamiento de aquellos que, como los niños o los incapaces, no pueden conocer ni seguir el mandato, pues el mandato subjetivo no puede dirigirse a quien no puede captarlo y entenderlo, y, en virtud de ello, los actos de esos sujetos de deberán ser reputados contrarios a la norma⁵⁴.

2.3.1.2. La norma como juicio objetivo de valoración

En contraposición a la tesis antes mencionada, hay quienes consideran que la norma tiene un exclusivo carácter de valoración. Estando la norma integrada por un juicio objetivo de valoración, puede ir referido a todo, tanto conductas de imputables como de inimputables, motivo por el cual estos últimos si pueden realizar el injusto de conformidad a la naturaleza objetiva de

⁵⁴ Op. cit. p. 17.

la antijuridicidad. Es norma de valoración en un doble aspecto según Luzón

Peña:

Primero, en cuanto que valora un determinado bien como digno de protección jurídica y, en segundo lugar, en cuanto que desvalora en consecuencia la conducta que en determinadas circunstancias ataca tal bien jurídicamente protegido, y por ello, también el orden jurídico; y se desvalora no sólo la producción de una situación jurídicamente indeseable (desvalor del resultado o, en su caso –delitos de mera conducta- desvalor del hecho), sino también el modo de comportarse y la existencia o no de conocimiento y voluntad en esa situación de la producción indeseable (desvalor –objetivo y subjetivo- de la acción)⁵⁵.

Por tanto, sería de valoración si se limitase a expresar un juicio de valor, positivo o negativo, sin imponer ningún imperativo dirigido a su destinatario⁵⁶. Ahora bien, no debemos confundir lo relativo a las normas primarias y secundarias, éstas deben entenderse como un imperativo, las primarias están destinadas a apelar a la motivación del ciudadano para prohibirle o mandarle, las normas secundarias refuerzan esta motivación mediante la amenaza de la pena, por el contrario cuando nos referimos a una norma de valoración se trata de un momento interno en el marco del poder legislativo, por lo que precede el imperativo la valoración negativa de la conducta prohibida u ordenada.

⁵⁵ Op. cit. p. 67.

⁵⁶ Mir Puig, Op. cit. p. 31.

2.4. Función de las normas penales

La función que se le asigna a la norma penal puede ser diversa dependiendo del plano filosófico jurídico y político criminal, por lo que en ésta recae la esencia del Derecho Penal, que es definido, como ya mencionamos anteriormente, como uno de los instrumentos de control social inmerso en un complejo sistema social. Al respecto, García Rivas comenta que las funciones asignadas a la norma penal deben situarse en paralelo con dicha reflexión (las concepciones de la pena son fruto de la reflexión del hombre situado en el seno de su propia sociedad, constituyendo por tanto un problema histórico social), pues es notorio que la especificidad del Derecho Penal como instrumento de control social viene afirmada precisamente en razón del predominio de la pena como respuesta al comportamiento desviado⁵⁷.

Al margen de lo anterior, debe ponerse de manifiesto que no siempre el sistema social tiene como finalidad prioritaria la protección de los bienes jurídicos de la mayoría, me explico, la norma penal puede ser utilizada por ejemplo en un sistema totalizador, anarquista, o comunista, sin embargo, sistemas sociales con perspectivas ideológicas tan divergentes, implican necesariamente que una norma funcional para un sistema, puede ser

⁵⁷ Cfr. García Rivas, Op. cit. pp. 25-26.

disfuncional para otro y viceversa; empero, como acertadamente aclara Muñoz Conde, el concepto de función es demasiado neutro, hay que precisarlo más y preguntar, no por la función de la norma penal respecto a un determinado sistema ideológico, sino por la función de la norma penal respecto a la convivencia humana, que es el fin y al mismo tiempo la base de todo sistema social. El conclusión, dice Muñoz conde, en tanto que la norma penal posibilite una mejor convivencia será funcional, cuando se convierta en perturbadora de esa convivencia será disfuncional⁵⁸.

2.4.1. Función motivadora

La función de la norma penal es precisamente uno de los puntos esenciales para el estudio de cuestiones dogmáticas y político criminales. La función de un orden social, afirma Kelsen, es regular la conducta mutua entre los individuos -inducirlos a comportarse de un modo determinado, a actuar o abstenerse de actuar-⁵⁹.

Las normas penales desarrollan una función motivadora que esta indisolublemente unida a la función de protección de los bienes jurídicos, son funciones inseparables y complementariamente recíprocas de la norma penal, no obstante ello, para efectos didácticos, dividiremos su estudio.

⁵⁸ Op. cit. p. 57.

⁵⁹ Cfr. García Rivas, Op. cit. p. 26.

Motivar a los destinatarios de la norma penal implica incidir en su comportamiento para que se abstengan de lesionar o poner en peligro un bien jurídico. En este último sentido, puede considerarse a las normas penales como normas de determinación: Esta consideración se acomoda a la naturaleza del derecho Penal como instrumento de control y dirección social y es coherente con las exigencias preventivas que en el campo penal impone el Estado Social y Democrático de Derecho⁶⁰. En este sentido Miguel Polaino Navarrete señala:

La determinación de la voluntad subjetiva a actuar de una forma u otra, sobre la base del reconocimiento de la necesidad de la salvaguarda de los objetos portadores de valor, asume una esencial naturaleza jurídico normativa: no han de asumir los presupuestos éticos e ideológicos y las aspiraciones o creencias personales del sujeto, en cuanto tales, en las categorías conceptuales dignas de reconocimiento y tutela por el legislador penal⁶¹.

Por su parte, García Rivas sostiene que “los distintos tipos de órdenes sociales se caracterizan por la motivación específica a la que el orden recurre para inducir a los individuos a comportarse como se desea”⁶². En otras palabras, significa que las pautas que rigen el comportamiento del hombre en

⁶⁰ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis, FERRE OLIVE, Juan Carlos, GARCIA RIVAS, Nicolás, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Praxis, Barcelona 1996, p. 8.

⁶¹ Op. cit. pp. 99-100.

⁶² Op cit. p. 26.

sociedad están previamente establecidas por el Estado y a partir del marco social, creo hay que analizar la función de motivación.

La teoría de la motivación es desarrollada por Enrique Gimbernat, quien a su vez se apoya en la teoría del psicoanálisis de Freud, considerando que el concepto del super yo puede explicar la referida motivación en el campo del derecho penal.

De la misma manera que la conciencia, dice Freud, el Super-Yo del niño se forma reaccionando con la privación del cariño (con el castigo) ante el comportamiento prohibido y con el otorgamiento de cariño ante el comportamiento deseado, expresado más correctamente: se forma mediante la introyección por el niño de esas exigencias y deseos que le dirigen, así también la sociedad tiene que acudir a la amenaza con una pena para conseguir –creando miedos reales que luego son introyectados de generación en generación mediante el proceso educativo– que se respeten en lo posible las normas elementales e imprescindibles de convivencia humana⁶³.

Al respecto, es importante concluir que el proceso de actuación de la norma penal consiste en pretender mediante la amenaza de aplicar una pena que el destinatario de la norma asimile las directrices de comportamiento emanadas de la misma, en las que van implícitos bienes jurídicos tutelados, y

por esta razón se abstenga de lesionar o poner en peligro dichos bienes. En segundo lugar, consideramos que el Derecho Penal tiene la función de proteger bienes jurídicos y ésta se cumple precisamente porque la norma tiene carácter coactivo lo que se vislumbra con la consecuencia jurídica que recae sobre quien viola dicha norma⁶⁴. Como principal acto coactivo de la autoridad estatal aparece la pena que, como elemento integrante de la norma penal, influye en el proceso de motivación. Sostenemos que la función de motivación de la norma penal es general en primer lugar pero su eficacia radica en la fase individual, cuando un sujeto después de haber cometido un delito, introyecta un patrón de comportamiento, con el cual se logra evitar la reincidencia. La función de motivación general y especial están íntimamente relacionadas y en la mayoría de las ocasiones coinciden. La función de motivación se desprende del tipo penal, pues es en éste en el que se contemplan los elementos que

⁶³ GIMBERNAT ORDIGEIG, Enrique, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, en Estudios de Derecho Penal, 3ª. Edición, Madrid, 1990, p. 140 ss. Sobre el tema vid. Berdugo de la Torre, *Lecciones de Derecho Penal Op. cit.*, p. 8.

⁶⁴ La polémica doctrinal sobre el carácter de la norma penal, no tiene, como hemos visto ya en parte, un mero valor teórico sino que trae consigo importantes consecuencias prácticas en la orientación política criminal del Derecho Penal, la concepción valorativa o imperativa de la norma penal repercute fundamentalmente en dos campos: en la función de la pena y en la teoría del delito. Esto quiere decir que con la concepción imperativa de la norma es más coherente asignar al Derecho Penal, y por tanto a la pena, la función de protección de bienes jurídicos a través de la prevención de delitos, que una función puramente retributiva. Entendida la norma como imperativo, la función que a ésta le corresponde es la de motivar en contra del delito; esto es, la de prevenir delitos como forma de protección de bienes jurídicos. Por el contrario, entendida la norma esencialmente como valorativa, la función retributiva de la pena aparecerá en primer plano, la pena se entenderá como manifestación del desvalor por el hecho desvalorado cometido, es decir, pura retribución. Por lo que se refiere a las repercusiones en la teoría del delito, con la concepción imperativa de la norma, el dolo constituye el elemento central del hecho antijurídico, y se considera como momento subjetivo de desobediencia: el dolo es la negación más grave -menor en la imprudencia- del imperativo de la norma primaria que opera apelando a su motivación y conminándole a decidirse en contra del delito. Luzón Peña, *Curso de Derecho penal*, Op cit. p. 68.

fundamentan el contenido material del injusto. A partir de esta categoría sistemática se puede saber cuáles son los comportamientos prohibidos o mandados. Al proceso de motivación pertenecen, la evitabilidad y previsibilidad de un resultado, que deben ser tenidas en cuenta por el legislador al momento de determinar la materia de la prohibición; el legislador sólo puede prohibir o tipificar las formas de conducta dolosas o imprudentes, lo que no puede hacer es amenazar con una pena la causación imprevisible e inevitable de un resultado típico. La motivación hacia un determinado comportamiento no se efectúa de modo aislado, sino en el marco de una serie de valores, por ello, en los supuestos en que el bien jurídico no está interiorizado, la abstención de delinquir es consecuencia de la amenaza de una pena.

2.4.2. Función de protección

La norma jurídico penal, afirma Luzón Peña, “no tiene una función de mero control social (de conductas desviadas) o, aún peor, de pura dominación o represión, sino que cumple o intenta cumplir la función de protección de bienes jurídicos importantes, esto es, de las condiciones indispensables de la convivencia social frente a ataques graves y, a través de ello, de la protección

de la sociedad mediante la prevención de delitos⁶⁵. La postura de proteger bienes jurídicos como función de la norma penal no es algo nuevo, Von Liszt manifestó en su momento:

Todo derecho existe para el hombre. Tiene por objeto la defensa de los intereses de la vida humana. El derecho es, por su naturaleza, la protección de los intereses; la idea de fin da fuerza generadora al Derecho... Nosotros llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital al bien jurídico... Las normas del orden jurídico, mandando y prohibiendo, presentando una determinada acción bajo supuestos determinados, son la muralla de defensa de los bienes jurídicos... Bien Jurídico y Norma son los dos conceptos fundamentales del Derecho⁶⁶.

Actualmente la doctrina dominante en materia penal, tiene como punto de partida el bien jurídico, y la finalidad es precisamente su protección, sin embargo, nuevas tendencias como el funcionalismo sistémico dejan aún lado el concepto de bien jurídico por considerar de mayor importancia el interés social. Por nuestra parte, creemos que ésta última postura desarrollada por el funcionalismo radical de Günther Jakobs, es consecuencia de la aplicación de un sistema social que no tiene, a nuestro modo de ver, cabida en una ciencia social, pues los valores que pretenden ser sustituidos por el funcionalismo en

⁶⁵ Op. cit. p. 68.

⁶⁶ VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, (3 tomos), trad. Jiménez de Asúa, Madrid, 1916, p. 2 ss.

comento, implican que unos cuantos (quienes detentan el poder) determinan de manera arbitraria lo que es funcional, correcto o idóneo para la conservación de un Estado de Derecho, discurso que puede ser perfectamente adaptado por un sistema totalitario, por ello, consideramos que debemos defender como una de las funciones de la norma penal (como la más importante) la de protección del bien jurídico. El fin del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos y su intervención se justifica cuando fracasan los medios protectores que deparan otras ramas del ordenamiento jurídico.

2.4.3. Función de control social

Recientemente la ciencia del derecho penal en sentido amplio, dentro de las que se incluyen todas las disciplinas que se encargan de estudiar y pretenden prevenir o erradicar el fenómeno criminal (dogmática jurídico penal, criminología y política criminal), empiezan a considerar, discutir y analizar las posturas fundamentalmente sociológicas que sostienen que la misión y función de las normas penales es el control social. La noción del control social es un concepto sociológico manejado con diversas acepciones, desde principios de siglo en la sociología norteamericana, entendiéndose actualmente como desviación, como control o reacción en contra de la

conducta desviada, valorando el control social como un instrumento fundamental para mantener la convivencia pacífica en sociedad. Al respecto, Luzón Peña señala que “el concepto de control social es vago y ambiguo: tanto puede utilizarse en el sentido expuesto, como mecanismo, más o menos razonable, de control de la sociedad sobre sus miembros para evitar infracciones, como puede significar control que algunos grupos (dominantes) o miembros de la sociedad ejercen sobre ésta, es decir, mecanismos más o menos burdos de poder y dominación”⁶⁷. En la última década de este siglo hemos podido observar con mayor claridad, que una práctica común es el utilizar al derecho penal como un instrumento de venganza política, rompiendo con el contexto del marco normativo y violando de forma flagrante los principios que limitan el poder punitivo del Estado. Son precisamente estos últimos los que debemos conservar, proteger y defender, no podemos permitir que el factor político esté por encima de una resolución judicial dictada conforme a Derecho, el abuso del Derecho Penal tiene como consecuencia necesaria la inseguridad jurídica y aunada a ella el incremento de la criminalidad en su esfera especializada (delincuencia organizada). Ahora bien, el contenido de la función de motivación se adapta plenamente a la consideración del Derecho Penal como medio para realizar el control social y

⁶⁷ Op. cit. pp. 70-71.

como medio para incidir en la evolución del sistema social, ya que es evidente que todos los instrumentos de control social, por su propia naturaleza, conllevan una pretensión de incidencia sobre los comportamientos de los miembros de la comunidad donde actúan.

II. LA FUNCION DEL DERECHO PENAL

La misión del Derecho Penal es la de proteger los bienes jurídicos del ciudadano y de la comunidad, es decir, la protección de la vida, la libertad, la salud, la propiedad la existencia del Estado, por ello, la meta suprema de la pena es preservar a la sociedad de los comportamientos que le son nocivos y proteger los valores elementales para hacer posible la convivencia pacífica de los seres humanos, sin embargo, la idea de la protección de los bienes jurídicos en la actualidad se cuestiona, en virtud de la existencia e incremento de delitos; dicha protección se está apartando del hecho punible cometido y del bien jurídico ya lesionado, puesto que tiende a la prevención del comportamiento futuro del delincuente, y esto es precisamente lo que se debe de armonizar, ya que ésta es la que debiera ser la función de la pena.

En este sentido, la principal función del Derecho Penal (la protección de bienes jurídicos a través de la prevención del delito con los medios más adecuados para ello), se ha dejado de cumplir; a pesar de que es una de las

como medio para incidir en la evolución del sistema social, ya que es evidente que todos los instrumentos de control social, por su propia naturaleza, conllevan una pretensión de incidencia sobre los comportamientos de los miembros de la comunidad donde actúan.

II. LA FUNCION DEL DERECHO PENAL

La misión del Derecho Penal es la de proteger los bienes jurídicos del ciudadano y de la comunidad, es decir, la protección de la vida, la libertad, la salud, la propiedad la existencia del Estado, por ello, la meta suprema de la pena es preservar a la sociedad de los comportamientos que le son nocivos y proteger los valores elementales para hacer posible la convivencia pacífica de los seres humanos, sin embargo, la idea de la protección de los bienes jurídicos en la actualidad se cuestiona, en virtud de la existencia e incremento de delitos; dicha protección se está apartando del hecho punible cometido y del bien jurídico ya lesionado, puesto que tiende a la prevención del comportamiento futuro del delincuente, y esto es precisamente lo que se debe de armonizar, ya que ésta es la que debiera ser la función de la pena.

En este sentido, la principal función del Derecho Penal (la protección de bienes jurídicos a través de la prevención del delito con los medios más adecuados para ello), se ha dejado de cumplir; a pesar de que es una de las

obligaciones del Estado (garantizar, intervenir para prevenir el fenómeno de criminalidad y combatirlo), este objetivo primordial no será susceptible de alcanzarse mientras exista una política criminal inadecuada para la realidad social que se vive en nuestra comunidad, en un momento histórico determinado.

Por consiguiente, la pena, según Santiago Mir Puig, “es uno de los instrumentos más característicos con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas, y su función depende de la que le asigne el Estado”,⁶⁸ por ejemplo, bajo la vigencia del Derecho Penal Liberal en España se atribuye a la pena tanto una función de prevención de los delitos, como la retribución por el mal cometido, fueron Manuel Kant y Federico Hegel, los dos máximos exponentes de la filosofía liberal, quienes sostenían una concepción absolutista de la pena como exigencia absoluta de justicia, sin embargo, la pena se convirtió, como atestigua la historia, en un arma de represión utilizada por el Estado y dirigida a la sociedad, convirtiéndose la eficacia de la pena en un desastre penal, que resurge y acontece actualmente en nuestro país, por citar un ejemplo, todas las reformas penales de 1994 al presente año, han sido con el objeto de proporcionar al Estado más facultades para sancionar, trayendo como consecuencia la creación injustificada de tipos penales (para

⁶⁸ MIR PUIG, Santiago, Política Criminal y Reforma del Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1982, p. 67.

combatir supuestamente la delincuencia organizada⁶⁹); errónea política criminal que ha saturado de asuntos al poder judicial y ha incrementado la población penitenciaria. Este es un claro ejemplo del peligro que encierra un derecho penal concebido como instrumento de control social, por lo que es necesario que la pena preventiva se someta a un control riguroso y con la pauta de una idónea política criminal. Cuando se alude al *ius puniendi* estatal, según Morillas Cueva “se emplean para exteriorización diferentes expresiones jurídicas de naturaleza subjetiva, como las de capacidad, poder, facultad, deber u obligación, derecho subjetivo, potestad, etcétera. En el campo penal se polemiza mayoritariamente con tres de ellas: Poder, potestad y derecho subjetivo⁷⁰”.

En virtud de lo anterior, es importante asegurar que el *ius puniendi* sea un servicio real a todos los ciudadanos; el Derecho Penal en un Estado de Derecho debe garantizar la protección efectiva a todos los que forman parte de

⁶⁹ Una de las disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, obliga al órgano jurisdiccional a resolver la petición de orden de aprehensión en el plazo de 24 horas, tiempo que resulta insuficiente para estudiar adecuadamente un asunto que por su propia naturaleza es relevante, además de que por obvias razones no se trata de un solo inculpado sino de varios sujetos a los que se les imputa además de estar organizados la comisión de otros delitos, y a pesar de ello, el Juez está obligado bajo la amenaza de incurrir en responsabilidad, incluso penal, a resolver en ese corto término, ello conduce a la autoridad judicial a emitir una resolución deficiente, en el sentido de que no se resuelve con miras a la justicia, sino en la mayoría de los casos a cumplir en los mejores términos con la representación social, esto es, concediendo la orden de aprehensión solicitada. En definitiva, ese término debe ampliarse necesariamente, porque en la medida en que se ordene legalmente privar de la libertad a una persona a pesar de no haber estudiado debidamente un asunto, seguirá incrementando la inseguridad jurídica en nuestro país.

⁷⁰ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, Manual de Derecho Penal, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1992, p. 34.

la sociedad, a través de la prevención de los delitos, pues éstos son los que lesionan o ponen en peligro los valores fundamentales de una sociedad.

Juan Carlos Carbonell dice que “la pena como el Derecho Penal, se justifica porque es necesaria. Sin Pena no hay Derecho Penal, sin sanción no hay Derecho sancionador”.⁷¹

Estamos de acuerdo con Santiago Mir Puig, cuando asevera que “en el Modelo Social y Democrático de Derecho de que arranca nuestro sistema político y, por tanto, jurídico, la pena ha de cumplir una misión (política) de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que ataquen a estos bienes, y no bajar su cometido en una hipotética necesidad ética jurídica de no dejar sin respuesta, sin retribución, la infracción del orden jurídico”.

La naturaleza y la función de la pena se manifiesta desde dos aspectos, por un lado, desde el condenado que la sufre y los contemporáneos que viven la experiencia de su aplicación (aspecto personal), por el otro, desde el Estado que ella impone (aspecto estatal), pero independientemente de ello, las sanciones como categorías históricas siempre han estado relacionadas con los

⁷¹ Op. cit. pag. 101

profundos sentimientos humanos del bien y del mal, han acompañado a la humanidad en busca de la perfección humana. De ahí, que los hombres agrupados en sociedad hayan establecido las primeras normas de convivencia acompañadas por sanciones para regular la armonía del grupo social. Algunos autores se inclinan por afirmar que la pena es un mal que se impone al autor por el hecho culpable, su naturaleza se basa en el postulado de la retribución justa (cada uno sufra lo que sus hechos valen); su función es impresión de la pena (este aspecto se dirige a las funciones profundas del hombre, sentimientos, instintos y aspiraciones). Esta postura, consideramos, ha sido superada, en virtud de que la pena se justifica no sólo determinando el porqué y a quién se le aplica, sino para qué, cuál es su razón de ser, por eso es fundamental conceptualizar la finalidad de la pena, puesto que ésta será la base de una buena política criminal.

Juan Bustos sostiene que “la pena desde un punto de vista espacial no puede ir más allá de los fines propios a cada individuo, que son lograr un grado mayor de dignidad propia, lo que en general significa posibilitarlos con su consentimiento, primer supuesto de dignidad, a resolver mejor sus conflictos”⁷².

⁷²Op. cit. p. 127.

Consideramos que la finalidad de la pena, es la tutela de valores e intereses, pero éstos no deben ser preestablecidos por el grupo del poder, como sucede en la realidad, los “fines de la pena” doctrinalmente se refiere al fundamento y justificación de la pena, a su ausencia y la reacción de los ciudadanos, frente a ella. En este sentido, Welzel considera que la misión del Derecho Penal es la de proteger los valores de actitud interna de carácter ético- social que existen en la sociedad, y sólo en la medida en que ésta incluya en ellos, la protección de bienes jurídicos, en cambio, Jakobs considera que la misión de la pena estatal es la prevención general positiva desde una perspectiva radical, desconociendo como premisa fundamental la protección de los bienes jurídicos, tema que abordaremos más adelante⁷³. Las posiciones de referencia tienen muchas cosas en común, pero detenidamente se pueden observar consecuencias totalmente distintas en los conceptos y contenido de las categorías del delito⁷⁴.

⁷³ Cfr. HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1989, p. 100.

⁷⁴ Se ha reprochado a Welzel que da un componente excesivamente ético al Derecho penal, ignorando su misión protectora de bienes jurídicos. Este reproche es fundado, en cuanto Welzel menciona como valores de la actitud interna de carácter ético social conceptos como fidelidad, obediencia, dignidad de la persona, etc. Pero ya no lo es tanto en la medida en que Welzel también considera que la misión del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos a través de la protección de los valores ético sociales de la acción más elementales, destacando que esa protección de bienes jurídicos es más fuerte y profunda cuando se lleva a cabo con un entendimiento más amplio de la función ético social del Derecho penal, y no sólo por la idea de protección de bienes jurídicos. Como se ve, Welzel no pospone la protección de bienes jurídicos como misión del Derecho penal, sino que la coloca en un plano más amplio y, concretamente, en un plano social. Esto se pone claramente de manifiesto cuando se ven las reservas que formula el propio Welzel ante la protección de bienes jurídicos como misión única del Derecho penal. Welzel teme la acentuación exclusiva del principio de la protección de bienes jurídicos produzca una “sobre valoración del resultado” a la hora de determinar lo que es justo e injusto según el grado de dañosidad o de utilidad social y que, en definitiva, ello conduzca a una materialización del Derecho penal. Lo que Welzel teme es, por tanto, que con la preponderancia del principio

En conclusión, el Derecho Penal debe orientar la función preventiva de la pena, bajo el principio de legalidad, y exclusiva protección de bienes jurídicos, ya que los delitos y las penas deben estar perfectamente establecidas en la ley; y no cabe acudir a la pena cuando ésta no es socialmente imprescindible.

1. Las Teorías de la Pena

Por más de dos mil años se ha intentado responder a la siguiente pregunta: ¿Cuál es la naturaleza de la pena?, de modo que han surgido diferentes teorías para contestar a la interrogante, aún cuando en realidad no son teorías sino principios o axiomas legitimantes, cuya finalidad, dentro de la ciencia del Derecho Penal, es la de fundamentar la legítima aplicación de una pena.

La expresión tradicional del fundamento y fines de la pena recuerda la existencia de las teorías absolutas y relativas. Al respecto, existen diferentes posiciones teóricas para explicar los fines de la pena que bien pudieran agruparse en torno a la idea de retribución, de prevención o de la unión de

de protección de bienes jurídicos se produzca una especie de cuantificación utilitarista del grado de dañosidad social y una funcionalización de valores fundamentales que no pueden ser concebidos desde un punto de vista puramente cuantitativo. Por ejemplo, el respeto a la dignidad humana o a la vida, o el principio de tolerancia son valores jurídicos relevantes que no admiten una cuantificación económica y mucho menos un intercambio con otros valores. HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, *Ibidem*, pp. 100-101.

ambas. es decir, se le atribuye a la pena tanto la función de prevención de los delitos, como la de retribución por el mal cometido.

Las Teorías de la pena se analizarán al margen del debate entre dos extremos, representados por el utilitarismo cuya preocupación primordial es la eficacia y las llamadas absolutas que tienen como objetivo la realización de la justicia⁷⁵.

1.1. Teorías de la retribución

La teorías absolutas o también denominadas de la retribución, parten de que la pena es un mal, su fundamento es un hecho culpable que tiene como consecuencia un castigo, deben su nombre a que se considera que la pena tiende al logro de fines o valores absolutos tales como la realización de la justicia o el imperio del derecho. Se habla aquí de una teoría “absoluta” porque para ella el fin de la pena es independiente, desvinculado de su efecto social (latín absolutus igual a desvinculado)⁷⁶. La teoría de la retribución consiste fundamentalmente en la idea que mediante la imposición de un mal

⁷⁵ Una definición político criminal pasa necesariamente por una definición de la tensión existente entre estos dos extremos. Sin embargo, sería errado adoptar una posición ecléctica, ya que entonces si bien recogen los aspectos positivos de determinadas teorías, también se incluirían los aspectos negativos, lo cual en último término llevaría a la configuración de un sistema en contradictorio en si mismo. Tampoco parece una solución el tratar de poner límites a una determinada posición (prevención general positiva, prevención especial democrática), pues de este modo sólo se restringen los efectos negativos, pero no se eliminan; así la prevención general y la especial lesionarán siempre el principio de la responsabilidad por el hecho realizado. Bustos Ramírez, Juan, Control Social y Sistema Penal, Editorial Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1997, p. 31.

merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido, se castiga al ciudadano porque ha cometido un delito y en la medida en que lo merece. Los autores representativos de las teorías de la retribución, son por un lado Kant (retribución moral), y por otro Hegel (retribución jurídica).

La concepción más tradicional de la pena ve en ella la retribución exigida por la Justicia por la comisión de un delito. Esta teoría retributiva responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo, y el culpable debe encontrar en él su merecido. La función de la pena se centra, según este punto de vista, en la realización de la Justicia impidiendo que la injusticia “triunfe”. La pena no aparece entonces como instrumento dirigido a la consecución de fines utilitarios de bienestar social, como sería el de protección de la sociedad, sino como exigencia ética derivada del valor Justicia.

Parte de la filosofía del derecho desarrollada por Kant, se expone precisamente en la obra intitulada “La metafísica de las costumbres”, es decir, aquella forma de conocimiento racional pura, que no deriva de la experiencia. La metafísica de las costumbres es el estudio de los principios racionales a priori de la conducta humana, en contraposición a un estudio empírico de la

⁷⁶ ROXIN, Derecho Penal, Fundamentos..., Op. cit. p. 81-82.

conducta humana. El primer problema que se plantea Kant es la distinción entre moral y derecho. El objeto de la metafísica es el hombre, entendiendo a éste como aquel ser libre, racional, que no está sometido a las leyes de la naturaleza. Según Kant la acción es buena si es realizada conforme al deber, si tuvo otros fines no será buena en el sentido moral. Por tanto, la legislación moral es aquella que eleva a una acción a deber (PFLICHT) y este deber al mismo tiempo a impulso (FRIEBFEDER). Esto es que ordena las acciones solamente por la bondad de ellas y en consecuencia éstas serán obedecidas. En cambio la legislación que admite un impulso distinto de la idea del deber por sí, esto es, que ordena una acción que no solamente toma en cuenta el motivo interno del autor sino también el externo, Kant lo denomina legislación jurídica. Esta conclusión se deriva de la teoría de los imperativos del propio Kant, quien distingue entre el imperativo hipotético y el categórico. En los primeros la acción no es mandada en absoluto, sino que es un medio para otro propósito, en los segundos son un fin en sí mismos. Por tanto la moral está compuesta de imperativos categóricos que son obedecidos por su valor intrínseco, por el deber. En cambio el derecho está construido por imperativos a los cuales obedece el hombre pero por motivos distintos al deber, ya que se puede dar el caso de no estar de acuerdo con una ley y comportarse conforme a ella sin tener en cuenta su impulso. “La ley penal -decía Kant en la

metafísica de las costumbres- es un imperativo categórico.” Su necesidad no procede de su posible conveniencia para frenar la delincuencia, sino que es independiente de que pueda o no servir a tal finalidad: Sea útil o inútil para asegurar la paz social, la pena debe imponerse si lo exige la Justicia.

En resumen, la idea de autonomía de la libertad, que no es otra cosa que la capacidad del individuo de darse su propia ley, sin afectar a terceros, debe ser respetada por el Estado. La moral es interna, debido a que el sujeto tiene que actuar de acuerdo al deber, en cambio, el derecho es externo ya que no interesa el motivo por el cual se obedece, por tanto, la voluntad jurídica puede aparecer como heterónoma mientras que la moral es autónoma, ya que es ley de sí misma, está determinada por ella y no por lo externo, y el sujeto encuentra en sí mismo la ley del deber que lo lleva a obrar. En este orden de ideas, según Kant, el Estado no puede entrar en el ámbito interno. El derecho es la condición o el instrumento de la coexistencia de las libertades externas de las personas gracias a que es coactivo. Ahora bien, para justificar la pena, Kant razona:

La resistencia que se opone a lo que obstaculiza un efecto fomenta ese efecto y concuerda con él. De forma que todo lo contrario al derecho (UNRECHT) es un obstáculo o una resistencia a la libertad. Por tanto si un determinado uso de la libertad misma es obstáculo a la libertad según las leyes universales, es decir, contrario a derecho, entonces la coacción que se le opone, en tanto que obstaculiza la libertad, concuerda con la libertad según las leyes

universales, es decir, conforme a derecho (RECHT); por consiguiente, al derecho está unida, a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción.

En este sentido, el Estado aparece como la condición necesaria para asegurar a los individuos sus esferas de libertad, coordinadas por el Derecho. Si de los principios generales del derecho surgía para mí el deber, también surge mi limitación que no es otra cosa que la libertad de los otros. El delincuente debe ser castigado porque él ha roto, ha destruido y por ello es punible, Kant une a la pena con culpabilidad.

Kant dice: la pena no puede servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo, sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido, porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro no confundido entre los objetos del derecho real.

De acuerdo con Kant,⁷⁷ el fin de la pena no puede ser encontrado en las teorías de la prevención, ya que considera que el Estado está imposibilitado de aconsejar a sus ciudadanos sobre su manera de actuar en sociedad. También manifestó que la Ley del Talión ofrece la garantía más segura de aplicar una pena. Si el criminal ha cometido un homicidio también el debe morir.

⁷⁷ Es muy expresivo el ejemplo famoso de Kant, citado por Mir, de una isla cuya población decidiese disolverse y dispersarse por el mundo, y en la que se plantease la cuestión de si hay que mantener el castigo pendiente de los delincuentes, a lo que el autor alemán responde que, aunque resultara del todo inútil para dicha sociedad –puesto que dejaría de existir– debería ejecutarse hasta el último asesino que se hallase en prisión, únicamente “para que todos comprendieran el valor de sus actos”. Se advierte aquí claramente una consecuencia fundamental de la concepción retributiva: según ésta, la pena ha de imponerse por el delito cometido aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad. MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Fundamentos... Op. cit. p. 36.

Lo antes expuesto, constituye la concepción más tradicional de la pena fundada en razones religiosas, éticas y jurídicas, según Zugaldía Espinar, la teoría de la retribución moral considera que la pena se fundamenta en el principio de culpabilidad (entendido en su sentido tradicional y clásico), esto es, la libertad de voluntad o libre albedrío. Como el hombre es “libre”, se afirma, al hacer mal uso de su libertad (decidirse por la realización de un delito) se hace culpable y acreedor, en justicia, del mal de la pena: desde este punto de vista, la pena –retribución o pago por el mal uso de la libertad- es porque debe ser, porque debe imperar la justicia⁷⁸.

Por su parte, Hegel en 1821 presentó su obra intitulada, “Líneas Fundamentales de la Filosofía del Derecho”, en la cual concluye que el delito es la negación del Derecho, y la pena la negación de esa negación, por lo que de acuerdo al principio de contradicción, la pena es la afirmación, es decir, el restablecimiento del Derecho, motivo por el cual la anulación del delito es retribución en cuanto ésta es, conceptualmente, una lesión de la lesión. La pena según Hegel, es la afirmación del Derecho, que fue negado por el delito, negación que sólo se contesta con otra negación, que es la pena. La pena es por consiguiente, pura y simple retribución por el mal causado⁷⁹. La fundamentación propuesta por Hegel resulta más jurídica, para éste, el carácter

⁷⁸ ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal. Las Teorías de la pena y de la ley penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1993, p. 67.

retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la "voluntad general" representada por el orden jurídico, que resulta negada por la voluntad especial del delincuente. Si la voluntad general es negada por la voluntad del delincuente, habrá que negar esta negación a través del castigo penal para que surja de nuevo la afirmación de la voluntad general. Concluye Mir Puig diciendo "véase cómo se aplica, así, el método dialéctico hegeliano: la voluntad general (orden jurídico) es la "tesis", la negación de la misma por el delito es la "antítesis", y la negación de esta negación será la "síntesis" que tendrá lugar mediante el castigo del delito"⁸⁰.

Materialmente, se distingue de Kant sobre todo en que el principio del Tali3n, pr3cticamente irrealizable, lo sustituye por la idea de la equivalencia de delito y pena, Hegel est3 totalmente de acuerdo con Kant, al no reconocer tampoco metas preventivas como intimidaci3n y correcci3n como fines de la pena: "Con la fundamentaci3n de la pena de esta manera, es como cuando se levanta un palo contra un perro; y al hombre no se le trata seg3n su honor y libertad, sino como a un perro". En esta tesitura, la pena es la restauraci3n ideal del orden jur3dico infringido, de la armonía entre la voluntad general y la particular, por tanto seg3n Hegel, la pena no alude a un bien ni a un mal, sino a la dialéctica injusto-justicia.

⁷⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Op. cit. p. 77.

⁸⁰ MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Fundamentos... Op. cit. pp. 36-37.

El mérito de la teoría de la retribución, radica en su capacidad de impresión psicológicasocial, si la pena debe corresponder a la magnitud de la culpabilidad, está prohibido en todo caso dar un escarmiento mediante penalización drástica en caso de culpabilidad leve. La idea de la retribución marca, pues, un límite al poder punitivo del Estado, y tiene en esa medida, una función liberal de salvaguarda de la libertad.

La teoría de la retribución, ya no se puede sostener científicamente, pues si la finalidad del derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescinda de todos los fines sociales. El Estado como institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. La voluntad de los ciudadanos le obliga asegurar la convivencia del hombre en paz y en libertad; está limitado a esta tarea de protección. La idea que se puede compensar y suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (en el sufrimiento de la pena) sólo es susceptible de una creencia o fé, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo. Tampoco la tesis de una culpabilidad que hay que retribuir puede fundamentar por sí sola la pena; la culpabilidad individual está ligada a la existencia de una libertad de voluntad, cuya indemostrabilidad la hace

inadecuada como único fundamento de las intervenciones estatales. Con la expiación se piensa a menudo que el autor acepta interiormente la pena como justa compensación de la culpabilidad, que asimila moralmente su comportamiento delictivo, se purifica y recobra por dicha expiación su integridad humana y social. Naturalmente, todo esto es deseable. Pero no puede servir para justificar la pena retributiva, pues una vivencia expiatoria de este tipo, que en la realidad se da muy raras veces, constituye un acto moral autónomo de la personalidad, que no puede imponerse a la fuerza y que por lo demás puede ser motivado muchísimo mejor por una pena que no retribuye sino que ayude.

Enrique Bacigalupo dice que “la pena será legítima, según las teorías absolutas, si es la retribución de una lesión cometida culpablemente. La lesión del orden jurídico cometida libremente importa un abuso de la libertad que es reprochable y, por tanto, culpable. El fundamento de la pena será exclusivamente la justicia o la necesidad moral”⁸¹.

El retribucionismo clásico, heredado por la filosofía política liberal, es el hecho de que obliga a la proporción entre delito y pena, dicho en otras palabras, fundamenta la prohibición de castigar más allá de la gravedad del delito cometido, ni siquiera por consideraciones preventivas, porque la

⁸¹ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1994, p. 12.

dignidad humana, desde el punto de vista de los derechos fundamentales del hombre, se opone a que el individuo sea utilizado como instrumento. En consecuencia, afirma Quintero Olivares, “la teorización política y iusfilosófica del papel de la pena ha superado históricamente la teoría retribucionista. La crisis del Estado liberal, y por tanto de las relaciones complementarias y pacíficas entre el Estado y la sociedad civil, la crisis de la idea de un orden social perfecto y no contradictorio a defender mediante la reinstauración del orden jurídico por medio de la pena, son razones más que suficientes para el abandono del puro retribucionismo, por constituir una filosofía de la pena desacorde con la realidad histórica presente”⁸².

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

⁸² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Op. cit. p. 78.

No obstante lo anterior, el rechazo de una teoría de retribución de la culpa, dice Wilfried Bottke, no excluye el preguntarse sobre el carácter justo o no del factor de expiación que se halla en la producción de costes retributivos; al contrario, toda teoría de la pena se pregunta sobre la cuestión de la justicia. Sólo aquello que en los costes de producción retributivos se corresponda con las representaciones de justicia sobre las que haya consenso, o que sean mantenidas, aún frente al eventual disenso social, por la constitución penal, pueden ser adecuadas desde un punto de vista preventivo. La pena en un Estado democrático de Derecho debe ser final racional, con una racionalidad dirigida a fines, y justa para el soberano del Derecho, según sus ideas de valor válidamente adoptadas. Según el autor en comento, se produce un eterno regreso del pensamiento de lo penal justo al de la eficacia final. Este produciría siempre, lo mismo con la absolutización del factor justicia que con la del factor preventivo⁸³.

La retribución irreprochable en un orden lógico, no lo es necesariamente en un orden jurídico, donde puede ceder ante otro tipo de consideraciones, por ejemplo, respecto a la utilidad de la política criminal para los fines de la pena. En este orden de ideas, ningún sentido tiene añadir al mal de delito, el mal de la pena, ni se han encontrado, desde la ley del Tali3n, fórmulas para

⁸³ SILVA SANCHEZ, J.M. (ed.) *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Wilfred Bottke, *La actual discusión sobre las finalidades de la pena*, J.M.Bosh Editor, Barcelona 1997, p.

cuantificar validamente el grado de retribución; y una retribución concretada en la realización de la justicia o en el restablecimiento del orden jurídico, además de ser proyecto demasiado ambicioso para un instrumento tan poderoso como el Derecho Penal, supone moverse entre parámetros tan indeterminados, por ideologizados, que dejarían al intérprete la facultad de poder manipular las resoluciones.

En favor de la teorías absolutas, se puede sostener que impiden la utilización del condenado para fines preventivos generales, es decir, para intimidar a la sociedad mediante la aplicación de penas a quienes cometan algún delito, lo contrario de las teorías relativas, puesto que en este caso no se sacrifica al individuo en favor de la colectividad.

En resumen, la idea de retribución exige que al mal del delito siga la aflicción de la pena, para el restablecimiento del orden jurídico violado y que se realice una abstracta idea de justicia. De ahí que para las teorías absolutas la pena sea un fin en sí misma –un puro acto de justicia- y no un medio para alcanzar otro fin⁸⁴. El concepto Retribucionista de la pena que tuvo su formulación en el idealismo alemán derivado de las aportaciones de Kant y Hegel, ha sido ampliamente discutido, ahora es evidente que la finalidad de la pena es la de hacer posible la convivencia a través de la lucha contra el delito,

53.

⁸⁴ LANDROVE DIAZ, Gerardo, Op. cit. 18.

y no retribuirle a un sujeto por el mal cometido, consideramos que no podemos aislar el castigo de otras formas de resolver el conflicto de intereses lesionados o puestos en peligro, esto es, soluciones que permiten prescindir de la pena y que resultan ser más funcionales en una sociedad tan compleja con problemas tan graves como la estratificación social, diferencias económicas y culturales, desigualdad en la aplicación de la ley penal etc.

De lo anterior es fácil advertir, que las bases teóricas de la retribución no tienen funcionalidad en nuestro sistema penal vigente, puesto que su aportación a la seguridad jurídica, concretada en el principio de proporcionalidad, queda reducida a su mínima expresión por el carente fundamento en la práctica del libre albedrío, sin embargo, no se ha podido a la fecha, substituir la culpabilidad como categoría medular del delito a pesar de sus defectos.

1.2 Teorías de la prevención

Las teorías relativas o mejor conocidas como de la prevención, fundamentan la pena en su utilidad, e incluso necesidad para la subsistencia del grupo en sociedad. La pena no responde a una exigencia de Justicia, sino que se halla legitimada sólo como medio de prevención de delitos. No se castiga para restablecer un orden de valores, sino para evitar la realización de

conductas que se estiman indeseables. Si la retribución mira al pasado y se agota en castigo de lo hecho, la prevención mira al futuro y persigue inhibir, mediante la contaminación punitiva, la comisión de nuevos delitos. Importa subrayar, no obstante, desde un principio, que la diferencia existente entre retribucionismo y prevencionismo no se refiere al concepto de pena, sino a su función y legitimación de ésta, no mira a lo que es la pena, sino a lo que sirve y que justifica su ejercicio. El concepto de pena está por encima de esta polémica doctrinal. Nadie puede negar que la pena es un mal que se impone como consecuencia de un delito. La pena es, sin duda, un *castigo*. Aquí no valen eufemismos, y también la teoría preventiva debe empezar por reconocer el carácter de castigo de la pena. Ahora bien, una cosa es lo que sea la pena y otra distinta cuál sea su función y lo que legitima su ejercicio. En lo segundo, se contraponen las concepciones retributiva y preventiva. Los retribucionistas creen que la pena sirve a la realización de la Justicia y que se legitima suficientemente como exigencia de pagar el mal con otro mal. Los prevencionistas estiman, en cambio, que el castigo de la pena se impone para evitar la delincuencia en la medida de lo posible y que sólo está justificado el castigo cuando resulta necesario para combatir el delito, en otras palabras, las teorías relativas parten de la idea de que la pena es un mal, pero un mal más necesario (legitimación) que merecido (justicia).

La pena no tiende a la retribución del hecho pasado, sino a la prevención de futuros delitos que, a su vez, se dividen en prevención general y prevención especial; en ambos casos, la pena está orientada hacia el futuro, con el objeto de prevenir la conducta que atenta la convivencia social. Por las teorías relativas se acepta, según Landrove Díaz, que la pena es esencialmente un mal, pero se destaca que resultaría absurdo e inhumano aplicar una pena sin perseguir otras finalidades. Las relativas constituyen teorías sobre el fin de la pena. El fundamento de la sanción criminal se centra así, no en el delito, sino en la prevención de futuras infracciones⁸⁵ Las teorías relativas de la pena deben su nombre a que consideran que la pena se legitima porque tiende al logro de un fin relativo, cambiante y circunstancial como lo es el fin útil de la prevención del delito. En estas teorías, el principio de culpabilidad no juega ningún papel. Mientras que las teorías absolutas o de la retribución parten de que la pena debe imponerse para realizar la justicia, sin que haya que tomarse en consideración otros fines de utilidad social, las teorías de la prevención asignan a la pena la misión de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales.

⁸⁵ Idem. p.19.

1.2.1. Teoría de la prevención general

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

Esta teoría se atribuye a **Paul Johann Anselm V. Feuerbach**⁸⁶ (1775-1833), quien apunta que la misión del Estado es impedir la violación del Derecho, lo que no puede conseguir con un omnipresente poder físico, para anticiparse aquélla tiene que acudir a unos resortes coactivos de naturaleza psicológica; el recurso básico sería la conminación penal, no la ejecución de ésta como se había pensado en otros tiempos. La efectiva aplicación de la pena desempeñaría un papel secundario, ya que serviría sólo para confirmar la seriedad de la conminación legal, para ratificar que se trataba de una efectiva conminación. En efecto, la “Teoría Psicológica de la Coacción”, expone que para disuadir al delincuente de la comisión de un delito, es preciso amenazarle

⁸⁶ Feuerbach es considerado como el fundador de la moderna ciencia del derecho penal Alemán, (1775-1833).

con infligirle un mal que resulte superior al mal que le pueda suponer el renunciar a la comisión de dicho delito⁸⁷. Feuerbach sostiene que “todas las infracciones tienen el fundamento psicológico de su origen en la sensualidad hasta el punto de la facultad de deseo del hombre es incitada por el placer de la acción de cometer el hecho...el fin de infligir la pena está en la motivación de la eficacia de la amenaza legal, hasta que punto sin ella ésta amenaza carecería de contenido... es propiamente una teoría de la amenaza penal, necesariamente una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena, puesto que de esto depende la eficacia de su amenaza⁸⁸”, por tanto, el fin último de la aplicación de la pena es la intimidación de los ciudadanos por la Ley⁸⁹. Para Feuerbach, el que la pena, además, pudiera cumplir otros fines como el de la corrección del delincuente es algo accidental, casual.

Por una parte, la prevención general puede manifestarse por la vía de la intimidación de los posibles delincuentes, o también como prevailecimiento o afirmación del Derecho a los ojos de la colectividad. En el primer sentido, a la amenaza de la pena persigue imbuir un temor que sirva de freno a la posible tentación de delinquir. Se dirige sólo a los eventuales delincuentes. En el

⁸⁷ Cfr. al respecto SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, editorial Bosch, Barcelona 1992, p. 212.

⁸⁸ ROXIN, Derecho Penal, parte general... Op. cit. p. 90.

⁸⁹ Sigmund Freud, señaló “que cuando alguien ha logrado satisfacer el deseo reprimido, debe sentirse el mismo deseo en todos los miembros de la Sociedad; para mantener apaciguada ésta tentación es necesario que él que realmente es envidiado, se ha privado del fruto de su atrevimiento”. Cfr. Roxin, Derecho Penal, parte general... Op. cit. p. 91.

segundo sentido, como afirmación del Derecho, la prevención general persigue más que la finalidad negativa de inhibición, la internalización positiva en la conciencia colectiva de la reprobación jurídica por parte de la comunidad. Se dirige a toda la sociedad, no sólo a los eventuales delincuentes. El distinto significado de ambos aspectos de la prevención general se advierte, por ejemplo, en el supuesto de que un sujeto se abstenga de colaborar con otros en la comisión de un secuestro, en virtud de conocer que actualmente, ese delito, no solamente es uno de los más perseguidos por las autoridades, sino de los más penados por la Ley (efecto negativo intimidatorio), por su parte, actos publicitarios de la detención de una banda de secuestradores, que serán castigados con una pena, conlleva un efecto positivo en la sociedad, pues además de representar una relativa tranquilidad para la población el hecho de saber que esos delincuentes ya fueron detenidos, conduce a los ciudadanos a confiar en las instituciones de procuración y administración de justicia, precisamente porque denota que se aplica la pena al delincuente.

Pero qué sucede en nuestro País. El robo de autopartes constituye un hecho punible que acontece frecuentemente en México, empero ¿Como funciona la prevención general respecto a esta clase de delitos? ¿La imposición de penas más graves podrían intimidar a los posibles delincuentes? ¿Por qué la tendencia es al incremento del robo de autopartes?

En realidad, consideramos que uno de los principales problemas a los que se enfrenta la prevención general en nuestro País, es el relativo a los filtros que impiden la concreta aplicación de la pena; me explico, el primer nivel objetivo que se advierte es el de la detención del delincuente, pues es alarmante el contraste que existe entre los delitos que se comenten (denuncias presentadas) y los probables responsables que son detenidos en flagrancia; las razones podría ser muchas, policías sin preparación, servidores público que evitan el conflicto y solo cumplen el horario de trabajo, falta de vocación, etc; segundo nivel, pensemos que fue detenido un sujeto en flagrante delito de autopartes, sin embargo, el delincuente ofrece a sus aprehensores la cantidad de \$50,000.00 pesos en efectivo para que lo dejen en libertad; tendríamos que preguntarnos necesariamente ¿Cuántos elementos de la policía de nuestro país rechazarían la oferta y pondrían a disposición de la autoridad competente al inculpado?; tercer nivel, es presentado el indiciado a la agencia investigadora correspondiente ante el agente del Ministerio Público, quien también es factible que acepte el cohecho, argumentando a los policías remitentes que debido a que no venían acompañados del propietario del vehículo cuyas partes fueron robadas, no estaba en posibilidad de proceder en contra del inculpado precisamente por ausencia del denunciante (alegato del MP completamente falso, pero que se ha dado en la práctica infinidad de ocasiones

aprovechándose de la ignorancia jurídica del policía); cuarto nivel, el agente del Ministerio Público encargado de la integración de la averiguación previa “carente de los correspondientes conocimientos técnicos de la materia penal”, confía en que el indiciado confesó la realización del delito en presencia del defensor de oficio, pero no advirtió que éste último, omitió firmar las actuaciones, lo que tiene como consecuencia que el juez natural deje en libertad al delincuente, en virtud de que al no cumplirse con los requisitos de forma que establece la ley, la autoridad judicial no puede conceder valor probatorio a dicha confesión, pues la firma en actuaciones es lo que permite constatar que el referido defensor estuvo presente y consiguientemente que estuvo asistido el inculpado, por lo que al haber ejercitado acción penal con la sola confesión, es indudable que al delincuente no se le puede aplicar una pena; quinto nivel, el sujeto que es consignado ante el órgano jurisdiccional tiene derecho a la libertad bajo caución, debido a que el delito que se le imputa no es grave (fuero federal), o no excede del término medio aritmético de la suma de la punibilidad correspondiente (fuero común D.F.), circunstancia que le permite gozar de libertad al delincuente durante todas las instancias que tiene para defenderse, esto es, proceso penal, recurso de apelación y juicio de amparo, con sus respectivos recursos, incidentes y amparos indirectos, lapso de tiempo que puede seguir robado auto partes; sexto nivel, el sujeto es

considerado penalmente responsable de un delito y condenado a cumplir cuatro años de prisión (pena privativa de la libertad), sin embargo, la ley prevé la sustitución de esa pena por trabajo a favor de la comunidad, consecuencia jurídica que no tiene los efectos psicológicos que la primera; otra hipótesis, el sujeto es condenado a diez años de prisión, no obstante ello, solicita a una autoridad distinta de la judicial la libertad preparatoria, beneficio penitenciario que permitiría salir al sentenciado a los seis años de prisión, supuesto éste último que nos conduce una vez más a preguntarnos si México tiene las condiciones para llevar a la práctica la teoría de la prevención general⁹⁰.

De ahí, pues, un primer límite que la prevención general encuentra en sí misma: la gravedad de las penas tendientes a evitar delitos no puede llegar hasta el máximo de lo que aconsejaría la pura intimidación de los eventuales delincuentes, sino que debe respetar el límite de una cierta proporcionalidad con la gravedad social del hecho.

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

⁹⁰ Es importante aclarar que el ejercicio en comento, tiene diversas variantes, pero por ningún motivo debe ser interpretado como una aseveración que implique una regla general, sino que constituye una síntesis de distintos casos que he estudiado y presenciado durante la práctica jurisdiccional, que tiene por objeto esquematizar el largo camino que se tiene que recorrer para aplicar una pena; luego, mientras no se aplique la pena, la conminación no será eficaz y consecuentemente la prevención de los delitos será nula.

Al efecto importa mencionar, que una de las principales razones por las que en México se vive actualmente (1999-2000) un ambiente de inseguridad, por la creciente violencia delictiva, es la ausencia de efectos preventivos generales, el sujeto activo de un delito no se motiva por la norma, toda vez que advierte que difícilmente va a ser sancionado, o desconoce la prohibición y consecuentemente la consecuencia jurídica de su actuar, de modo que tenemos que trabajar fundamentalmente en dos rubros, el de la difusión de las conductas prohibidas o mandadas por la Ley (no el castigo en sí, sino el contenido de la prohibición); y el de la concreta ejecución de la pena, de lo contrario, lejos estaremos de provocar realmente en los individuos una coacción psicológica para que no realicen conductas antijurídicas que pueden ser reprochadas.

La intimidación no es la única vía de la prevención general. Una corriente doctrinal sostiene que esta prevención no debe buscarse a través de la pura intimidación negativa, sino mediante la afirmación positiva del Derecho penal, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales de una actitud de respeto por el Derecho. En este sentido, la teoría de la prevención general distingue un aspecto negativo y uno positivo. **El aspecto negativo** se puede describir con el concepto de la intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes, es decir, que la eficacia de la

prevención no reside en la intimidación de la Ley sino lo que representa el riesgo de ser atrapados, por ende, no es funcional la agravación de las amenazas penales, sino más bien una intensificación de la persecución penal (una policía capacitada). **El aspecto positivo de la prevención general** comúnmente busca la conservación y el esfuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico. La pena tiene la misión demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo.

1.2.1.1 Teoría de la prevención general negativa

El aspecto de la prevención general negativa, afirma Silva Sánchez, constituye un elemento común entre finalidades del moderno Derecho penal y las propias del Derecho penal previo a la modernidad, del Derecho penal privado y medios de control social informal⁹¹. Mediante la prevención general negativa se persigue, efectivamente, coaccionar a la generalidad de los ciudadanos con la amenaza del mal de la pena para que se abstengan de cometer delitos; sin embargo, la función intimidatoria del Derecho penal, entendida sobre la base de la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach, plantea, según Silva Sánchez, cuatro problemas significativos: 1) La

⁹¹ SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, editorial Bosch, Barcelona 1992, p. 212.

legitimación axiológica de la intimidación al delincuente; 2) La legitimación empírica; 3) La explicación de los mecanismos de la intimidación; y 4) el del concepto de norma que presupone una concepción así. Respecto al primer problema planteado nos enfrentamos a la crítica derivada de la visión utilitarista del derecho penal consistente en el extremo de poder castigar a un sujeto no responsable del hecho, si ello fuese necesario para evitar un mal social de trascendencia mayor, pero esta postura carece, según el citado autor, de aplicación, ciertamente el problema de legitimación axiológica de la prevención general negativa radica en la observancia y defensa de los principios rectores del derecho penal (utilidad social, intervención mínima, garantías individuales, legalidad, etc.), dice Silva que la intimidación no es arbitraria, sino que tiene por objeto proteger los valores fundamentales del ser humano y su relación dialéctica en sociedad, ello permite salvar la objeción referida, en virtud de que la prevención general negativa es legítima mientras se desarrolle dentro de los límites del sistema penal que en el marco de sus principios impiden cualquier exceso.

La otra faceta de la fundamentación de una teoría de la finalidad preventivo general del Derecho penal, es la que se refiere a la legitimación empírica de la misma. En efecto, según Silva Sánchez, para que el Derecho penal pueda legitimarse, entre otros fines, por el fin de prevención general

negativa, será preciso demostrar que puede ejercerla con eficacia⁹². Atendiendo al porcentaje de delitos cometidos en un tiempo y lugar determinados es posible medir la eficacia intimidatoria que posee el Derecho penal, tal eficacia no se mide por la erradicación del delito, sino por la contribución a su contención, este planteamiento deriva de la imposibilidad de evitar que exista un delito en la complejidad de una sociedad moderna, no obstante ello, el Derecho Penal es un instrumento de control social fundamental para mantener dentro del margen de la tolerancia las conductas delictivas. Hay que poner de relieve que los efectos de prevención del delito no dependen de la severidad de las penas, el hecho de incrementar la punibilidad de lo tipos penales no asegura la disminución de los delitos, esta práctica legislativa es totalmente incorrecta, la eficacia radica en el reforzamiento de los factores que inciden en una mayor certeza de la sanción, como por ejemplo, una policía eficaz, la infraestructura y tecnología para realizar una investigación óptima de los hechos delictuosos, la disminución del error judicial, etc. Así, refiere Silva Sánchez, la posibilidad real de ser descubierto, la existencia (y el grado) de otros controles sociales o el propio grado de internalización moral de los contenidos de las normas⁹³ son variables

⁹² Idem. p. 217.

⁹³ A partir de estas bases, sostiene Silva Sánchez, parece posible mantener la concepción de que la norma jurídico-penal no es sólo una norma de valoración (un juicio de valor, cuyo contenido va internalizando en los procesos de socialización), sino también un imperativo, una norma de determinación. Esta dirige sus directrices de conducta a los ciudadanos, tratando de motivarlos en contra de la realización de delitos,

que inciden muy relevantemente en la prevención y explican, probablemente, las desigualdades existentes, en cuanto al éxito preventivo, respecto a unos y otros delitos⁹⁴. Uno de los controles más importantes que existen en la sociedad mexicana es la televisión, instrumento que bien pudiera ser utilizado para introyectar valores fundamentales, normas de convivencia, normas penales que sutilmente produzcan en la sociedad el requerido efecto intimidatorio, estos es, alternativas para resolver una serie de conflictos que surgen entre los particulares. Para Silva Sánchez, la misión preventivo general del Derecho penal tiene por objeto mantener en límites tolerables la comisión de delitos y la producción de reacciones sociales informales frente a la delincuencia, por tanto, lo que legitimaría fundamentalmente al Derecho penal sería la protección del autor de un delito frente a las reacciones informales de la sociedad, y sus intervenciones se hallarían legitimadas por proceder a canalizar las necesidades y expectativas de sanción despertadas en la colectividad por la conducta delictiva, impidiendo que las mismas generen reacciones informales⁹⁵.

mediante la intimidación con el mal de la pena para el caso de que no atiendan a la referida motivación. El hecho de que la motivación no sea directa sino indirecta – a través, por ejemplo, de la difusión dada por los medios de comunicación- no altera, según Silva Sánchez, la estructura del diálogo racional entre la norma y los destinatarios que subyace a la teoría de la prevención general negativa. SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Aproximación al...*, Op. cit. 223.

⁹⁴ Idem. p. 222.

⁹⁵ Idem. p. 225.

La misión de la prevención general negativa es modificar, disuadir, destruir la motivación que tenga un sujeto de cometer un hecho ilícito, si embargo, cabe destacar que los efectos de la motivación de la pena son relativos, ya que si bien es cierto que la norma penal es general, también lo es que existen dos grandes grupos que no se motivan por la norma penal, el primero de ellos es el que, por ejemplo, respeta la vida no porque exista una sanción para el homicida, sino porque sus principios morales, éticos o religiosos le impiden privar de la vida a otro, de modo que aún y cuando no estuviera penalizado el homicidio, su patrón de comportamiento seguiría siendo el mismo, es decir, el del respeto a la vida humana, por tanto, éste grupo de individuos no se motiva por la norma penal, sino por otras razones, el segundo grupo de personas que no se motiva por la norma penal es aquél que no es susceptible de ser motivado, como sucede con aquéllos que no pueden ser readaptados socialmente, no importa cual sea la conminación penal, bajo ninguna circunstancia dejarán de realizar el hecho punible.

No obstante lo anterior, el grupo de gente que son susceptibles de ser motivados es la mayoría, tanto es así, que si hacemos un comparativo de los delincuentes sentenciados que compurgan pena en los reclusorios del País, con el grueso de la población, tenemos como resultado un ínfimo porcentaje de sujetos que no fueron motivados por la norma penal. Tanto el robo como la

violación son conductas que lesionan valores fundamentales del ser humano, pero dichas conductas a no ser de que exista una motivación para el sujeto activo, pero como es sometido el móvil del delito por la conminación penal; veamos, que no es una práctica común para todos los hombres violar a una mujer en alguna etapa de su vida (tratándose de una “persona normal”), posiblemente pudiera darse (etapa de la ideación en el iter criminis) el supuesto de representarse el hecho de copular a una mujer contra su voluntad por instinto natural (motivación), pero dicho instinto es reprimido precisamente por la efectividad de la prevención general negativa, que en el caso concreto, logra verdaderamente intimidar al sujeto motivado. Aunado a la prevención general otro elemento que resulta fundamental para hacer efectiva ésta, es la educación, contar con un nivel cultural medio superior, implica tener la capacidad de buscar otras alternativas de solución al problema. Por ello, concluimos, que el castigo se aplica al sujeto a quien la norma penal no pudo anular su motivación, y la pena sirve para introyectarle como valor la materia de la prohibición.

En este sentido, son numerosas las formulaciones que tratan de fundamentar la llamada función de prevención general de la Pena. Baumann hace consistir ésta en un cometido profundo y de largo alcance derivado de la mera existencia de la norma penal y cuyo conocimiento determina que

muchos ciudadanos se abstengan ya de delinquir; cometido, a su juicio, refrendado por las modernas concepciones de la sociología jurídica, según las cuales la pena permite la neutralización de la lesión del Derecho al manifestarse en las situaciones de frustración de una expectativa, la perseverancia de la sociedad en las exigencias de la norma; es decir, la frustración de la expectativa social derivada de una norma no debe aparecer nunca como candidez, superstición infantil o simple error de conocimiento, pues si así fuera perdería aquélla su contenido normativo mismo: sin la pena, el ciudadano comenzaría a comprender que pueden lesionarse los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, y la norma penal perdería su vigencia y su función protectora de bienes jurídicos⁹⁶.

Ahora bien, tres objeciones fundamentalmente se argumentan en contra del pensamiento de la prevención general. La primera de índole moral y axiológica, ya que si el fin de la pena es prevenir mediante la amenaza, al hombre se le convierte en medio al servicio de otros fines, porque no se castiga por lo que hizo sino para que los demás no delincan, de tal suerte que, como apunta Hegel, se atenta contra la dignidad del hombre; la segunda objeción consiste en reprochar lo antes expuesto, esto es, los casos de inaccesibilidad del sujeto a la motivación, verbigracia delincuentes habituales

⁹⁶ Cfr. GARCÍA PABLOS, Antonio, Derecho Penal, Introducción, Universidad Complutense Servicio de Publicaciones, Madrid, 1995, p. 88.

y profesionales, criminales impulsivos, etc., así como la cuestionable eficacia de la prevención general en delitos como el homicidio, por lo que se considera que dicha teoría parte de una premisa poco realista de la psicología del criminal. La tercera objeción, versa respecto a los límites de la intervención penal, pues se ha argumentado que, sin el freno de la proporción con la gravedad del delito, la pena puede llevarse a extremos inadmisibles. La carencia de una política criminal, y aún social, adecuada, tendería a ser suplida por una exasperación ad infinitum del rigor penal, que podría acabar transformándose en auténtico “terror penal”. No obstante ello, afirmamos que se salva dicha objeción en el momento en que existe una verdadera protección y defensa de los principio fundamentales del Derecho Penal.

1.2.1.2. Teoría de la prevención general positiva

Las teoría de la prevención general positiva no se ocupa del aspecto intimidatorio de la pena sino que explica los diversos efectos de ésta, en primer lugar, la pena afirma la vigencia del Derecho como mecanismo regulador de conductas y lo restablece; en segundo lugar, la pena actúa como instrumento de conformación de la conciencia jurídica colectiva, así como que su aplicación restablece la confianza y fidelidad del ciudadano en la norma jurídica. Así, la evitación de los delitos no se busca a partir de la pura

intimidación negativa de la pena, sino también y sobre todo, mediante la afirmación de Derecho. La prevención general positiva, se dice⁹⁷, es la reacción estatal a hechos punibles, que al mismo tiempo aporta un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social, esto es, la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales.

La prevención general positiva, según Roxin tiene tres fines y efectos distintos:

1.- El efecto de aprendizaje, motivado social pedagógicamente; el ejercicio en la confianza del derecho que se origina la población por la actividad de la justicia penal.

2.- El efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el derecho se aplica.

3.- El efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción sobre el quebrantamiento de la Ley y considera solucionado el conflicto con el autor⁹⁸.

Por su parte, A. Kaufmann, expresa que a la prevención general positiva, corresponderías tres cometidos: una función informativa, advirtiendo al ciudadano de lo que esta prohibido y de lo que se debe de hacer; la misión de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del ordenamiento jurídico para imponerse y triunfar; por último, la tarea de fortalecer en la población una actitud de respeto hacia el Derecho.

⁹⁷ En este sentido, García Pablos, Derecho Penal... p. 90.

⁹⁸ ROXIN, Derecho Penal, parte general... Op. cit. pp. 91-92.

Al margen de lo antes expuesto, analizaremos los distintos efectos a partir de tres perspectivas, la primera de ellas parte de que la norma se dirige al ciudadano, en este sentido, se afirma que la norma penal al conminar con pena determinadas conductas, ésta actuando en las conciencias individuales junto con los otros mecanismos de control social, creando o estabilizando una conciencia fiel al Derecho, por tanto, la amenaza penal contribuye a la socialización del individuo, mientras que el delito influye de forma negativa.

Otra forma de abordar el problema es entendiendo la norma en sí misma, es decir, a partir de su función, lo que nos lleva a considerar que el ordenamiento jurídico se preserva y restituye en su calidad de Derecho con la imposición de la sanción tras la violación de la norma, es decir, tras la realización del delito. Es lo que podríamos llamar la conservación del Derecho, ya que sin la imposición de la pena la norma caería en desuso aún cuando fuera válida, solamente su imposición reafirma su vigencia y mantiene al Derecho.

Desde la perspectiva de que la propia sociedad castiga mediatizada por el Estado, se observa que la pena cumple su función de pacificar la conciencia social. En efecto ha sido explicado por la teoría psicoanalítica como pacificación que se produce cuando el delincuente ha hecho todo lo exigible para solucionar el conflicto.

Tanto Zipf como Roxin manejan en un sentido limitador el concepto de prevención general positiva. Ambos parten de la idea de que la prevención general de la intimidación entraña el peligro de una elevación excesiva de la pena. En concreto, entienden que la nueva regulación del Código penal alemán de la determinación de la pena ha venido a evitar este peligro. Zipf opina que el legislador alemán ha reducido la operatividad de la prevención general al referirse a la “defensa del orden jurídico”. Así, según el artículo 47, del Código Penal Alemán, si la prevención especial no exige la imposición de una pena privativa de la libertad de menos de seis meses de duración, sólo cabrá imponerla cuando sea “imprescindible para la defensa del orden jurídico”.

Para Zipf, ello sólo sucederá cuando esté en juego la “fidelidad al Derecho” de los ciudadanos, es decir, la prevención general positiva. No bastaría, en cambio, la convivencia político-criminal del aumentar la intimidación general, esto es, la prevención general negativa. El actual Código alemán no menciona ningún otro aspecto de la prevención general como base de la determinación de la pena, que en general se basa en la culpabilidad del sujeto y en las consecuencias que pueda tener para el mismo (parágrafo 46). Se seguiría, pues, que sólo sería admisible la prevención general positiva en el

sentido restrictivo, de *ultima ratio*, que corresponda al concepto de “defensa del orden jurídico”.

En cambio, Roxin entiende que la pena adecuada a la culpabilidad punto de partida del sistema de medición de la pena del Código alemán, es la correspondiente a la prevención general positiva, y que la misma es inferior a la que permitiría la prevención general negativa. Roxin llama a la prevención general positiva “prevención general compensadora” o “intimidatoria” a la negativa. La prevención general compensadora o integradora, que se contenta con el mantenimiento del orden jurídico y de la afirmación de la fe en el Derecho, se consigue respetando el límite de culpabilidad. En cambio, la prevención general intimidatoria permitiría “ir más lejos”, porque supone la tendencia a elevar la pena para conseguir su objetivo, una “tendencia al error penal”. El profesor de Munich se manifiesta contrario a esta prevención intimidatoria y admite, en cambio, la prevención integradora, que es la que respeta el límite de la culpabilidad. Por otra parte, Roxin admite que en el caso concreto pueda imponerse una pena inferior a la adecuada a la culpabilidad y, por tanto, a la prevención general integradora, si dicha pena pudiera resultar desocializadora y contraindicada preventivo-especialmente. Sin embargo, ello tiene un límite: el de que la pena no resulte insuficiente para la “defensa del orden jurídico”. Esta defensa mínima del orden jurídico supone, para Roxin,

“la última forma de prevención general, su límite general, su límite último de contención”.

Jakobs, por su parte, al definir la prevención general positiva como ejercicio en el reconocimiento de la norma, realiza un desglose tripartito de la misma: ejercicio de la confianza de la norma (en tanto que todos los hombres son destinatarios de las normas y deberían tener derecho a saber si pueden tener expectativas o no), ejercicio de la fidelidad en el derecho (porque la pena consigue que el delito no se aprenda como alternativa de conducta posible), y ejercicio de la aceptación de las consecuencias (pues con la pena se aprende la conexión entre la conducta y el deber de soportar sus costes⁹⁹).

En su trabajo sobre prevención general y medición de la pena, publicado en 1979, Hassemer ponía de manifiesto las dificultades de comprobación empírica de la eficacia de la intimidación penal como forma clásica de prevención general. En ello veía una razón que favorecía la tendencia a preferir la prevención general positiva. Sin embargo, advertía que no era posible tampoco comprobar empíricamente si la concreta fijación de la pena sirve, Hassemer no consideraba lícita la agravación de la pena en el caso concreto en base a hipotéticas necesidades de prevención general positiva. Pero este concepto de prevención permitía una interpretación sí admisible por

no redundar en perjuicio del reo. Esta otra interpretación, la definida por Hassermer, parte de la diferencia específica del Derecho penal frente a los demás medios de control social caracterizado por su *formalización*. Ésta tiene lugar mediante la vinculación a las normas y tiene por objeto *limitar* la intervención penal en atención a los derechos del individuo objeto de control. La forma específica de afirmar las normas, que corresponde la Derecho penal, ha de ser, pues, su aplicación prudente y restrictiva, respetuosa de los límites que impone su carácter formalizado. De este modo, más que a través de la agravación de las penas, pondrá el Derecho penal afirmarse a largo plazo y suponer un fortalecimiento de la confianza de la población en la Administración de Justicia.

Hassemer ha desarrollado este planteamiento en trabajos posteriores. Así, en la Ponencia que presentó al Seminario hispanoalemán sobre Derecho Penal y Ciencias Sociales, celebrado en Bellaterra en 1981, parte de la misma concepción del Derecho penal como medio formalizado de control social, en el cual importa tanto la función de control propia de la respuesta penal, como su juridicidad. Por ello, “la función de la pena –afirma- es la prevención general positiva”, que no opera mediante la intimidación, sino que persigue la protección efectiva de la conciencia social de la norma. Ello supone dos cosas:

⁹⁹ Cfr. PEREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y Prevención: Las Teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad

por una parte, que la pena ha de estar limitada por la proporcionalidad, por la retribución por el hecho; por otra parte, que la misma ha de suponer un intento de resocialización del delincuente, entendida como ayuda que ha de prestársele en la medida de lo posible. En su Introducción a las bases del Derecho penal, Hassemer admite claramente que ello ha de conducir a una “reformulación de la idea retributiva”.

La exposición anterior ha tratado de poner de manifiesto la existencia de dos direcciones distintas entre los partidarios de la prevención general positiva, una fundamentadora y la otra limitadora de la intervención penal. No es de extrañar, por tanto, que la crítica haya valorado de formas bien diversas, y hasta contrapuestas, el concepto de prevención general positiva.

Es importante mencionar, que el respeto a la autonomía moral del individuo se opone a utilizar la prevención general positiva como *fundamentadora* de la intervención jurídico-penal. La misión del Derecho penal no debe ser, en un Estado atento a la dignidad humana, el incidir en la conciencia ético-social de los ciudadanos, como pretendía Welzel, y antes de él la corriente que proclamaba la “fuerza configuradora de las costumbres” (*sittenbildende Kraft*) de la pena jurídica. La “actitud interna” (*Gesinnung*) no puede imponerse bajo la amenaza de una pena. Ello vale no sólo para la

actitud frente a las normas morales, sino también para la actitud interna frente al Derecho: la imposición de una actitud interna de fidelidad al Derecho supone la internalización de la aceptación ética del Derecho. Si la prevención general positiva se entendiera como autorización para intentar por medio de la pena la adhesión interna de los ciudadanos al Derecho, sería rechazable. Así entendida, la prevención general positiva supondría el desbordamiento del límite representado por el futuro interno.

La formulación funcionalista de Jakobs merece, en parte, estas objeciones y, en parte, otras adicionales. Baratta le ha dedicado un interesante trabajo en el que efectúa críticas desde el punto de vista interno de la teoría y desde una perspectiva externa a la misma. Entre las críticas internas cabe destacar la de que queda sin explicar por qué la estabilización de expectativas ha de tener lugar por medio de la imposición de un castigo y no por otros medios menos lesivos y funcionalmente equivalentes. Permítaseme abundar en esta línea crítica. Sí, como pretende Jakobs, la función del Derecho penal fuera sólo la confirmación de la confianza en las normas y supusiera únicamente una reacción distinta a *poner de manifiesto* que sigue en pie la vigencia de las expectativas normativas, ¿por qué no habría de bastar con una declaración inequívoca al respecto? ¿Por qué es preciso imponer un mal, como

pena, si ésta no busca la intimidación, sino sólo evitar posibles dudas acerca de la vigencia de la norma infringida?.

Las críticas extrasistemáticas que Baratta dirige a la construcción de Jakobs culminan en la conclusión de que la misma tiene una “función conservadora y legitimante respecto de la actual tendencia de expansión e intensificación de la respuesta penal ante los problemas sociales”. Ante la alternativa entre sistema social e individuo, Jakobs opta por el primero, “dando prevalencia a la conservación del sistema social respecto a las necesidades y valores de los individuos”. Al atender sólo a las necesidades de funcionamiento del sistema y negar la función limitadora de referentes materiales, como el bien jurídico y el principio de proporcionalidad, la teoría sistemática de la prevención general positiva aparece como más peligrosa que las teorías retributivas liberales.

Mención especial merecen las críticas que en España ha dirigido Luzón Peña a la teoría de la prevención general positiva. Según este autor, la sustitución de la prevención de intimidación por la prevención socialmente integradora, entendida como categoría autónoma o exclusiva y con exigencias propias, resulta regresiva por dos razones. Por una parte, porque “las exigencias de pena que pueda plantear la sociedad (y aquí hay que plantearse: ¿toda, la mayoría o sólo los grupos dominantes?) para mantener su fidelidad al

Derecho y su seguridad y confianza en el mismo, pueden ser muy superiores y menos fundadas que las requeridas por lo estrictamente imprescindible para la prevención general de intimidación”. Por otra parte, porque “dicha tendencia implica sustituir un concepto, el de intimidación general, al que se acusa de irracional y que, sin embargo, es...susceptible de fundamentación, empleo y control plenamente racionales, por otro concepto, es decir, el de prevención estabilizadora o integradora, pretendidamente racional, pero que a mi juicio, si se lo maneja de modo autónomo, no es sino una “racionalización” de algo subyacente e inconsciente: impulsos, agresividad y emociones de carácter plenamente irracional”. En cuanto a esto último, Luzón considera que la prevención general positiva supone una racionalización de la teoría psicoanalítica del “chivo expiatorio”, según la cual la pena vendría a satisfacer la envidia de la sociedad por quien ha conseguido satisfacer un deseo reprimido, al privar a éste del fruto de su osadía. La función de estabilización de la conciencia jurídica general, de la que habla la teoría de la prevención general positiva, sería equivalente –según Luzón- a la función de “producción o restablecimiento del equilibrio psíquico de la sociedad” que descubre el psicoanálisis en la pena.

Al margen de las argumentaciones de la prevención general tanto positiva como negativa, no debemos olvidar la realidad que se vive en los

países subdesarrollados es completamente distinta de los del primer mundo, los autores de referencia parten del análisis de los fenómenos que acontecen en sociedades europeas con características completamente ajenas a las que prevalecen, por ejemplo, en México. Cuales son los efectos que la norma puede conseguir en un grupo de jóvenes conocidos en nuestro país como “niños de la calle”, quienes tiene que inhalar “cemento” (droga), para poder soportar el frío por las noches y olvidar el hambre por el día. La problemática parte del hecho que no es un caso aislado sino que son millones de seres humanos que se encuentran en condiciones extremas de pobreza que los obliga sin lugar a dudas a mantener su mente ocupada en dos cosas, ¿Que voy a comer hoy? y ¿Donde voy a dormir esta noche?, bajo estas circunstancias las alternativas y defensas que tiene este grupo de personas son escasas y sus comportamientos giran en torno a cubrir, no importando el medio (delito), sus necesidades esenciales para subsistir. En este orden de ideas nos preguntamos ¿Qué juicio de reproche se puede hacer a un joven de 18 años que ha robado? ¿Cuál es la función de la pena cuando castiga a un joven marginado por la sociedad? Nosotros consideramos que los sistemas de control social deben de operar y aplicarse a los sujetos que teniendo las alternativas y los medios de defensa fundamentales para vivir como un ser humano no cumplen con el rol

previamente establecido, pero para aquellos que carecen de los mencionados elementos creemos que no estaría legitimada ni fundamentada la pena.

Teniendo como presupuesto las condiciones necesarias para vivir como ser humano podemos fundamentar la responsabilidad penal individual en la prevención general positiva. Al respecto, existen dos perspectivas, la primera propuesta es realizada por Jakobs, quien sostiene que la determinación de culpabilidad en el Derecho Penal vigente consiste en la fundamentación de la necesidad de punir en medida concreta, para la confirmación de la obligatoriedad del ordenamiento frente al ciudadano fiel al Derecho, culpabilidad se fundamenta a través de la prevención general, según esta comprensión que la precisa y se mide conforme a esta prevención. De esta forma, la necesidad de estabilizar la confianza en el ordenamiento, que ha sido perturbando por la conducta delictiva, se convierte en contenido de la culpabilidad y en criterio de su medición. La segunda es desarrollada por Roxin, quien ha hecho un intento de complementación de la culpabilidad mediante la prevención de integración que tiene una función cofundamentadora de los supuestos de exclusión de la responsabilidad individual, juntos con otros fines de la pena. Para Roxin los principios políticos criminales de la teoría del fin de la pena sustentan la categoría sistemática que comúnmente se denomina culpabilidad y a la que este autor prefiere

denominar responsabilidad, ya que para determinar si se ha de imponer una sanción no es suficiente que el autor sea culpable, es decir, si pudo obrar de otra forma, sino que hay que determinar además si es necesario el castigo¹⁰⁰. Todos los problemas planteados son la base de nuestra hipótesis, la crisis del Derecho Penal Contemporáneo, pero la aportación del presente trabajo radica en la reestructuración del sistema penal mexicano que no es funcional principalmente porque no existe una congruencia entre la procuración de justicia, administración de justicia y ejecución de sentencias, planteamiento que se desarrollara más adelante.

1.2.2. Teoría de la prevención especial

El objeto principal de la pena, según la prevención especial¹⁰¹, es la actuación sobre el delincuente para que éste no vuelva a delinquir, en otras palabras, la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos (evitar la reincidencia). Hacia finales del Siglo XIX, fue cuando las teorías de la prevención retomaron su auge, cuyo representante principal es Franz V. Liszt (1851-1919), el político criminal más

¹⁰⁰ *Idem.* p. 23.

¹⁰¹ Esta tesis tiene su antecedente histórico desde los griegos; Séneca, evocando la idea de Protágoras que fue transmitida por Platón, plasma la formulación clásica de todas las teorías preventivas: "Nam, Ut Plato Ait Nemo Prudens Punit, Quia Peccatum Est, Sed Ne Peccetur" (pues como dice Platón ..ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque).

representativo de Alemania¹⁰². Según este autor la prevención especial puede actuar de tres formas: **asegurando** a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos; **intimidando al autor**, mediante la pena para que no cometa futuros delitos; y **corrigiéndolo** como medio para preservarlo de la reincidencia. Conforme a esto, Liszt, en su denominado programa de Marburgo de 1882, exponía un tratamiento de los delincuentes, diferenciados según el tipo de autor: 1.- La inocuización del delincuente habitual de quien no se puede conseguir que desista ni que mejore. 2.- La intimidación del mero delincuente ocasional. 3.- La corrección del autor corregible.

Los partidarios de la prevención especial, sostienen que la pena pretende evitar que el delincuente vuelva a delinquir, para ello existen dos criterios, el primero es reaccionario y propone a la inocuización, es decir, trata de evitar el delito impidiendo físicamente su consumación a través de largas penas de cárcel o incluso de la pena de muerte; la segunda es la que tiene más adeptos, la que procura la resocialización mediante la recuperación del delincuente de los valores sociales a través de la aplicación de un tratamiento.

¹⁰² La unión internacional de Derecho Penal fundada en 1889 por Von Liszt junto con el belga Prins y el holandés Van Hamen, contribuyó mucho a la divulgación de los nuevos planteamientos político criminales, en 1924 apareció en Italia la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP), que todavía hoy sigue existiendo. El 1937 fue disuelto el grupo alemán y fue después de la guerra, en 1947 cuando se fundó la Sociedad Internacional para la Defensa Social, la cual continuó con el trabajo de Liszt. Asimismo el proyecto alternativo de Código Penal Alemán publicado en 1966 se encuentra influenciado por la tesis de Liszt. Roxin, Derecho Penal...Op.cit. 86.

Bacigalupo sostiene que “la prevención especial ha sido sostenida en diferentes momentos de la historia del derecho penal. Su fundamento es siempre el mismo: la comisión de un delito contiene la amenaza de futuras lesiones del orden jurídico, por tanto, la pena debe servir para evitar esos futuros delitos, ya que el que se cometió no puede desaparecer del mundo¹⁰³”. Al respecto Ignacio Burgoa G. de la Torre establece que “el origen moderno de esta finalidad está en la aportación del positivismo criminológico. El estudio de las causas de la criminalidad llevó a centrar los efectos de la reacción penal sobre el delincuente y en concreto, sobre la peligrosidad por él manifestada”¹⁰⁴.

Por otra parte, existen diversos criterios respecto a la aplicación de la pena que tenga como la finalidad la prevención especial, como por ejemplo en los delitos que por ser menos graves no chocan abiertamente con barreras derivadas del fuerte rechazo social, deberían ser castigados con las penas más graves para contrarrestar la frecuencia de su realización. Simultáneamente, hechos reputados de máxima gravedad por la sociedad acarrearían penas de mínima cuantía, precisamente porque su grave reprobación social constituye un freno a su práctica, lo que determina que el recurso a la pena estatal sea mucho menos necesario.

¹⁰³ BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Op. cit. p.14.

Contra la prevención especial, por su parte, se suele argumentar que, por sí sola, llevaría al intolerable resultado de impunidad, incluso de delitos muy graves, cuando el delincuente no precise ser intimidado, reeducado o inocuizado, pues en estos casos deja de existir el peligro de reincidencia. En aquellos otros casos en que no fuese posible su resocialización, la prevención especial obligaría a una inadmisibile inocuización perpetua.

En relación a la resocialización, Borja Mapelli Caffarena y Juan Terradillos Basoco, sostienen que es igualmente contradictorio reintegrar a un sujeto en un marco social cuyas desigualdades estructurales han tenido un papel determinante en la generación de la criminalidad: sería volver a colocarle en circuitos criminógenos.

Es igualmente contradictorio hablar de resocialización de sujetos que nunca estuvieron integrados, y finalmente, parece problemático interpretar que prepara a los sujetos a vivir en libertad mediante la utilización de un sistema penal que gira substancialmente alrededor de la privación de libertad. Su defecto más grave consiste en que no existe un límite para la pena, es decir, que podía darse el caso de retener al condenado el tiempo necesario hasta que estuviera resocializado. Esto debería conducir a la introducción de una condena con pena de duración indeterminada.

¹⁰⁴BERDUGO G. DE LA TORRE, Ignacio, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Editorial Praxis, Barcelona 1996. p. 24.

También, puede darse el caso, de que por un delito de poca importancia se pudiera aplicar una pena privativa de libertad de muchos años en el supuesto de que el condenado presentase un síntoma de profunda alteración de la personalidad. Incluso se pudiera considerar un tratamiento cuando alguien apareciese como sujeto que entraña un grave peligro de criminalidad, sin que se pudiese probar que hubiese cometido ningún delito hasta el momento.

Otro punto débil de la prevención especial se encuentra en el hecho de que no se sabe que hacer con los autores que no están necesitados de resocialización. Este problema no sólo surge con muchos autores de hechos imprudentes y con autores ocasionales de pequeños delitos, sino también como personas que han cometido delitos graves, pero en los que no existe peligro de reincidencia. Mientras que la pena de retribución lleva su fin dentro de sí misma y, por tanto, es independiente de cualquier resultado o éxito, la fijación de una pena preventivo especial se torna sin sentido, en virtud de que no siempre se puede cumplir con éxito el fin de la pena.

Estas objeciones, entre otras, han llevado a un replanteamiento de la prevención especial. El mismo de la socialización ha quedado relativizado, y se viene entendiendo que no puede referirse a todo un código de valores: “socializar-advierde Barbero Santos- significa no otra cosa que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delito, no que haga suyos los valores de una

sociedad que puede repudiar”¹⁰⁵. La política criminal internacional desde 1975 abandonó la idea de resocialización (antes dominante) regresando a la teoría de la retribución y a la prevención general. Esta tendencia denominada neoclasicismo se opone a un derecho penal de tratamiento, ya que no se admiten las penas de duración indeterminada y los tratamientos de carácter obligatorio para los condenados.

En conclusión, todas las objeciones teóricas y prácticas de la prevención especial se ven reflejadas en el sistema penal mexicano, pues como acertadamente apunta Zaffaroni, la pena será el intento de resocializarlo para que pueda desarrollar su propia existencia sin volver a afectar la existencia ajena, pero para ello no es posible perder de vista que al intentar resocializarle necesariamente le está causando un mal, porque no puede hacerlo sin privarle de algunos bienes jurídicos¹⁰⁶. De ahí, que no pueda seguirse sosteniendo como premisa constitucional la readaptación social. Ahora bien, tampoco se puede soslayar la desvinculación entre la resolución judicial que determina una pena y su real ejecución, ya que no depende del Juez vigilar el cumplimiento de la sentencia, sino que es una autoridad de carácter administrativo la que resuelve los beneficios penitenciarios, verbigracia, la preliberación o libertad preparatoria, lo que se contrapone con la armonía

¹⁰⁵ MAPELLI CAFFARENA Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan, Las Consecuencias Jurídicas del Delito, Editorial Civitas, Madrid-Esapaña, 1993, p. 39.

jurídica que se pretende en aras a la teleología, es decir, a lograr un fin (readaptación social), que a pesar de no ser alcanzado, en la práctica, se deja en libertad anticipadamente a quienes en su mayoría vuelven a delinquir, bajo el falso argumento, precisamente de la readaptación. En segundo lugar, está plenamente comprobado por otras investigaciones que la readaptación social en México es un mito por la falta de medios adecuados, infraestructura y personal capacitado para llevar un tratamiento mínimamente eficaz en el que pueda educar y enseñar a trabajar a los reclusos. El fracaso de la readaptación social o también denominada resocialización ha dado pauta a la aparición de la postura abolicionista que constituye el modo más radical de afrontar el Derecho Penal, pues si el fin de la pena es la readaptación social y ésta no se logra en la práctica, el Derecho Penal no sirve y por tanto debe desaparecer (crítica al derecho penal contemporáneo).

1.3. Teorías mixtas

Las teorías mixtas¹⁰⁷ también son denominadas teorías de la unión y éstas tratan de combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas, esto es, combinar la retribución de la culpabilidad mediante

¹⁰⁶ Cfr. Tratado de Derecho Penal, cit. p. 122.

¹⁰⁷ Las teorías dualistas o mixtas de primera época se limitaron a yuxtaponer los fines de prevención general y especial, reproduciendo por tanto las insuficiencias de las teorías monistas. En un segundo momento, la doctrina penal centra su atención en la búsqueda de formulaciones que permiten diferenciar y engarzar los

pena con la influencia rehabilitadora, intimidatoria o de aseguramiento en el autor concreto de tal forma que todos los fines de la pena alcancen una relación equilibrada. Las teorías mixtas justifican la pena en su capacidad para reprimir y prevenir al mismo tiempo.

La consideración de los inconvenientes que presenta la admisión de la retribución como fin único de la sanción penal, hace que se intente, fundamentalmente apartir de Merkel y Von Hippel, la elaboración de las referidas teorías unitarias.

Estas teorías son eclécticas¹⁰⁸ y admiten la retribución, pero dirigida al servicio de la protección de la sociedad, por ejemplo México tiene vigente en su sistema penal la teoría de la unión, por una parte el principio de culpabilidad y por la otra el principio de readaptación social. En esa línea se distingue entre el fundamento de la pena y el fin de la misma. En cuanto al fundamento se dice que la reacción punitiva sólo puede basarse en el hecho cometido y del mismo modo se rechaza la posibilidad de fundarla en la prevención especial, pues ahí la pena se basa en lo que el sujeto puede llegar a

fines de prevención general y de prevención especial a partir de la delimitación de los sucesivos estadios de la norma (conminación, aplicación judicial y ejecución).

¹⁰⁸ Actualmente en Europa, particularmente en Alemania los últimos estudios realizados concluyen que la teoría de la unión une tan sólo los fines preventivos, de modo que ha de buscar la legitimación exclusivamente en éstos; sin embargo se sostiene que ha de prescindirse de la retribución de la culpabilidad sólo en el ámbito de la fundamentación de la pena, mientras que se pretende que siga desplegando efectos como medio de limitación de la intervención. Esto tiene como consecuencia que desde este punto de vista existe la posibilidad de fijar una pena considerablemente inferior a la medida adecuada a la culpabilidad si hay razones preventivas que aboguen por ello; sin embargo conforme a esta variable se considera ilegítimo sobrepasar la pena adecuada a la culpabilidad.

ser sino se le trata a tiempo, pero no en lo que concretamente ha hecho, criterio que desprecia la dignidad del hombre al tratarlo como un enfermo biológico o social.

Borja Mapelli dice que “las teorías de la diferenciación y dialéctica de la unión que, respectivamente, han elaborado, tienen en común la contemplación de los fines de la pena a través de sus sucesivas fases- conminación, imposición y ejecución- y de los sujetos que en ellas intervienen¹⁰⁹”.

En tal virtud, Juan Carlos Corbonell Mateu acertadamente concluye que “las teorías eclécticas o de la unión, la pena cumple distintas funciones en diferentes fases: mediante su prevención se perseguiría la prevención general intimidatoria; en el momento de dictar sentencia, la retribución; mediante su cumplimiento, la prevención general positiva y en la ejecución se tratarían de obtener los efectos de la prevención especial.¹¹⁰

En suma, como afirma Quintero Olivares, las teorías mixtas aceptan la retribución y el principio de culpabilidad como criterio que delimitan la intervención de la pena. Esta no puede ir más allá de la responsabilidad contraída por el hecho anterior cometido¹¹¹.

¹⁰⁹ Idem. p. 42.

¹¹⁰ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1996, p.61

¹¹¹ Op. cit. p. 84.

Ahora bien, si partimos de la hipótesis que las teorías mixtas, también llamadas de la unión, consideran la retribución, la prevención especial y la prevención general como fines de la pena que se persiguen simultáneamente, encontraremos que el binomio culpabilidad y readaptación no permite cumplir con el fin de la pena. El defecto que le es propio a todas las teorías preventivas se remedia óptimamente mediante una prohibición de rebasamiento de la culpabilidad. Según esto, la pena tampoco puede sobrepasar en su duración la medida de culpabilidad aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación revelen como deseable una detención más prolongada. La pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzarla siempre que eso lo permita su fin preventivo. La pena sirve a los fines de la prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesarias exigencias preventivas especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivas generales. Por ejemplo, si un sujeto es sentenciado a 40 años de prisión por la comisión del delito de homicidio calificado y se demuestra que ha sido readaptado socialmente durante los 10 primeros años, a pesar de que se cumplió con la finalidad de la pena no podrá salir de la prisión sino hasta que cumpla la pena que le fue impuesta de conformidad al principio de culpabilidad. También se puede dar el caso

contrario, en el supuesto de que una persona sea considerada penalmente responsable del delito de lesiones que ponen en peligro la vida y fuere condenado a 4 años de prisión, esta pena podrá ser sustituida por trabajo a favor de la comunidad o semilibertad, aún cuando se acredite plenamente que el sentenciado requiere estar privado de su libertad bajo un tratamiento de readaptación social. Tanto en el primero como el segundo ejemplo no se cumple el fin de la pena, y lo mismo sucede en los delitos de “cuello blanco”, en los delitos culposos, precisamente por la falta de tratamiento que se podría aplicar en estos casos.

A decir de Gunther Jakobs¹¹², existen dos objeciones importantes a la teoría de la unión. Primero: la teoría de la unión vive de la suposición de que las legitimaciones y los fines de la pena pueden combinarse mediante adición, es decir, precisamente, que pueden unirse. Si esta suposición fuera acertada, de lo que evidentemente parten los representantes de esta teoría, debería buscarse aquel principio que crea esa armonía de lo aparentemente contrapuesto, esto es, que se ve satisfecho tanto por medio de retribución como por medio de prevención, aunque a su vez ese principio se resume en algo tan pobre como que “en “alguna medida se produzca una reacción de rechazo frente al hecho”. Este principio sería el fin previo a las

¹¹² GÜNTHER, Jakobs, Manuel Cancio Melia (traducción), *Sobre la Teoría de la Pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1998, pp. 12-14.

configuraciones concretas de apariencia heterogénea y otorgaría la legitimación previa. Dicho a través de un ejemplo: si se reforma a un asesino para convertirlo en una persona pacífica –si es que ello es posible- el trato con él, no puede interpretarse de un solo trazo también como retribución de culpabilidad; pues la culpabilidad se retribuye a un responsable, mientras que se reforma al objeto de necesidades preventivas. Por tanto, la unión paraliza o bien el derecho a la reforma o bien el sentido del acto en cuanto retribución de culpabilidad. La culpabilidad sólo puede limitar aquello que se adecua a su concepto, y , por consiguiente, no puede limitar la educación, la intimidación o los elementos similares. Segundo: las suposiciones de armonía no sólo afectan la teoría, sino también a la práctica, y muestran su carácter quebradizo a este respecto de modo especial en el intento de unir la retribución de la culpabilidad y la prevención especial. Parece evidente que lo que sucede de modo cotidiano como pena no es una prevención especial limitada por la retribución de la culpabilidad. Ello tiene sus razones fácilmente comprensibles, que rigen respecto de la relación, dicho de modo más exacto, respecto de la ausencia de una relación positiva entre retribución de culpabilidad y prevención general.

En resumen, sólo contamos con tres respuestas a la designación de la finalidad de la pena, su importancia radica en constituir fuente de justificación

o legitimación de la pena. Fin de la pena retributivo o de prevención que se desdobra en prevención general o especial, sin embargo, esto no es suficiente, la justificación de la consecuencia jurídica del delito cuya finalidad no se cumple en la praxis es prueba plena de la crisis del Derecho Penal Contemporáneo. Las tesis sobre el fundamento de la pena actualmente se desarrollan sobre los criterios de necesidad de pena y culpabilidad. Cuando el fundamento de la pena se hace depender de su finalidad última (misión del Derecho Penal la protección de bienes jurídicos) se considera la pena como una amarga necesidad. Nuestra posición coincide en que la Misión del Derecho Penal es la de proteger los valores e intereses con relevancia constitucional (vida, libertad, propiedad, igualdad, etc.) para contribuir a que la comunidad viva en paz, en consecuencia, esta misión se convierte en la causa final de la pena, se justifica por su necesidad para lograr dicha protección, pero se legitima si se aplica dentro del marco de los principio de legalidad, culpabilidad, mínima intervención, etc. En este orden de ideas no podemos desvincular la pena de la estructura de la norma penal puesto que se expresa mediante la asociación de conductas que atacan los bienes jurídicos tutelados a cuya correspondencia surge la sanción penal, por ello, la complejidad de la sociedad mexicana dentro de la cual destacan problemas como la pobreza, nivel cultural bajo, sobrepoblación etc., exige que

abandonemos el principio de readaptación social e implementemos única y exclusivamente la Teoría de la Prevención General como marco referencial para el sistema penal mexicano. Tal propuesta se fundamenta en que sólo estaremos en posibilidad de aspirar a la consecución de la misión del Derecho Penal cuando verdaderamente se apliquen los medios que le son propios, son éstos ante todo la conminación penal, la imposición de la pena y la ejecución de ésta, instrumentos de los que se vale para garantizar la observancia de las normas penales. El que no desiste de la realización de la acción prohibida por el propio contenido de valor de la norma de conducta debe ser motivado mediante la conminación de un mal para que omita dicha acción prohibida. La imposición de la pena desde esta perspectiva pretende, mediante la desaprobación de la conducta antinormativa realizada, confirmar la norma infringida puesta en cuestión por el autor, estabilizando la confianza general en la observancia de las normas penales, esto es, asegurar de modo preventivo general para el futuro la vigencia fáctica de la norma de conducta vulnerada por el delincuente.

III. LOS LIMITES AL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

1. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

El poder punitivo del Estado, debe estar necesariamente limitado por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, también denominado de ofensividad o de lesividad. Sólo las acciones que pongan en peligro o lesionen un bien jurídico pueden ser objeto de la aplicación de una pena, por tanto, el legislador no está facultado para castigar cualquier conducta sino sólo aquellas que afecten bienes jurídicos.

En palabras de Luzón Peña, los bienes jurídicos son condiciones básicas para el funcionamiento social y para el desarrollo y participación de los ciudadanos en la vida social. Pero también este límite al *ius puniendi*, se desprende del fundamento funcional, del principio general de necesidad de la pena para la protección de la sociedad; pues recurrir a algo tan grave como la sanción penal frente a conductas que no ataquen bienes jurídicos sería innecesario porque en todo caso basta con medios extrapenales, pero también a la larga, por infundado o al menos desproporcionado, sería ineficaz”¹¹³. En este orden de ideas, consideramos que la observancia de este principio es fundamental para evitar la creación de un Estado totalitario, pues de permitirse

¹¹³ Op.cit. p. 82.

que se sancione cualquier conducta, es factible castigar al sujeto que no cumpla con una determinación de autoridad, por arbitraria que ésta fuera, verbigracia la creación del artículo 171bis del Código Penal para el Distrito Federal que en su fracción II establece:

Comete el delito de utilización indebida de la vía pública: El que determine a otros a ejercer el comercio en la vía pública sin permiso de la autoridad competente obteniendo algún beneficio o lucro para si o para un tercero... Al que incurra en la comisión de alguna de las conductas señaladas en la fracción II de este artículo se le impondrá de uno a tres años de prisión y multa de cien a trescientos días multa.

El tipo en comento, fue creado para proteger intereses particulares y no generales como debiera ser, tanto es así, que no sancionan la realización de la conducta en sí misma (ejercer el comercio en la vía pública), sino que la condicionan solamente a los dirigentes ambulantes, situación que es violatoria del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Welzel, con una marcada influencia iusnaturalista, decía que el objeto del Derecho Penal es la protección de los valores elementales de la vida comunitaria, pues el cumplimiento de los preceptos jurídicos es el mínimo ético social necesario para la convivencia¹¹⁴. Lo anterior, implica la

¹¹⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Op.cit. p. 50.

delimitación de la materia de la prohibición, toda vez que se parte de los comportamientos ético sociales que se pretenden regular.

Ahora bien, uno de los principales problemas que a lo largo de su historia ha encontrado el concepto de bien jurídico, es la determinación de su contenido para ofrecer un límite al poder punitivo del Estado. Santiago Mir Puig refiere que es evidente, por de pronto, que la menor capacidad limitadora corresponde al concepto dogmático de bien jurídico, según el cual importan los bienes efectivamente protegidos por el Derecho. Así formulado, dicho concepto ni siquiera podría servir para exigir que la protección penal se redujera a la de aquellos bienes reconocidos por alguna norma jurídica previa al Derecho penal, a la de los bienes jurídicos que el Derecho penal *se encuentra* procedentes de otras ramas del Derecho. Pues, si el Derecho penal *también* es Derecho, bastaría que reconociese *ex novo* cualquier objeto no anteriormente protegido, para que dogmáticamente debiera considerarse un bien jurídico. Tal vez no fuera ésta la intención última de la concepción de Binding del bien jurídico. Al referir la protección penal a los bienes jurídicos, quizás buscaba Binding una coherencia con su atribución al Derecho penal de una naturaleza meramente sancionadora de normas preexistentes a la ley penal. Como estas normas, los bienes jurídicos serían, entonces, previos al Derecho penal. Asignar a éste la función de tutela de bienes jurídicos

equivaldría a limitar el Derecho penal a sancionar los ataques a bienes reconocidos en otros sectores del Derecho.

En este orden de ideas, las acciones indiferentes al Derecho Penal podrán ser ilícitas con arreglo a otras ramas del Derecho, e incluso ser gravemente desaprobadas desde un punto de vista ético por algún grupo de personas, empero, dichas acciones son consideradas tolerables y susceptibles de sancionarse a través de instrumentos menos graves que la pena. Desde el prisma de un Estado de Derecho, no es inútil reclamar un concepto político-criminal de bien jurídico que lo distinga de los valores puramente *morales* y facilite la delimitación de los ámbitos propios de la Moral y el Derecho; no es ocioso situar los bienes merecedores de tutela jurídica en el terreno de lo social, exigiendo que constituyan condiciones de funcionamiento de los sistemas sociales, y no sólo valores culturales como pretendió el neokantismo; y, finalmente, es ciertamente conveniente postular que el bien jurídico no sólo importe al sistema social, sino que traduzca además en concretas posibilidades para el individuo.

La base de todo procedimiento sancionador radica en la selección de conductas que se consideran lesivas para los valores en intereses que se pretenden proteger, a través del Derecho Penal. El debate sobre la constitucionalización del principio de lesividad versa sobre la justificación de

castigar conductas carentes de peligrosidad real y en las que sólo concurriría, si acaso, una cierta peligrosidad social del autor, al respecto Mantovani opina que el principio de ofensividad o lesividad del hecho punible representa una derivación de la exigencia constitucional de proporcionalidad, que reclama una afectación real de intereses con relevancia constitucional para justificar la limitación de derechos fundamentales que es propia de la sanción punitiva. En relación a lo anterior, García Rivas comenta que la postura de Mantovani nos sitúa en el punto de contacto entre el postulado de la exclusiva protección de bienes jurídicos y lo que podríamos denominar teoría constitucional del bien jurídico. Estos dos aspectos, según García Rivas, terminan por unirse, ya que si el sistema penal está vinculado a la protección de intereses relevantes por exigencia constitucional, dichos intereses han de tener necesariamente un reconocimiento, más o menos explícito, en la propia constitución¹¹⁵.

A partir de este postulado, afirma Gómez de la Torre, se ha desarrollado un arsenal teórico que permite depurar el catálogo de bienes jurídicos protegidos por las leyes penales tanto desde un plano sociológico como un plano valorativo. Así, desde el primero se reclama que las conductas incriminadas afecten negativamente a las funciones y estructuras sociales. Desde el punto de vista valorativo se estima que para que un interés pueda ser

¹¹⁵ Op.cit. p. 48.

objeto de protección penal debe tener un fundamento en el orden constitucional de valores. De este modo valores constitucionales y criterios sociales sirven para depurar el catálogo de bienes jurídicos vigentes¹¹⁶.

A este respecto, cabe hacer la siguiente matización: para que un bien jurídico pueda considerarse merecedor de la tutela penal, debe cumplir con dos presupuestos, en primer término, suficiente importancia social, y en segundo lugar, la necesidad de protección por el Derecho Penal.

En efecto, los bienes jurídicos susceptibles de tutela penal son aquellos que afectan en mayor medida y más directamente a los individuos¹¹⁷. Según Santiago Mir, hay dos enfoques posibles en la valoración de los intereses colectivos. Uno, es contemplarlos desde el punto de vista de su importancia para el sistema social. Otro, valorarlos en función de su repercusión en los individuos. El primero es el adoptado por el Estado social autoritario, caracterizado por subordinar el individuo al todo social. El Estado social democrático ha de preferir el segundo enfoque: le importan los intereses colectivos *en la medida en que* condicionen la vida de los individuos. La razón es obvia: se trata de que el sistema social se ponga al servicio del individuo, no que el individuo esté al servicio del sistema.

¹¹⁶ Op.cit. p. 48-49.

¹¹⁷ Es cierto que en épocas anteriores el poder político otorgó la máxima protección penal a valores estatales y religiosos, pero también es evidente que ello responde a concepciones superadas en nuestro ámbito de cultura, concepciones que no decidían el contenido del Derecho penal con arreglo al criterio de los intereses

Desde este punto de vista, la valoración de la importancia de un determinado interés colectivo exigirá la comprobación del daño que cause a cada individuo su vulneración. El problema que se plantea en este punto es el de si la extensión del interés a amplias capas de la población ha de conducir a afirmar la suficiente importancia de dicho interés para que pueda convertirse en objeto del Derecho penal, máxime que se puede dar el supuesto de la existencia de un interés difundido en la sociedad que no afecte a cada individuo más que en forma leve.

El Estado no puede desconocer la significación que por si misma implica la extensión social de un determinado interés, pero tampoco ha de prescindir de exigir como mínimo una determinada gravedad en la repercusión del interés colectivo en cada individuo, en otras palabras, no basta que un bien posea suficiente importancia social para que deba protegerse penalmente, además, debemos constatar que no existan otros medios de defensa menos lesivos, verbigracia el ámbito administrativo, instrumento de control social que al igual que el derecho penal, tiene como finalidad la protección de intereses o valores.

La tarea no se presenta fácil, sin embargo, como ha puesto de manifiesto recientemente Hassemmer, subsisten grandes dudas en cuanto a si el

fundamentales de la sociedad. En el Estado social actual vuelve a plantearse la cuestión de si el conjunto social merece tanta o mayor protección jurídica que los individuos.

concepto de bien jurídico cumple aún hoy realmente con la función de imponer una barrera al legislador penal; dudas que provienen sobre todo de la aparición de bienes jurídicos colectivos, donde la función limitadora del bien jurídico se disuelve por su intrínseca vaguedad¹¹⁸. En este contexto, cabe mencionar que la evolución de la sociedad trae como consecuencia el surgimiento de nuevos intereses colectivos o sociales, también llamados “difusos”, que imponen realizar juicios de valoración respecto del límite de la intervención del Derecho penal, por ejemplo, la seguridad en el trabajo, la salud pública, el medio ambiente, la libertad sindical y el derecho de huelga, etc.

Por consiguiente, es fundamental analizar los códigos penales de nuestro país, en función de detectar aquellos tipos penales que no protegen en esencia un valor o interés que merezca la tutela penal, en aras de alcanzar un equilibrio entre la protección de la sociedad y la protección de las garantías individuales.

La base de todo procedimiento sancionador radica en la selección de conductas que se consideran lesivas para los valores o intereses que se pretenden proteger, a través del Derecho Penal. Al margen de lo anterior, cabe mencionar que la evolución de la sociedad trae como consecuencia el

¹¹⁸ Cfr. García Rivas, Op. cit. 50.

surgimiento de nuevos intereses colectivos o sociales, también llamados “difusos”, que imponen realizar juicios de valoración respecto del límite de la intervención del Derecho penal, por ejemplo, la seguridad en el trabajo, la salud pública, el medio ambiente, la libertad sindical y el derecho de huelga.

En virtud de lo anterior, para que un bien jurídico pueda considerarse merecedor de la tutela penal, debe cumplir con dos presupuestos, en primer término suficiente importancia social, y segundo lugar, la necesidad de protección por el Derecho Penal.

En conclusión, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos penales, es transgredido por el sistema penal mexicano, precisamente porque existen diversos tipos penales que no protegen en esencia un valor o interés que merezca la tutela penal.

2. El principio de intervención mínima

El Derecho Penal sólo debe intervenir únicamente cuando existan ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes (vida, libertad, integridad física, propiedad, etc.). Ello es una de las manifestaciones de un planteamiento político-criminal más global. Supone la concepción del Derecho penal como un *mal menor* que sólo es admisible en la medida en que resulte del todo necesario. Las perturbaciones más leves del orden jurídico,

dice Muñoz Conde, son objeto de otras ramas del Derecho. De aquí que se diga que el Derecho Penal tiene carácter subsidiario frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico. Esta expresión, a juicio del citado autor, es indudablemente equívoca, ya que la afirmación del carácter subsidiario del Derecho Penal tiene su origen en la teoría de las normas que formuló a principios del siglo XX el penalista Alemán Binding. El punto de partida de éste autor es su distinción entre norma y ley penal, el delincuente infringe con su conducta la norma, pero cumple la ley penal. La distinción peca de artificial y, desde luego, es innecesaria, según Muñoz Conde. Por imperativo del principio de legalidad o de intervención legalizada del poder punitivo del Estado, las normas de conducta solo adquieren relevancia en Derecho Penal en la medida en que se plasman en la ley penal vigente. El que existan normas de conducta sociales previas a las propias leyes penales no implica, afirma Muñoz Conde, que éstas seas subsidiarias de aquellas, sino simplemente demuestra el sustrato social que las normas penales tienen¹¹⁹.

El principio en comento, se fundamenta en la tesis de que el Derecho Penal no sólo no puede emplearse en defender intereses minoritarios y no necesarios para el funcionamiento del Estado de Derecho, sino que ni siquiera

¹¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1996, pp. 71-72.

es adecuado recurrir al derecho penal cuando existen otros instrumentos jurídicos que son susceptibles de garantizar una tutela suficiente.

En este sentido, podemos concluir que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se encuentra íntimamente relacionado con el principio de intervención mínima; al tenor de esta afirmación Quintero Olivares considera que un correcto entendimiento de la idea de bien jurídico y del principio de intervención mínima debe evitar que el Derecho Penal sea utilizado como instrumento para imponer concepciones morales e ideológicas que sólo sienten un sector de la sociedad como regla necesaria de la moralidad de todos. Este no es un caso de confusión entre la Moral y el Derecho, tema que tanto ha ocupado la atención de los filósofos del mismo, sino de imposición de una cierta y concreta moral¹²⁰.

El principio de intervención mínima¹²¹ lleva implícita la propuesta de descriminalización, desaparición de tipos penales que no tiene razón de ser, intereses minoritarios que podrían estar perfectamente tutelados con otros

¹²⁰ Op. cit. p.56.

¹²¹ La tradición liberal que arranca de Beccaria y que postula la *humanización* del Derecho penal: se parte de la idea de que la intervención penal supone una intromisión del Estado en la esfera de libertad del ciudadano, que sólo resulta tolerable cuando es estrictamente necesaria –inevitable– para la protección del mismo ciudadano. Tras ello se halla la convicción de que es preciso defender al ciudadano del poder coactivo del Estado. Es evidente la coherencia del principio de intervención mínima del Derecho penal con un planteamiento liberal o no liberal. *¿Es igualmente compatible dicho principio con la aceptación actualmente dominante del Estado social intervencionista?* Al tiempo que, en mayor o menor medida, hoy suele considerarse positiva una intervención asistencial, y de fomento por parte del Estado, se siente rechazo ante la actividad *represiva* del mismo. No hay en ello contradicción alguna: la admisión de un Estado social, que interviene para procurar *bienestar* a los ciudadanos, no obliga a postular como deseable un intervencionismo penal que *restrinja* la libertad del ciudadano más allá de lo imprescindible para su propia protección. Al

instrumentos jurídicos no penales. A decir de García Rivas, en su nombre se arbitran políticas despenalizadoras que colocan en el centro del debate el alcance de la relación entre en Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador, cuya importancia se ve ampliada en los últimos años¹²².

La crisis del sistema penal mexicano ha orillado a los legisladores a establecer una distorsionada y equívoca política criminal¹²³, que supone la creación de más figuras delictivas para detener el creciente fenómeno criminal de nuestro país, sin embargo, esto no es correcto, lo único que se ha conseguido con ello, es la saturación de los órganos de procuración y administración de justicia, así como la complicación en la interpretación de tipos penales que algunos consideran especiales o autónomos mientras que otros los consideramos tipos derivados del básico, por ejemplo el artículo 367 del Código Penal Federal tipifica el robo, el cual será calificado cuando se

contrario, en un Estado social al servicio del individuo, la intervención penal sólo se justifica cuando es absolutamente necesaria para la protección de los ciudadanos.

¹²² GARCIA RIVAS, Nicolás, Op. Cit. p. 54.

¹²³ El uso de una sanción tan grave como la pena requiere el presupuesto de una infracción igualmente grave. Al carácter penal de la sanción ha de corresponder un carácter también penal de la infracción. El Derecho penal no puede usarse para sancionar la infracción de una norma primaria merecedora de naturaleza penal. Sólo las prohibiciones y mandatos fundamentales de la vida social merecen adoptar el carácter de normas penales. Sólo las infracciones de tales normas merecen la consideración de "delitos". Reclamar una particular "importancia social" para los bienes jurídicos-penales, significa, pues, por de pronto, postular la autonomía de la valoración jurídico-penal de aquellos bienes. Y significa erigir en criterio básico de dicha valoración específica el que tales bienes puedan considerarse *fundamentales para la vida social*. Lo primero – la autonomía valorativa del Derecho penal- supone el rechazo de una concepción de éste como instrumento meramente *sancionador* de valores y normas no penales. Lo segundo –la exigencia de que los bienes jurídico-penales sean fundamentales para la vida social- obliga a precisar de algún modo el sentido de esta exigencia. En realidad, las divergencias ante la cuestión de si hay que *criminalizar*, o no, determinado interés empezarán en este punto. Será fácil el acuerdo hasta aquí, pero será mucho más difícil coincidir en la apreciación de cuándo un interés es fundamental para la vida social y cuándo no lo es. Hasta cierto punto ello es inevitable, pues se trata de una cuestión valorativa, pero es bueno tratar de hallar criterios que puedan auxiliar en la discusión *racional* (intersubjetiva) del problema.

cometa con violencia según lo previsto por el artículo 373 del mismo ordenamiento, pero actualmente nos encontramos con una figura delictiva de robo con violencia, relativamente reciente plasmada en el artículo 371 párrafo tercero y que prevé una pena completamente diferente y más severa que la prevista para el robo genérico, siendo que un mismo hecho puede ser tipificado indistintamente por el Ministerio Público en ambas figuras a su completo arbitrio. De igual forma, podemos citar el artículo 259 bis (hostigamiento sexual), que se conforma por una serie de elementos normativos y subjetivos, que además de hacer difícil su acreditación y tener una consecuencia jurídica irrisoria, no debería de estar tipificado, pues el interés que se pretende proteger puede ser perfectamente tutelado por el Derecho Laboral, precisamente porque regula conflictos fundamentalmente derivados de una relación de subordinación.

De no respetarse el principio de intervención mínima se abre la posibilidad de que la dinámica propia del intervencionismo que le caracteriza entraña el peligro de caer en la tentación de utilizar el Derecho penal como apoyo de una política de gobierno determinada. Es éste el riesgo más intolerable, que tiende a la maximización de la eficacia del poder público.

Por otra parte, el Estado puede confundir la necesidad de favorecer determinados intereses colectivos, *difundidos* entre amplias capas de la

población, con la conveniencia de una intervención penal para prevenir su ataque. La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada constituye un claro ejemplo de utilización de la intervención penal al servicio de unas políticas coyunturales determinadas. No importa que la citada ley contravenga el orden constitucional; el terror y la arbitrariedad del poder punitivo del Estado Mexicano se hicieron legales. En este orden de ideas, es importante destacar que por esta vía se está produciendo una tendencia a la ampliación del Derecho penal que se contrapone al programa de despenalización progresiva que en otras materias se propugna en nombre del principio de intervención mínima del Derecho penal. Podría suceder que al mismo tiempo que se postula un Derecho penal mínimo y se aboga por una progresiva abolición y sustitución de la pena, se esté abonando una importante tendencia de sentido inverso. Conviene llamar la atención del fenómeno y reflexionar sobre los criterios que han de orientar al legislador en la decisión de si determinada materia nueva exige la intervención penal¹²⁴.

¹²⁴ El problema se ha manifestado con particular gravedad en Italia, cuya doctrina penal ha podido comprobar los riesgos de una *inflación penal* producto de un planteamiento que ha visto en la intervención penal un arma tentadora para salir al paso de situaciones de emergencia y de la aparición de *nuevos problemas*. En este segundo apartado puede incluirse la protección penal del intereses colectivos como los mencionados anteriormente, que Galgano considera inscribibles en un "Derecho penal de la economía" manifestado en los tres apartados siguientes: a) Un Derecho penal de la producción de la riqueza, destinado a la tutela del medio ambiente y de la salud; b) Un Derecho penal de la circulación de la riqueza, que se manifiesta en el ámbito de la creación de delitos monetarios; c) Un Derecho penal financiero, relativo a la evasión fiscal. Galgano no discute la relevancia de los intereses protegidos, reconducibles casi todos, a su juicio, el artículo 41 de la Constitución italiana. Se pregunta, en cambio, "si la técnica de tutela penal adoptada es adecuada al objetivo: si de veras se ha dado vida a un Derecho penal de la economía o, mejor -y ésta será la respuesta-, a un Derecho administrativo de la economía penalmente sancionado". A la problemática que plantea una tal concepción meramente *sancionadora* del Derecho penal dedicaremos el apartado siguiente. Antes de

Debe evitarse caer en el error de extender al Derecho penal el papel *promocional* que corresponde a otros sectores del Derecho en un Estado social. Como señala Bricola, se opone a la inspiración de una intervención mínima del Derecho penal la tendencia a considerarlo el instrumento más idóneo para resolver los principales problemas de una sociedad en crisis.

El principio de intervención mínima del Derecho penal choca, por otra parte, con la tendencia que se advierte en la actualidad a una utilización del Derecho penal como instrumento meramente sancionador, de apoyo de normas no penales, tanto es así, que existe una marcada tendencia de crear tipos penales que en esencia castigan la violación de normas de otra naturaleza, verbigracia, los delitos previstos en el título vigésimo sexto del Código Penal para el Distrito Federal, es decir, los ilícitos en materia de derechos de autor. El aumento de los cometidos del Estado intervencionista se traduce, como es notorio, en un incremento consiguiente de su actividad legislativa, y éste, a su vez, con la tendencia de castigar con penas cada vez más severas¹²⁵.

abordarlo, importa insistir en algo que debiera ser evidente: el intento de regular la economía mediante la intervención penal seguramente se halla destinado al fracaso. Sin modificaciones profundas del sistema económico, la ley penal, que raramente se aplicará en este ámbito, puede acabar convirtiéndose en coartada ideológica, o en arma políticamente utilizable en determinadas coyunturas. Volviendo a Galgano, este autor pone el ejemplo de la evasión fiscal. A su juicio, la amenaza penal puede influir en pequeños evasores, como artesanos, pequeños profesionales y pequeños comerciantes, pero sin una reforma profunda de la compleja organización económica, que empiece por la reforma de las sociedades de capitales, se perpetuará la evasión fiscal de las medidas y grandes fortunas.

¹²⁵ Conviene tomar partido ante lo que podría constituir el futuro próximo del Derecho penal. ¿Ha de irse convirtiendo el Derecho penal en un instrumento *sancionador* de una legislación no penal en continua

El principio de intervención mínima, apunta Carbonell Mateu, comporta la no utilización del Derecho Penal para tutelar cualquier valor o interés. El denominado carácter fragmentario del derecho penal implica que tan sólo deba usarse éste para castigar los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más relevantes para la sociedad. El denominado carácter secundario o subsidiario del Derecho Penal afirma, según el referido autor, que éste sólo debe intervenir allí donde no sea posible obtener una tutela eficaz por otro medio menos costoso; esto es, a través de otra rama del ordenamiento jurídico¹²⁶.

Hay que partir del reconocimiento de que el Derecho penal no se limita a imponer sus sanciones específicas, sino que también, y previamente, dirige sus propias normas de conducta prohibiendo y ordenando determinados comportamientos a los ciudadanos. El Derecho penal no se compone sólo de “normas secundarias” dirigidas al juez, sino también de las “normas primarias” dirigidas al ciudadano. Tampoco la función del Derecho penal depende solamente de la función de sus consecuencias (de la pena y de las

expansión? O, por el contrario, ¿debe postularse la autonomía del Derecho penal en la creación de las normas cuya infracción ha de tener carácter delictivo? Binding, con su teoría de las normas, ofreció un modelo teórico favorable a la primera opción, la de una concepción meramente sancionadora del Derecho penal. En la misma línea podría moverse una concepción pragmática de las relaciones entre el Derecho penal y las demás ramas del Derecho, que incidiese el uso de la sanción penal en función únicamente de su posible mayor eficacia. Ni la construcción retribucionista de Binding ni un prevenciónismo puramente pragmático como el expuesto son adecuados para suministrar un contenido material al Derecho penal que evite su subordinación al resto de un ordenamiento jurídico que no deja de crecer.

¹²⁶ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal, Concepto y Principios Constitucionales*, editorial Tiran lo Blanch, Valencia, 1996, p. 196-197.

medidas de seguridad), sino que también de la función de sus “normas primarias”. La función del Derecho penal se distingue, así, de la de otros sectores del Derecho no sólo por la *mayor gravedad* de sus sanciones, sino también por la *mayor desvalorización* de los hechos que infringen sus normas. Para que el Derecho penal cumpla adecuadamente su cometido, ambos extremos han de guardar una necesaria correspondencia.

En este orden de ideas, la aplicación de una pena requiere como presupuesto de una infracción igualmente grave. Al carácter penal de la sanción ha de corresponder un carácter también penal de la infracción de cualquier norma jurídica, sino sólo la infracción de una norma primaria merecedora de naturaleza penal.

Sólo las prohibiciones y mandatos fundamentales para la vida social merecen adoptar el carácter de normas penales. Sólo las infracciones de tales normas merecen la consideración de “delitos”. Las normas penales más indiscutibles, las que integran el núcleo del Derecho penal, cuentan con una tradición inmemorial y han conseguido un profundo arraigo en la conciencia social. La consideración social de lo que es un “delito” y un “delincuente” supone un juicio de desvalor correspondiente a aquel arraigo y cualitativamente diferenciado del que se atribuye a la infracción de cualquier otra clase de normas.

La *criminalización* de un hecho sólo es correcta cuando éste atenta contra el funcionamiento de los sistemas sociales. No es correcto acudir a la intervención penal con el objeto de conseguir un efecto disuasorio más intenso respecto a infracciones de normas no suficientemente internalizadas por la conciencia social.

Todo esto enlaza con la función de *prevención general positiva* del Derecho penal, en el sentido limitador de la prevención en que creo que debe entenderse. Sólo cuando la amenaza penal apoye una norma penal primaria convincente podrá desplegar una función de *prevención general positiva*, de confirmación y afirmación de una convicción social. De lo contrario, puede llegar a *devaluar* la vía penal, e incluso a generar una reacción social de repulsa hacia la misma y hasta de apoyo al delincuente. En cualquier caso, el efecto más evidente es la dificultad de aplicación práctica y efectiva de las conminaciones penales que, paradójicamente, sólo responden a la pretensión de dotar de mayor eficacia a normas ajenas al núcleo de lo penal.

El principio de intervención mínima del Derecho penal sólo podrá realizarse coherentemente si empieza por reconocerse una específica autonomía al Derecho penal, tanto en sus consecuencias jurídicas como en la definición de las normas primarias a cuya infracción deben asociarse. Debe reclamarse una referencia cualitativa para la regulación penal primaria y

secundaria que impida la tendencia a una administrativización del Derecho penal. Sería peligrosa esta tendencia en un Estado intervencionista que aumenta día a día el volumen de su legislación administrativa. El Derecho penal no ha de convertirse en un arma más del intervencionismo estatal que sólo se distinga por su posible mayor eficacia y contundencia. Un Estado intervencionista que busca la máxima eficacia difícilmente restringiría al *mínimo* un Derecho penal cuya única característica fuera una mayor eficacia.

3. El principio de necesidad y utilidad de la intervención penal

El principio de necesidad impone también un límite al poder punitivo del Estado, pues según éste, el Derecho Penal sólo debe intervenir cuando la pena resulta necesaria. Como señala con razón Carbonell Mateu, el principio de necesidad de la pena es otra expresión del principio de prohibición de exceso. Allí, dice el autor, donde la pena resulta innecesaria, es injusta, como se viene diciendo desde Beccaria y reconoce la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano¹²⁷.

En este sentido, donde sea posible substituirse la pena por otras sanciones menos severas debe hacerse; el Código Penal Federal prevé distintos supuestos de no aplicación de la pena, es decir, excusas absolutorias o causas personales de exclusión de la responsabilidad penal. El Estado

renuncia a intervenir punitivamente en los supuestos de posesión de narcóticos, cuando el autor material es farmacodependiente, siempre y cuando la cantidad de droga que posea sea para su estricto consumo personal (artículo 199 del Código Penal Federal), de igual forma, no se aplicará pena en los casos en que el aborto sea el resultado de la imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el producto de la concepción sea consecuencia de una violación (artículo 333 del Código Penal Federal).

En tal virtud, podemos concluir que el legislador prevé supuestos en los que renuncia a la pena por considerarla innecesaria, empero, es importante señalar que los referidos ejemplos no constituyen una facultad discrecional del juzgador, sino que son determinaciones político criminales, a través del Poder Legislativo, salvo lo dispuesto por el artículo 55 del Código Penal Federal, en donde se establece que cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencia graves en su persona o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución, podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad.

¹²⁷ Op. cit. p. 199.

4. El principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad es considerado por la doctrina penal mayoritaria el límite de cualquier política criminal, sin embargo, en los últimos años este principio se ha puesto en tela de juicio, en virtud de que el sustento del concepto de la culpabilidad, esto es, el libre albedrío del hombre, sea cuestionado al grado de negarse, precisamente por la imposibilidad de su demostración. En este sentido, el principio de culpabilidad acompañará en su suerte al concepto de culpabilidad en la medida en que se conciba aquél como fundamento de la pena y del mismo *ius puniendi*¹²⁸. Por el contrario, si se considera exclusivamente como un principio limitador del poder punitivo del Estado, significa que toda pena supone culpabilidad, y que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad.

El principio de culpabilidad cuenta entre los postulados fundamentales de la doctrina jurídico-penal tradicional. Sin embargo, el concepto de culpabilidad ha sufrido una evolución que no ha logrado aclarar en forma

¹²⁸ La idea de que el castigo penal requiere la culpabilidad del sujeto tiene su origen en la lucha contra el derecho penal del antiguo régimen, en el que se hacía responder por el delito de uno a sus parientes, así como por hechos causales o fortuitos en los que el sujeto carecía de toda responsabilidad o, el los que tenía una responsabilidad tan solo indirecta o causal. La forma de responsabilidad sin culpabilidad, y que ha perdurado hasta tiempo reciente, es la que se conoce como *versari in re illicita*, originada en el Derecho Canónico; según este principio se hace responder al sujeto por los resultados ulteriores conectados causalmente a un ilícito, y se le hacía responder con igual pena que si este ulterior y causal resultado hubiese sido buscado con dolo. Pues bien, la idea del principio de culpabilidad viene a responder a esas dos injusticias, para plasmar por un parte el principio de personalidad de las penas, y por otra el principio de exigencia del dolo y la culpa. Cfr. Gómez de la Torre, *Lecciones de Derecho Penal...* p. 54.

mínimamente satisfactoria su significado¹²⁹. Por una parte, el desarrollo de la teoría del delito ha ido separando y diferenciando del concepto originario de culpabilidad una serie de categorías que van vaciando aquella noción y relegándola a una función residual¹³⁰. Sin embargo, el lenguaje ordinario y también el legal siguen usando el término culpabilidad y sus variantes en su sentido originario¹³¹.

De acuerdo con Diego Manuel Luzón Peña el aspecto funcional de éste principio ésta estrechamente conectado a los de necesidad, eficacia y proporcionalidad:

Si un sujeto no es culpable al cometer un hecho, es innecesaria la pena para la prevención general, ya que su impunidad no afecta la intimidación frente a los sujetos normales, que saben que son culpables, y es comprendida por la sociedad; y además la prevención general es ineficaz frente a los inculpables. En caso de disminución de la culpabilidad disminuye correlativamente la necesidad y también la eficacia de la prevención general. Desde la perspectiva político constitucional, el principio de culpabilidad tiene la

¹²⁹ El concepto de culpabilidad se ha cargado, en su interpretación jurídico-penal, de fuertes connotaciones metafísicas y moralizantes. Esto dificulta el manejo de aquel término por parte de una teoría del Derecho penal que quiera asentarse sobre bases verificables o controlables. También diluye la capacidad del principio de culpabilidad de fijar un límite racional al poder punitivo del Estado.

¹³⁰ La interpretación metafísica del concepto de culpabilidad, que hunde sus raíces en la tradición religiosa y en la creencia en la existencia de un alma inmaterial no sujeta a las leyes causales de la materia, no es la única posible. En el lenguaje ordinario y en el sentido amplio en que se utiliza como contrario o *inocente, culpable* de algo es simplemente aquel a quien puede *imputarse*. Ello se ve en la culpabilidad sólo una *relación de atribución*. Tampoco el concepto psicológico de culpabilidad de la teoría positivista del delito implica más que la posibilidad de una conexión psicológica del sujeto con el hecho.

¹³¹ Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Estado Social y Democrático de Derecho Penal*...p. 135.

significación indicada de los principios conexos de necesidad, eficacia y proporcionalidad, y muy especialmente es una plasmación del principio de igualdad, que prohíbe tratar igual a los culpables que a los inculpables o semiculpables¹³².

Hoy es frecuente entender que la culpabilidad supone un juicio de reproche dirigido al sujeto de un hecho antijurídico, por haberlo cometido cuando podía haber obrado de otro modo. La culpabilidad, por tanto, presupone la libertad de voluntad o libre albedrío, sin embargo, se insiste en que ésta suposición carece de base empírica y constituye sólo un postulado metafísico indemostrable.

Para que el “principio de culpabilidad” pueda cumplir la función, apunta Santiago Mir Puig, de trazar una frontera al poder punitivo, conviene replantear su contenido. Hay que preguntar si bajo dicho principio cabe unificar una serie de límites del derecho penal que hoy parecen inexcausables en un Estado Social y Democrático de Derecho. Tal unificación no puede buscarse por medio de supuestos indemostrables como el de libre albedrío, pero tal vez pueda conseguirse si se recupera el sentido originario del término “culpabilidad”, como posibilidad de imputar un suceso negativo a determinado sujeto. Así entendido, el principio de culpabilidad reuniría, en su sentido más amplio, todas las exigencias que se desprenden de la necesidad de

¹³² Op.cit. p. 86.

limitar la pena a los hechos atribuibles a un sujeto en un Estado social y democrático de Derecho, sin necesidad de acudir a la idea de la libertad de voluntad.

Según el referido autor, los beneficios del principio de culpabilidad son los siguientes:

a) El *principio de personalidad de la pena*. Impide castigar a alguien por un hecho ajeno. Hoy nadie admite la responsabilidad colectiva que en otro tiempo llevaba a castigar a todos los miembros de una familia por el hecho de alguno de ellos. Sin embargo, en la actualidad se plantea la cuestión de se deben responder penalmente las *personas jurídicas* –lo que afectaría a todos los socios con independencia de su intervención- o, alternativamente, los gestores de ellas por los hechos formalmente realizados por aquéllas.

b) El *principio de responsabilidad por el hecho*. Exige un “derecho penal en derecho” y se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser –directa o indirectamente-. Aunque el hombre contribuye a la formación de su personalidad, ésta escapa en buena parte a su control. Debe rechazarse la teoría de la “culpabilidad por la conducta de la vida” o la “culpabilidad por el carácter”. Este principio entronca con el de legalidad y su exigencia de tipicidad de los delitos: el “mandato” de determinación de la ley penal reclama una descripción diferenciada de cada conducta delictiva. Ello se negó por el “derecho penal de autor” y por la teoría de los “tipos de autor” que propusieron los penalistas nacionalsocialistas, lo que manifiesta su significado político.

c) La *exigencia de imputación objetiva* del resultado lesivo a una conducta del sujeto. En los delitos de conducta positiva, ello requiere la relación de causalidad entre el resultado y la acción del sujeto, pero además son precisas otras condiciones que exige la moderna teoría de la imputación objetiva y que giran en torno de la necesidad de creación de un riesgo típicamente relevante que se realice en el resultado. En los delitos de comisión por omisión son precisos requisitos

distintos, como la posibilidad de evitar el resultado y la posición de garante.

d) La *exigencia de dolo o culpa (imputación subjetiva)*. Considerada tradicionalmente la expresión más clara del principio de culpabilidad, hace insuficiente la producción de un resultado lesivo o la realización objetiva de una conducta nociva para fundar la responsabilidad penal. Superada la concepción de la “responsabilidad objetiva”, hoy se admite, generalmente, que la pena del delito doloso debe ser mayor que la del delito imprudente, y si ni siquiera concurre imprudencia, porque el sujeto no pudo prever el hecho, no cabe imponer pena alguna.

e) La *necesidad de culpabilidad en sentido estricto*, que exige la imputabilidad del sujeto y la ausencia de causas de exculpación –también de la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad, si éste no se incluye en el dolo-. Las exigencias enumeradas en los apartados a y d son fácilmente fundamentables recurriendo a la idea ya expresada de imputación del hecho al sujeto como obra suya, no sólo objetiva, sino también subjetivamente. A su vez, esta idea encuentra cómodo engarce con la dignidad humana que debe respetar un Estado democrático de Derecho. Mayor dificultad entraña la fundamentación de la exigencia de culpabilidad en sentido estricto, puesto que no es posible decir que el hecho voluntariamente cometido por un inimputable no sea obra suya –piénsese en un menor- y, sin embargo, existe acuerdo en que tampoco puede imputársele. ¿Por qué no? Puede contestarse que ello se debe a la necesidad de que el hecho aparezca no sólo como obra objetiva y subjetiva del autor, sino también como obra de él en cuanto sujeto dotado de un determinado nivel de racionalidad. Queda entonces, desde luego, la cuestión de por qué no basta que el hecho sea obra del autor, sino que éste debe tener determinado nivel de racionalidad. Y más concretamente: ¿por qué no basta aquello para la imposición de una pena y sí, en cambio, para las medidas de seguridad? Se trata de un problema complejo sobre el cual nos extenderemos de forma especial más adelante. Mas, antes conviene desarrollar algunos extremos previos.

En efecto, el principio de culpabilidad salva dos de las arbitrariedades del poder punitivo del estado que se venían dando a través de la historia, en primer término, se plasma el principio de personalidad de las penas que limita la responsabilidad penal a los autores del hecho delictivo y a los que participan en él (prohibición de las penas trascendentales artículo 22 constitucional), en segundo lugar, el rechazo a la responsabilidad objetiva, pues se exige que el delito se cometa dolosa o culposamente.

En este sentido, refiere Muñoz Conde, parece hoy fuera de discusión en el moderno derecho penal que la pena tanto en su fundamento, como en sus límites, depende del grado de participación o responsabilidad subjetiva del sujeto en la realización del delito, y que si ésta falta, no sólo cuando no hay dolo o imprudencia respecto al resultado delictivo, sino también cuando el sujeto carece del grado de desarrollo mental necesario, bien por desconocer que el hecho estaba prohibido o no le era exigible otro comportamiento, carece de sentido imponer un pena ya que la norma penal no puede desarrollar la función motivadora que la caracteriza¹³³.

Los artículos 52, 53 y 54 del Código Penal Federal, plasman claramente lo relativo al principio de culpabilidad, pues hacen referencia a que las penas se fijarán con base en el grado de culpabilidad del agente, que no es imputable

¹³³ Op. cit. p. 96.

al acusado el aumento de gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido, si las ignoraba, inculpablemente al momento de cometer el delito, y que el aumento o la disminución de la pena fundada en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél.

En resumen, las consecuencias del principio de culpabilidad son la responsabilidad personal, la exigencia del dolo o culpa, la imputabilidad del autor y el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, principios que se encuentran en el derecho positivo mexicano.

5. El principio de proporcionalidad de las penas

El principio de proporcionalidad de las penas obliga a ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica; se trata concretamente establecer la relación de adecuación entre gravedad de la pena y relevancia del bien jurídico que protege la figura delictiva y a su vez entre la misma y las distintas formas de ataque al bien jurídico que la conducta delictiva puede presentar. Como todo juicio de proporcionalidad, se resuelve éste en valoraciones y comparaciones, es decir, en una *ponderación*. Como catálogo de orientaciones puede decirse que las penas más graves deben reservarse para los delitos que atacan los bienes jurídicos más fundamentales,

por lo que la medida máxima de las penas bien podría establecerse a partir de los delitos contra la vida y la salud, situándose estos bienes en la cúspide del ordenamiento jerárquico de bienes jurídicos, como parece propio de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Precisamente el principio de proporcionalidad se desprende la necesidad de que el bien jurídico tenga la suficiente relevancia para justificar una amenaza de privación de libertad, y en general, una efectiva limitación de la misma.

Desde otro ángulo, Quintero Olivares afirma que la pena es la ultimo ratio a la que tiene que acudir la sociedad si desea que subsistan sus reglas de convivencia. Es también, en parte, un indirecto reconocimiento de un fracaso de un sistema social, en igual medida en que se reconozca la existencia de individuos que optan por la desviación criminal por las más variadas razones, sin embargo, el tratamiento que se aplica a los delincuentes no puede ser arbitrario, sino que deben las penas graduarse según la afectación del bien jurídico y las propiedades subjetivas de la conducta que atenta contra él. En resumen, la pena debe estar positivamente establecida en la Ley, se habrá de ajustar a la idea de resocialización, pero lo más importante es que deben ser proporcionales al delito cometido.

En el Código Penal Federal, encontramos que la parte especial se encuentra dividida por diversos títulos que pretenden señalar precisamente el bien jurídico tutelado, verbigracia el Título Décimo Quinto denominado “Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual”, de lo que se desprende que todos aquellos tipos penales que se encuentren dentro del referido título tiene por objeto la protección de la libertad sexual; sin embargo, resulta evidente la violación al principio de proporcionalidad en el sistema penal mexicano, pues nos encontramos con supuestos en los que se puede aplicar prácticamente en la misma pena por mentir, robar o matar.

En efecto, el artículo 247 fracción I del Código Penal Federal, establece: Se impondrán de dos a seis años de prisión y multa de cien a trescientos días multa: fracción I al que interrogado por alguna autoridad pública distinta a la judicial, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas faltare a la verdad,

Por su parte, el artículo 371 párrafo tercero del Código Penal Federal, prevé: cuando el robo se ha cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado a través de la violencia, la asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable será de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa.

Finalmente, el artículo 308 del ordenamiento referido, dispone: si el homicidio se comete en riña se aplicará a su autor de cuatro a doce años de prisión. Si el homicidio se comete en duelo, se aplicará a su autor de dos a ocho años de prisión.

De lo anterior, se aprecia que los tres ilícitos de mérito protegen diversos valores e intereses, esto es, la veracidad de la información que reciban las autoridades, el patrimonio y la vida, enunciados, desde nuestro punto de vista, en orden a la importancia del bien jurídico, de menor a mayor valor, sin embargo, absurdamente el legislador consideró correcto sancionar con la misma pena al autor de un homicidio (en riña), que al sujeto que faltare a la verdad, violando flagrantemente el principio de proporcionalidad de las penas.

En esta tesitura, Gómez de la Torre apunta que la novedad que el Estado social y democrático de derecho debería representar para este complejo sistema de aritmética penal, es la de definirse e interpretarse en el sentido de que la proporcionalidad que se pretende garantizar es una proporcionalidad de sentido garantista, es decir, que ha de servir para determinar los grados máximos de penalidad y no para definir grados mínimos irreductibles. Dicho de otro modo, el juicio de proporcionalidad, con la gravedad del delito y personalidad del autor debe servir para impedir penas superiores a dicha

proporción, pero debe permitirse siempre al juez la posibilidad de reducir la pena por debajo del mínimo genérico de la pena, e incluso sustituir las penas de prisión por otras mas leves, o prescindir de la misma, a través de instituciones como la condena condicional o la suspensión del fallo¹³⁴.

García Pablos señala que parece, de una parte, que la proporcionalidad es una idea de justicia inmanente a todo el Derecho, porque éste trata de dar a cada uno lo que merece, retribuyéndole con arreglo al valor de su conducta. En cuanto a la eventual incidencia del principio de proporcionalidad en la fase de individualización de la pena, comenta el citado autor, de la sentencia del dieciséis de febrero de mil novecientos ochenta y ocho, del Tribunal Constitucional (Español), parece deducirse que cabe el recurso de amparo denunciando la infracción del principio de proporcionalidad bien en los casos concretos en que la pena resulte desorbitada, bien cuando no resista un juicio de adecuada ponderación¹³⁵.

En conclusión, proponemos clasificar todos los tipos penales en función al bien jurídico tutelado, y en listarlos, previo juicio de valoración, según la importancia del interés o valor protegido, gradualmente de menor a mayor gravedad, estableciendo en ese orden la escala de las penas, sistemática que evitará la incongruencia del ejemplo que expusimos en líneas anteriores.

¹³⁴ Op. cit. p.53.

6. El principio de presunción de inocencia

El principio de presunción de inocencia implica la obligación que tiene el órgano acusador de demostrar la responsabilidad del inculpado, a quien se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario, presunción que se desvirtúa hasta en tanto no haya causado ejecutoria la resolución que lo condene. En el caso de México, el principio universal en comento no es observado, ya que la simple imputación de un delito, es suficiente para que la sociedad juzgue al indiciado e incluso lo condene sin previo juicio. Los medios de comunicación juegan un papel importante en la violación al principio de presunción de inocencia, en virtud de que con total desconocimiento de la ley, informan, en la mayoría de las veces equívocamente, la situación jurídica de un inculpado, sin reparar ni explicar a los televidentes o radioescuchas, que podemos estar en presencia de una acusación falsa, o imputación sin pruebas que tiene como resultado una resolución jurisdiccional cuyo contenido en esencia es el reconocimiento de inocencia. La falta de cultura jurídica ocasiona graves daños no solamente morales, sino en la mayoría de las ocasiones de índole patrimonial. Debemos exigir un periodismo más profesional, que informe por lo menos, que cualquier inculpado tiene derecho a defenderse, y se presume inocente, de tal

¹³⁵ GARCÍA PABLOS, Antonio, *Derecho Penal, Introducción*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de

manera que cualquier pronunciamiento respecto a su responsabilidad resulta irresponsable, porque el único facultado para resolver al respecto es un órgano jurisdiccional, por tanto, los medios de comunicación deberán dejar salva la imagen de cualquier persona a la que hayan atribuido la comisión de un delito, hasta en tanto no exista una sentencia condenatoria¹³⁶.

Ahora bien, los tribunales federales de nuestro país han emitido diversos criterios que relacionan el principio de presunción de inocencia, empero consideramos citar solamente aquellos que denotan el problema que se presenta en la praxis del procedimiento penal mexicano.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DESVIRTUADA, LA CARGA PROBATORIA EN CONTRARIO LE CORRESPONDE AL INCULPADO (SALUD, DELITO CONTRA LA. TRANSPORTACIÓN DE MARIHUANA). Es cierto que corresponde al agente del Ministerio Público la carga de probar los elementos y hechos que integran el delito imputado de transportación de marihuana y la probable responsabilidad del quejoso en su comisión, atento a la vigencia del principio universal de derecho de que toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. Sin embargo, al quedar probado fehacientemente en la especie que al

Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1995, p.292.

¹³⁶ véase en tal sentido GOMEZ TOMILLO, Manuel. *Libertad de información y teoría de la codelinquencia. La autoría y participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas*. Comares, Granada, España. 1998. pp. 41 y ss.

inculpado se le detuvo manejando un vehículo de motor que tenía un compartimiento especial para la transportación de cosas en forma oculta, lugar donde se encontró determinada cantidad del estupefaciente y, por ende, su participación en dicha transportación; así las cosas, dable es afirmar que entonces, la carga probatoria en contrario, corresponde al inculpado respecto de los hechos demostrados en su contra, debiendo así acreditar que no estuvo en la posibilidad de enterarse de la existencia de la marihuana que transportaba, como también la falta de voluntariedad en la realización del ilícito atribuido, debiendo demostrar todos y cada uno de los hechos que se dieron desde el momento en que salió de su domicilio hasta el diverso momento en que fue detenido con el enervante cuya existencia dijo desconocer. Y al no hacerlo, el acto que se reclama resulta apegado a la legalidad, al constatarse que el órgano acusador cumplió su obligación probatoria, desvirtuando el referido principio de inocencia. *Novena Época, Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: X, Noviembre de 1999, Tesis VIII.1o.27 P, Página 1009.*

GARANTÍA DE AUDIENCIA. EL ARTÍCULO 412, EN SUS FRACCIONES I Y VII, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, RELATIVO A LA REVOCACIÓN DE

LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN, NO LA VIOLA. En síntesis, la norma citada establece que cuando el inculpado haya garantizado por sí mismo su libertad, ésta se le revocará cuando desobedeciere sin causa justa y comprobada las órdenes legítimas del tribunal que conozca de su asunto o no cumpla con alguna de las obligaciones que contrajo al obtener el beneficio. Ahora bien, la prisión preventiva por delito sancionado con pena privativa de libertad es una excepción a las garantías de libertad, de audiencia previa, y al principio de presunción de inocencia, que tiene por objeto preservar el adecuado desarrollo del proceso y asegurar la ejecución de la pena, así como evitar un grave e irreparable daño al ofendido o a la sociedad, en prioridad al interés social sobre el particular; luego, la revocación de la libertad provisional bajo caución, como medida cautelar y no cuando obedece a la ejecución de la pena, también es una excepción a las citadas garantías porque, no obstante que priva de la libertad al procesado, atiende a los valores sociales antes indicados, de ahí que en este caso no requiere darse audiencia previa al inculpado sino posterior, máxime que puede solicitar nuevamente el otorgamiento de su libertad provisional bajo caución, pues no existe precepto constitucional ni ordinario que lo prohíba, y así sucede en la práctica jurisdiccional. *Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VII, Abril de 1998, Tesis P. XXI/98, Página 22.*

PRISIÓN PREVENTIVA. ES UNA EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS DE LIBERTAD Y DE AUDIENCIA PREVIA, ESTABLECIDA CONSTITUCIONALMENTE. Si bien es cierto que el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la privación de la libertad de una persona sin previo juicio, también lo es que el artículo 18 de la misma Ley Suprema autoriza la prisión preventiva de quienes se encuentren procesados por delitos que merezcan pena privativa de libertad; por tanto, dado que ambos preceptos son de igual jerarquía y que conforme al artículo 1o. de la propia Carta Magna las garantías que ella otorga no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, la regla de que nadie puede ser privado de su libertad sino mediante juicio, se encuentra restringida en el caso de los procesados por delitos sancionados con pena privativa de libertad. Así, la prisión preventiva constituye una excepción justificable a las garantías de libertad y de audiencia previa, así como al principio de presunción de inocencia, previsto en el mismo artículo 14 constitucional, porque tiende a preservar el adecuado desarrollo del proceso y a garantizar la ejecución de la pena, así como también a evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad. *Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VII, Marzo de 1998, Tesis P. XVIII/98, Página 28.*

AUTO DE FORMAL PRISION. LA RESPONSABILIDAD DEL IMPUTADO DEBE SER PROBABLE Y NO PRESUNTA. El artículo 19 constitucional exige como requisito de fondo que los datos que arroje la averiguación previa sean suficientes para hacer probable la responsabilidad del inculpado, por lo que es indebido utilizar el vocablo "presunta" ya que esta expresión contradice abiertamente el texto fundamental, pues deviene en un problema de principios y no meramente terminológico, porque probable proviene del latín "probabilis" y significa aquello de que hay buenas razones para creer, lo que es verosímil, lo que se funda en razón prudente; esto es, lo probable es un posible que más fácilmente puede ser que no ser. Lo anterior tiene su apoyo en el comentario de Guillermo Borja Osorno en su obra titulada Derecho Procesal Penal, publicada por editorial José M. Cajica Jr., S.A., Puebla 1969 (página 244). En cambio, conforme al Diccionario Jurídico Mexicano publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México en el año de mil novecientos ochenta y cuatro, el término presunción deviene del latín "preasuntio" y es la acción o efecto de presumir, sospechar (imaginar una cosa fundada en apariencias), conjeturar (sinónimo de augurar), juzgar por inducción ir de hechos particulares a una conclusión general, por lo que la expresión "presunta responsabilidad" contradice abiertamente el principio de la presunción de

inocencia o de inculpabilidad. *Octava Época, Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo VII, Febrero de 1991, Página 152.*

7. El principio de legalidad

El principio de legalidad, a nuestro parecer constituye la piedra angular del sistema penal mexicano, en virtud de que es el principal límite al poder punitivo del Estado; así, la Constitución de nuestro país dispone en su artículo 14 que *“en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”*. La doctrina y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consideran que en el precepto transcrito se proclama el principio de legalidad en materia penal, que Paul Anselmo von Feuerbach, en las primeras décadas del siglo XIX, había formulado en latín como *“nullum crimen, nulla poena sine previa lege pénale”*¹³⁷.

¹³⁷ Paul Anselmo von Feuerbach tuvo el mérito histórico de la primera formulación del principio de legalidad y su significado. Se ha dicho que la exigencia de legalidad fue para Feuerbach un presupuesto necesario para su consecución de la pena puesto que orientaba a la misma a prevención general a través de la coacción psicológica, idea que no era absolutamente nueva, pues se advierte antes en Pufendorf el mismo pensamiento. Para la realización de la coacción psicológica se requería una previa amenaza establecida en la ley; pero esa amenaza no podía establecerse con formulas arbitrarias y oscuras, sino con precisión y claridad, único modo en que se satisfaría el principio de legalidad (*nulla poena sine praevia lege*). Feuerbach creyó en el imperio del derecho natural frente al derecho positivo, pero entendía que el derecho positivo emanaba de la recta razón iusnaturalista. Teniendo tal origen, el derecho positivo se transformaba en el elemento decisivo del derecho penal, y su estudio en la actividad primordial del jurista. En su construcción jurídica era esencial una exacta

El alcance del contenido garantista de la legalidad penal, según García Rivas, reconoce una doble exigencia: garantía de legitimación y garantía de seguridad. Ambos aspectos se tuvieron muy en cuenta en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual en su artículo 8º establece que *“la Ley no debe establecer mas que las penas estricta y manifiestamente necesarias, y nadie puede ser castigado si no en virtud de una ley dictada y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada con forme ala propia ley”*¹³⁸.

Cierto, el principio de legalidad tiene un evidente fundamento político constitucional, proveniente de la ideología liberal de la ilustración y de su teoría de la división de poderes, y se concibe como una garantía de libertad, certeza y seguridad jurídica del ciudadano¹³⁹. Pero igualmente encaja en las exigencias del estado democrático, en cuanto que ha de ser precisamente la

sistemática unidad a una precisa formulación de los conceptos, único modo de posibilitar el trabajo científico y una legislación adecuada. De esta forma, pudo elaborar una dogmática profunda sobre la teoría general del delito, apoyada en el derecho positivo, y con un modelo metodológico que sigue estando en gran parte vigente. Así, el principio de legalidad no era simplemente una necesidad impuesta por el carácter atribuido a la pena, sino una consecuencia del iusnaturalismo racionalista: porque es fruto de la razón, la ley ha de ser esencia y fundamento del sistema jurídico. Cfr. Quintero Olivares, Curso de Derecho Penal...p. 31.

¹³⁸ El principio de legalidad aparase recogido en las declaraciones norteamericanas de derechos, como la de Filadelfia de 1774 y de las de Virginia y Maryland de 1776, y en la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789. Fue introducido también por algunos monarcas ilustrados, como José II de Austria y Federico II de Prusia. Con el triunfo de la revolución francesa el principio de legalidad de los delitos y las penas se convierte en unos de los pilares fundamentales del derecho penal liberal y en un fino exponente del estado de derecho. A lo largo del siglo XIX, fue incluido en casi en todos los códigos penales del continente europeo y en muchas constituciones. Cfr. Cerezo Mir, Curso...pp.162-163.

¹³⁹ El principio no hay delito ni pena sin ley previa tiene su origen en la filosofía de la ilustración, la teoría del contrato social de Rousseau y de la división de poderes de Montesquieu constituyen su sustrato ideológico. La formulación del principio de legalidad se debe a Beccaria en su famosa obra de los delitos y de las penas, que acusa la influencia de Montesquieu y Rousseau y a Feuerbach, que lo desarrolla en función de su teoría de la pena. Idem.

representación del pueblo, el poder legislativo, la única instancia legitimada para decidir sobre una cuestión de tan graves repercusiones como la creación o agravación de los tipos penales.

En esta tesitura, Quintero Olivares señala que el principio de legalidad implica diversas garantías que puede ser reconducidas a dos grandes grupos:

Garantías legales, que afectarían al “*quomodo*” de las leyes penales (que deben ser claras, precisas, escritas, estrictas e irretroactivas) y garantías formales o procesales, referidas tanto a la determinación de los órganos en quien residía la potestad de dictar leyes como a la precisión de los órganos encargados de aplicarlas. Finalmente, principio de legalidad habría de gobernar la ejecución de las penas.¹⁴⁰

Sin embargo, el reconocimiento del principio de legalidad en nuestra Carta Magna debe de ser congruente con los mecanismos de protección constitucional, dado que la ineficacia de éstos últimos, conllevan a la violación flagrante y cotidiana de la legalidad en México. Al respecto, Ferrajoli sostiene con razón, que el modelo penal garantista, aún cuando recibido en la Constitución Italiana y en otras Constituciones como parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva, se

encuentra ampliamente desatendido en la práctica, tanto si se considera la legislación penal ordinaria como si se mira a la jurisdicción o, peor aún, a las prácticas administrativas y policiales. Esta divergencia entre la normatividad constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores comporta el riesgo de hacer de aquél una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto. La orientación que desde hace algún tiempo se conoce por el nombre de garantismo nació en el campo penal como una réplica al creciente desarrollo de la citada divergencia, así como a las culturas jurídicas y políticas que le han avalado, ocultado y alimentado, casi siempre en nombre de la defensa del Estado de derecho y del ordenamiento democrático. En conclusión, dice Ferrajoli, una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasa de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas, es decir, de garantías, que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo¹⁴¹.

8. El principio de *ne bis in idem*

La expresión latina *ne bis in idem*, significa que no se puede castigar dos veces a un sujeto por el mismo delito. El principio rechaza la posibilidad

¹⁴⁰ Op. cit. p.30.

¹⁴¹ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Op. cit. pp. 851-852.

de que un mismo hecho pueda dar lugar a más de una pena. La prohibición de la duplicidad de sanciones penales por el mismo hecho se contiene en primer término en el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice: *“Ningún juicio criminal deberá tener mas de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia”*.

En segundo lugar, el artículo 18 del Código Penal Federal, dispone que los hechos susceptibles de ser castigados con arreglo a dos o mas preceptos se castigaran sólo por uno de ellos, de conformidad de las reglas del concurso de leyes que el mismo establece. Al respecto, Carbonell Mateu considera que no habría vulneración del principio en comento, si se sancionara desde la óptica de dos o más normas distintas una misma conducta, incluso con un mismo resultado: pensemos en un sujeto que, con la intención de matar, produce unas heridas graves: el mismo hecho puede ser enjuiciado en su noble cualidad de tentativa de homicidio y de lesiones consumadas. La determinación de en qué casos estamos ante uno o más hechos y ante uno o más fundamentos corresponde a la teoría del concurso de infracciones¹⁴². Por tanto, en términos

¹⁴² OP. cit. p. 151.

generales, se prohíbe castigar más de una vez el mismo hecho, es decir, aplicar varias normas que se refieran a una identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Ahora bien, particular problema plantea la posible compatibilidad de una doble sanción de distinta naturaleza, penal o administrativa. La unidad de fundamento del derecho sancionador ha permitido a la jurisprudencia admitir la doble sanción en ciertos supuestos de relación especial de sujeción, sin embargo, desde nuestro punto de vista habrá vulneración del **ne bis in idem** en los supuestos en que se aplique una sanción penal y administrativa por el mismo hecho cuando el prepuesto de las referidas sanciones tenga por objeto tutelar el mismo interés general.

La violación al principio de mérito, es la expresión de la arbitrariedad del poder público, ya sea derivado de la falta de cuidado de la técnica legislativa, o tendencias político-criminales que implican en terror penal, que dan lugar a la existencia de supuestos de bis in idem. Se citan de manera ilustrativa las siguientes tesis y jurisprudencias:

NON BIS IN IDEM. NO LO VIOLENTA EL INICIO DE UNA NUEVA INDAGATORIA SI NO HA OPERADO LA PRESCRIPCIÓN RESPECTO DE AQUELLA QUE MOTIVÓ LA DENEGACIÓN DEL LIBRAMIENTO DEL MANDATO DE CAPTURA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE QUERÉTARO). La ejecutoriedad del auto que niega el

libramiento de una orden de captura, por considerar que no estaban acreditados los elementos del tipo penal imputado, en modo alguno implica que los hechos ilícitos a que se constriñe hubiesen sido juzgados, pues, para que esto sucediera, se requería el dictado de una sentencia con la que se condenara o absolviera al indagado; por lo que debe convenirse que en tanto no opere la prescripción como causa extintiva de la pretensión punitiva del Estado, el Ministerio Público se encuentra facultado para practicar diligencias encaminadas a demostrar la existencia de los elementos típicos aún en indagatoria diversa y consignar, por segunda ocasión, al juzgador los hechos investigados, quien podrá o no obsequiar la orden de aprehensión solicitada, cuenta habida que no puede admitirse que con ese proceder se estén juzgando dos veces los mismos hechos. *Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VIII, Noviembre de 1998, Tesis XXII.2o.2 P, Página 549.*

NON BIS IN IDEM. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE. No es necesario que se sentencie a alguien dos veces por el mismo delito, para que se transgreda lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución General de la República, toda vez que dicho precepto establece que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene, sin que implique necesariamente que deban llevarse a cabo dos

procesos que culminen con sentencias, ya sean absolutorias o condenatorias, pues se trata de proteger con dicha norma jurídica a los gobernados para que éstos no sean sometidos a dos juicios o procesos por los mismos hechos delictivos, sin que deba entenderse el término "procesar" como sinónimo de sentenciar, sino de someter a un procedimiento penal a alguien y la frase "ya sea que se le absuelva o se le condene" contemplada en el aludido artículo constitucional se refiere al primer juicio en el que se juzgó al acusado. *Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VIII, Octubre de 1998, Tesis: I.3o.P.35 P, Página 1171.*

AUTO DE FORMAL PRISION. ES INCONSTITUCIONAL EL QUE TOMA EN CUENTA HECHOS QUE FUERON MATERIA DE UNA CAUSA ANTERIOR. De la interpretación del artículo 23 constitucional, que establece que: "... Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene...", se concluye que la prohibición mencionada comprende no sólo los casos en que se haya dictado una sentencia definitiva que decidiera sobre la demostración del delito y la responsabilidad penal, sino también aquellos en que no obstante no haberse dictado la citada resolución, exista determinación que tiene procesalmente los mismos efectos de una sentencia. *Novena Época,*

Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: III, Junio de 1996, Tesis VI.2o.68 P, Página 791,

INDIVIDUALIZACION DE LA PENA, RECALIFICACION DE CONDUCTAS. VIOLATORIA DE GARANTIAS. De conformidad con el principio de prohibición de la doble valoración de los factores de determinación de la pena, según el cual no pueden atenderse nuevamente por el juzgador al efectuar la individualización de la pena, aquellas circunstancias o elementos del delito en general que forman parte de la descripción típica en particular, por haber sido ya tomados en cuenta por el legislador al efectuar la individualización legal al fijar el marco punitivo entre el mínimo y el máximo de las sanciones a imponer; es evidente, que si el juzgador al momento de individualizar la pena utiliza como elementos de soporte del ejercicio de tal facultad jurisdiccional al hacer el razonamiento respectivo, el señalamiento de conductas por parte del justiciable, que han sido ya determinadas como elementos del tipo penal del delito que se le imputa, ello implica una recalificación de conducta al hacerse un doble reproche respecto de una misma determinación que, en consecuencia, resulta ilegal y violatoria del principio consignado en el apotegma "non bis in idem" reconocido por el artículo 23 constitucional. *Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito,*

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: II, Diciembre de 1995, Tesis Jurisprudencial II.2o.P.A. J/2, Página 429.

NON BIS IN IDEM, PRINCIPIO DE. NO PRESUPONE LA IDENTIDAD DE LOS ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DEL DELITO. El principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (non bis in ídem), prohíbe juzgar dos veces a una persona por la comisión de un mismo hecho delictuoso, hipótesis que no se actualiza tratándose de la comisión de dos o más hechos delictivos con identidad de elementos configurativos. *Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XII-Noviembre, Página 383.*

NON BIS IN IDEM. CUANDO NO SE VIOLA EL PRINCIPIO DE. No puede decirse jurídicamente que exista violación al segundo de los supuestos que consagra el artículo 23 constitucional, que se refiere a que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, por el hecho o circunstancia de que a una persona se le instruyen dos procesos por ilícitos de la misma naturaleza, si del material probatorio existente se justifica que ambos se cometen en actos distintos. *Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XII-Julio, Página 251.*

**ORDEN DE APREHENSION VIOLATORIA DE GARANTIAS,
CUANDO SE BASA EN HECHOS QUE SON MATERIA DE OTRO
PROCESO PENAL INCOADO CONTRA EL MISMO INculpADO.**

Conforme a lo dispuesto por el artículo 23 constitucional, nadie debe ser juzgado dos veces por el mismo delito, por lo que la orden de aprehensión que se dicta apoyándose en hechos por los cuales el agente del Ministerio Público ejerció con anterioridad acción penal y por los que incluso se sigue proceso en contra del inculcado; resulta violatoria del dispositivo legal invocado, no obstante que la misma reúna los requisitos a que se refiere el artículo 16 de la citada Carta Magna, ya que se le pretende enjuiciar respecto de hechos que están siendo juzgados en otro proceso penal, situación que expresamente prohíbe el numeral citado en primer término. *Octava Época Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo V Segunda Parte-1, Página 322.*

NON BIS IN IDEM, CASO EN QUE NO SE VIOLA EL PRINCIPIO DE. Si el quejoso fue juzgado por un Juez de Paz por conducción punible de vehículos, el hecho de que se juzgue por la Justicia Federal por daño en propiedad ajena y ataques a las vías generales de comunicación, cometidos a raíz de la conducción materia de la causa del fuero común, no significa que se le juzgue dos veces por el mismo hecho, pues la

materia de las causas es notoriamente diversa. *Sexta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo Segunda Parte, LXXIX, Página 31.*

NON BIS IN IDEM. No se viola el artículo 23 constitucional por el hecho de que la Suprema Corte de Justicia determine que unos militares deben ser juzgados por ciertos delitos por los tribunales militares competentes, aún cuando ya hayan sido sentenciados por los mismos delitos por un órgano jurisdiccional incompetente del fuero común, puesto que las actuaciones practicadas por las autoridades del fuero común carecen de validez por haber sido hechas por autoridad no competente y no puede considerarse que haya existido realmente un juicio. *Sexta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo Segunda Parte, LXXII, Página 31.*

COSA JUZGADA, AUTORIDAD DE LA. El artículo 23 constitucional contiene tres partes: 1. Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. 2. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en juicio se le absuelva o se le condene. 3. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia. En cuanto a la primera y última partes del precepto citado, cabe expresar que teniendo antecedentes en el derecho constitucional mexicano anterior a la legislación de 1857, pues tanto en las Constituciones de 1836 y de 1843, como en el Estatuto Provisional de

Comonfort de 1856, ya se encuentran establecidos esos principios como derechos del acusado y que son, en lo que respecta a su origen, de descendencia española, no sucede lo mismo con la otra parte del invocado artículo 23, que aparece por vez primera, en la Constitución de 1857 (texto 24), al que pueden señalarse como fuentes directas tanto la Constitución francesa de 1791 que prescribió: "todo hombre absuelto por un jurado legal, no puede ser perseguido ni acusado por razón del mismo hecho", como, en cierto modo, la enmienda V (Bill of Rights 1791) de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica que, en lo conducente dice: "nadie será sometido, por el mismo delito, dos veces a un juicio que puede causarle la pérdida de la vida o de algún miembro...", ya que como explica Edward S. Corwin, (La Constitución Norteamericana y su actual significado, página 189), la expresión "vida o algún miembro" viene a significar pérdida de la vida o de libertad. Es cierto que el dispositivo constitucional que reza: "nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene", tiene su apoyo en el viejo principio del derecho romano del non bis in idem, o bien en la cosa juzgada y en ello, prudente resulta agregar, están acordes los glosadores del artículo 24 de la Constitución de 1857, representada, ad pedem litterae, por el artículo 23 del actual¹⁴³ pero

¹⁴³ José María Lozano, Tratado de los Derechos del Hombre, p 213; Eduardo Ruiz, Derecho Constitucional Mexicano, p 112 y Gonzalo Espinosa, Principios de Derecho Constitucional, p 469 y 478);

no es menos cierto de que la institución de la cosa juzgada, en materia criminal, por derivarse de un precepto constitucional, debe entenderse de acuerdo con el régimen estatal consagrado por la Constitución, y como ésta prescribe el sistema federativo, lo que significa el establecimiento de dos jurisdicciones, la federal y la local, es inconcuso que la autoridad de la cosa juzgada sólo puede darse en lo que respecta a la jurisdicción federal, cuando tratándose de delitos federales, los tribunales de la Federación, en ejercicio de sus facultades constitucionales (artículo 104, fracción I), dictan una resolución que adquiere el carácter de irrevocable, conforme a la ley procesal penal aplicable (artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Penales). *Sexta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo Segunda Parte, LXIII, Página 16.*

APELACION. NON BIS IN IDEM (LEGISLACION DE JALISCO). Es inexacto que la sentencia absolutoria del juez a quo haya quedado firme, ya que si éste la declaró ejecutoriada y desechó por extemporánea la apelación hecha valer por el ministerio público, por haberla interpuesto fuera del plazo legal de tres días, sin embargo este auto también fue recurrido mediante la denegada apelación y el Tribunal de alzada la declaró procedente, de donde el juez de primera instancia tuvo que pronunciar nuevo auto admitiendo el citado recurso de apelación en ambos efectos y, por

consecuencia, el Tribunal de segundo grado estuvo en posibilidad, en uso de su soberanía (artículos 361 a 366 del Código de Procedimientos Penales de la entidad), de revisar la sentencia del inferior sin violar el principio de "non bis in idem" consagrado en el artículo 23 constitucional, el que además permite que los juicios criminales tengan hasta tres instancias. *Sexta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo Segunda Parte, XXXVI, Página 29.*

NON BIS IN IDEM (DELITO OFICIAL Y PECULADO). Cuando el representante de la acción persecutoria la ejercita por dos delitos destacados, esto es, por los delitos oficial y de falsificación de documentos, que se refieren a cantidades diversas, desde ese momento está excitando la actividad procesal de dos jurisdicciones distintas, en la que si bien actúa el mismo Tribunal instructor, esto es, el Tribunal de Distrito, de todas formas la resolución del delito oficial corresponde al Tribunal del pueblo, en tanto que el de falsificación de documentos es de la competencia del juez federal de primero y segundo grados. Sin que por ello resulte violado en perjuicio del acusado el principio jurídico procesal non bis in ídem, ya que, ciertamente, no se le juzga por dos Tribunales por el mismo delito, sino por dos delitos destacados que tienen elementos típicos objetivos distintos, aún cuando contienen en común el relativo a la disposición de bienes que figuran en el

patrimonio de la Nación. Pudiera decirse que el delito de falsificación es medio conductivo para la comisión del delito de peculado y en el caso, del oficial, previsto en la fracción XXVII del artículo 18 de la Ley de responsabilidades de Funcionarios y Empleados de la Federación, pero al respecto cabe decir que si bien ello es verdad por lo que se refiere al delito de peculado, no puede decirse lo mismo tratándose de un delito destacado como lo es el delito oficial de que se acusó al reo, que tienen elementos típicos objetivos distintos, ya que el delito de falsificación de documentos esta referido a una cantidad por la que no fue juzgado el quejoso en el veredicto pronunciado por el Tribunal del pueblo. *Sexta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Segunda Parte, VI, Página 200.*

NON BIS IN IDEM (RESOLUCIONES DE JUECES CALIFICADORES). No puede estimarse que la acusada haya sido juzgada dos veces por el mismo delito, ya que el juicio no se concibe sin la intervención de la autoridad judicial, a la que se somete la denuncia para su resolución, si la acusada y la ofendida simplemente acudieron ante un Juez Calificador, ante el que se comprometió aquella a pagar los gastos de curación que demandaron las lesiones inferidas a ésta; y el convenio y autorización del Juez Calificador no revisten el carácter de un juicio principal, fundamentalmente, porque el Juez Calificador no forma parte de la

jurisdicción, sino que es una autoridad administrativa para corregir las faltas de tal naturaleza que contravienen los reglamentos de policía y buen gobierno. *Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CXXI, Página 1964.*

ARTÍCULO 23 CONSTITUCIONAL, VIOLACION DEL. Si se sigue un proceso por el delito de estupro y concluye por haberse desistido el Ministerio Público, de la acción penal, en virtud del perdón de la ofendida, es violatoria del artículo 23 constitucional, la resolución que ordena la continuación del procedimiento y la aprehensión del propio acusado, por el delito de violación. *Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo LV, Página 1861.*

9. La prohibición de analogía in malam partem

La prohibición de analogía es una consecuencia del principio de legalidad¹⁴⁴, consiste en la aplicación de una ley a un supuesto no previsto en ella pero de similares características a otro que sin pertenecer en su ámbito de aplicación. La similitud de características debe ser axiológica, se trata, por tanto, de una aplicación de la ley más allá de su ámbito de extensión, a un supuesto no previsto en ella pero axiológicamente similar a uno que si lo está.

¹⁴⁴ Los que idearon el principio de legalidad en la época de la ilustración a un no habían visto ese problema, puesto que partían de la base de que el juez no tiene nada que interpretar, sino que solo tiene que aplicar el

Estamos ante una doble operación lógica, se obtiene una regla general de los supuestos previstos en la ley, y se descinde luego de lo general, a lo individual al supuesto no previsto en ella. Al respecto añade Muñoz Conde afirma que el interprete y en su caso, el juez no puede desbordar los límites de los términos de la ley y aplicarla a supuestos no previstos en la misma porque ello violaría claramente el principio de legalidad¹⁴⁵. La prohibición de analogía afecta, según el referido autor, a todas aquellas disposiciones penales perjudiciales para el reo, es decir, a la denominada analogía **in malam partem**; por lo contrario, la doctrina no es uniforme respecto a la aceptación o rechazo de la llamada analogía **in bonam partem**, pues respecto a este tema se ha creado una fuerte polémica en cuanto a la aplicación analógica de las reglas que puede favorecer al reo, pero que no están expresamente previstas.

La prohibición de analogía, apunta Roxin, comprende en primer lugar los tipos penales de la parte especial y las conminaciones de pena o penas abstractas previstas, aunque éstas se encuentren excepcionalmente en la parte general; así sería inadmisibile aplicar por analogía la pena prevista para la tentativa de inducción al delito a la complicidad intentada, que no está penada.¹⁴⁶ En cambio, la analogía favorable al reo puede tener cabida sin la

inequívoco tenor literal de la Ley. Es celebre el aforismo de Montesquieu, que afirma que los jueces sino la boca que pronuncia las palabras de la ley.

¹⁴⁵ Op. cit. p.109.

¹⁴⁶ Op.cit. p.156.

menor restricción por ejemplo, en los supuestos de la eximente de desistimiento prevista en el artículo 12 párrafo tercero del Código Penal Federal, que no contempla los tipos de la parte especial que configuran actos preparatorios, como delitos autónomos, verbigracia, el artículo 164 del Código de referencia, en otras palabras, consideramos que es lícito beneficiar al que desiste espontáneamente tanto de la ejecución de un delito como la realización del acto preparatorio, aún y cuando ésta última hipótesis no se encuentra expresamente establecida o prevista en la ley.

10. La prohibición de las penas inhumanas y degradantes

La prohibición de las penas inhumanas, implica la salvaguarda de la dignidad humana, de modo que pretende rectificar y corregir los resultados de postulados como la ley de talión. Históricamente el principio de humanidad ha sido el motor de la progresiva racionalización del derecho penal, y de la evolución que éste ha experimentado. La tradición liberal que arranca de Beccaria y que postula la *humanización* del Derecho penal: se parte de la idea de que la intervención penal supone una intromisión del Estado en la esfera de libertad del ciudadano, que sólo resulta tolerable cuando es estrictamente necesaria –inevitable- para la protección del mismo ciudadano. Tras ello se

halla la convicción de que es preciso defender al ciudadano del poder coactivo del Estado.

Deviene ilustrativo en la especie, la introducción que realiza Bécarría a su libro “Tratado de los delitos y de las Penas”, que a la letra dice:

“Robert Damiens hirió a Luis XI con un cuchillo con la intención de matarle. Apresado en el acto, fue juzgado y condenado a muerte. Sus contemporáneos nos han descrito su ejecución: el 28 de marzo de (de 1757) se le leyó la sentencia, que escuchó atentamente, y al terminar exclamó; “La jornada será ruda.” La sentencia le sometía al tormento ordinario y extraordinario. Los cirujanos, interrogados sobre el caso, aconsejaron como el más terrible y menos peligroso para la vida del paciente el tormento de los borcegués (que consistía en sujetar fuertemente las piernas del reo entre cuatro tablas e introducir cuñas a martillazos de forma que los huesos saltaran por la presión.) Damiens lo soportó con entereza y repitió que no había en su crimen ni complot ni cómplices. Conducido en una carreta a la plaza de Gréve, donde se alzaba el cadalso, fue tendido sobre él y sujetado fuertemente con aros de hierro atornillados a las tablas. Diez verdugos participaban en la ejecución y dos confesores le asistían. En la mano derecha se le colocó el arma del crimen y a continuación se le quemó con fuego de azufre. Después con unas tenazas calentadas al rojo se le fue arrancando la carne de las partes

más carnosas de su cuerpo y luego se vertió en las llagas una mezcla hirviente de plomo, aceite, pez, cera y azufre, fundidos juntamente. Por fin sus miembros fueron atados con tirantes a cuatro fogosos caballos para que fuera descuartizado. Durante una hora tiraron los caballos sin lograr arrancarlos. El número de caballos se aumentó hasta seis, pero siempre en vano, hasta que los jueces permitieron que se le hicieran incisiones en las articulaciones para facilitar la tarea. Al fin uno de los caballos arrancó la pierna izquierda. Llegaba la noche cuando, en el momento en que un caballo arrancaba el último brazo, Damiens expiró. Su cuerpo, que sólo era un montón informe de carne, fue quemado todavía palpitante. Sus cenizas se arrojaron al viento. Se confiscaron todos sus bienes en provecho del rey, y la casa en que había nacido fue arrasada hasta los cimientos, sin que sobre ella pudiera construirse en el futuro ningún otro edificio. Un decreto del Parlamento determinaba que su mujer, su hija y su padre serían obligados a abandonar el reino con la prohibición de no volver nunca, bajo la pena de ser colgados y ahorcados sin forma ni figura de proceso, y prohibía a todas las personas de la familia que llevasen el nombre de Damiens, usarlo en el futuro bajo las mismas penas”.

Un Estado democrático de Derecho debe partir del respecto de una serie de *garantías del individuo*. La acción del Estado encuentra entonces su límite en determinada *imagen del hombre*, como reducto que no cabe invadir. Para

expresar esta idea cabe acudir al concepto de “*dignidad humana*”, tal como se concibe en nuestro momento histórico-cultural. Sólo cuando la pena se impone a alguien por algo que puede considerarse *obra suya en cuanto ser racional*, se presenta la dignidad humana. Atentaría a ella castigar a alguien por un hecho a su hacer racional. El Estado democrático de Derecho tiene que ofrecer al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el derecho, y ello no sucedería si, por ejemplo, cupiese castigar a alguien por hechos no realizados por él o que no quiera prever o controlar con determinada racionalidad. Enlaza esto con la exigencia de cierta *seguridad jurídica*: el ciudadano ha de poder confiar en que dirigiendo su actuación en el sentido de las normas jurídicas conforme a una normal racionalidad, no va a poder ser castigado.

Todas las relaciones humanas que de algún modo interfiere el Derecho penal, han de regularse sobre la base de la mutua interdependencia, la responsabilización social respecto a los penados... y la decidida resolución de recuperar a los delincuentes, afirma Jescheck. El Derecho penal no es un derecho asistencial, sino retributivo, por lo que no puede prescindir del empleo de resortes aflictivos para el individuo. Pero en el marco de la función

que su naturaleza le asigna, el principio de humanidad traza los límites de su actuación¹⁴⁷.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en el artículo 22, lo siguiente:

“Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquellos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.

No se considerará confiscación la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables. La autoridad judicial resolverá que se apliquen en favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, sin que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados. La resolución judicial se dictará previo procedimiento en el que se otorgue audiencia a terceros y se acredite plenamente el cuerpo del delito previsto por la ley como de delincuencia organizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculpado en la investigación o proceso citados haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tales, independientemente de que hubieran sido transferidos a

¹⁴⁷ GARCÍA PABLOS, Op. cit. p. 292.

terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe.

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

El precepto aludido, en términos generales prohíbe las penas infamantes, inhumanas y trascendentales, sin embargo, exceptúa la prohibición de aplicar la pena de muerte en ciertos supuestos, contrariando con ello, otra norma constitucional, concretamente al artículo 18, el cual contiene la garantía de readaptación social del sentenciado.

En efecto, es evidente que no se puede readaptar socialmente a quien se priva de la vida, empero, esta contradicción tiene su explicación si nos remontamos a la Constitución de 1857, la cual en el apartado conducente estableció la posibilidad de abolir la pena de muerte una vez que el poder ejecutivo instrumentara un sistema penitenciario, pues el problema que tenían en esa época, es que no contaba con suficientes espacios para encarcelar a los delincuentes, por ello, fue que optaron aplicar la pena de muerte a los responsables de la comisión de los delitos que se consideraban en ese entonces más graves, de modo que lo conducente era que al emitirse la Constitución de 1917, en la que se creó un artículo para el sistema penitenciario, abolir la pena de muerte y consecuentemente modificar el

texto del artículo 22 constitucional, lo que no sucedió, ocasionando una incompatibilidad de normas constitucionales en relación a la pena.

Actualmente el Código de Justicia Militar prevé dentro del catálogo de penas, precisamente la pena de muerte, y existen en ese ordenamiento aproximadamente 40 tipos penales que tienen como consecuencia la pena de muerte, motivo por el cual, consideramos que debe abolirse dicha pena, derogarla de nuestra Constitución, para evitar que exista siquiera la posibilidad de que se pueda ejecutar, pues si bien es cierto que en los últimos 20 años no se ha conocido públicamente alguna ejecución, también lo es que ha resurgido la discusión en torno a la inclusión de la referida pena en el catálogo de penas y medidas de seguridad del Código Penal Federal, idea que resulta abominable.

Ahora bien, el Poder Judicial Federal, a través de sus tribunales, ha emitido diversos criterios en torno a las penas prohibidas por la constitución, que a saber son:

INFAMIA, COMO ACTO PROHIBIDO CONSTITUCIONALMENTE. La infamia a que se refiere el artículo 22 de la Constitución General de la República, debe consistir en la resolución de una autoridad, tendiente a imponer a un individuo, la deshonra, descrédito o la maldad ejercida en su contra, así que de no advertirse estos

supuestos en el acto reclamado, en el capítulo de hechos de la demanda o en los conceptos de violación, no puede entenderse que exista ya la consecuente necesidad de suspender de plano los actos atribuidos a las autoridades, al ser inexistentes per se. *Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XI-Junio, Página 279.*

PENAS INUSITADAS Y TRASCENDENTALES, QUE SE ENTIENDE POR. Según el espíritu del artículo 22 de la Constitución General, el término inusitado, aplicado a una pena, no corresponde exactamente a la acepción gramatical de ese adjetivo. En efecto, inusitado, gramaticalmente hablando, es lo no usado, y no podría concebirse que la Constitución hubiera pretendido prohibir la aplicación, además de las penas que enumera en el citado precepto, de todas aquellas que no se hubieran usado anteriormente, por que tal interpretación haría concluir que aquel precepto era una barrera para el progreso de la ciencia penal, ya que cualquiera innovación en la forma de sancionar los delitos, implicaría una aplicación de pena inusitada, lo cual no puede aceptarse. Por pena inusitada, en su acepción constitucional, debe entenderse aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante, excesiva; porque no corresponde a los fines que persigue la penalidad; porque no llene las

características de una eficaz sanción, como las de ser moral, personal, divisible, popular, tranquilizadora, reparable y, en cierta forma ejemplar; o bien aquellas penas que, aún cuando no hayan existido, sean de la misma naturaleza o índole de las citadas. En cuanto al concepto de trascendentales, no significa que las penas causen un mal más o menos grave en la persona del delincuente, sino que los efectos de la misma afecten a los parientes del condenado. Todo lo anterior se desprende de los términos expresos del concepto constitucional que se comenta, al establecer que quedan prohibidas las penas de mutilación e 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. *Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XL, Página 2398.*

PENAS PROHIBIDAS. Es indudable que al referirse a penas inusitadas y al prohibirlas, el artículo 22 constitucional lo hace en relación con nuestro sistema penal, sin que sea cierto que para que una pena se considere prohibida, se requiera que sea conjuntamente inusitada y trascendental; pues si bien parece que gramaticalmente deberían exigirse las dos calidades de la pena, para que fuera de las prohibidas, ideológicamente no pudieron querer los constituyentes prohibir penas que

reunieran esos dos calificativos, ya que corresponden a ideas muy ajenas una de la otra. Basta leer con atención la enumeración de penas que prohíbe el artículo 22, para comprender que todas ellas pueden considerarse inusitadas, y que no queriendo el artículo enumerar todas las que pudieran existir, se valió del término general de inusitadas y, además, agregó que quedan prohibidas las penas trascendentales, que no son ninguna de las enumeradas. *Quinta Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XXXI, Página 348.*

PENAS TRASCENDENTALES. Las penas trascendentales de que habla el artículo 22 de la Constitución, son aquéllas cuyas consecuencias legales afectan a personas distintas del reo. *Quinta Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: VII, Página 137.*

PENA DE MUERTE Y ARBITRIO JUDICIAL. Si el asunto fue tramitado y resuelto sin preocupación alguna por satisfacer las garantías de legalidad y audiencia, determina una parcialidad en contra del acusado violando con ello sus garantías individuales; es obligación de esta Suprema Corte de hacer resaltar las impropiedades jurídicas y lógicas sufridas en el arbitrio judicial de la responsable, pues siempre será mejor el reconocer la falibilidad de un órgano juzgador o de una institución de gran solvencia moral, que no hacerlo, si esto último entraña la pérdida de la vida de una

persona que legalmente no debe ser sancionada por un delito que no se realizó en sus elementos típicos, ya que en síntesis toda la estructura político y jurídica que da vida a nuestro estado tiene por fin el mantener la libertad y vida misma de todas y cada uno de sus integrantes y si tal objeto no se realiza en un caso concreto, se niega por sí misma la teología que apoya y sustenta la sociedad en que nos desenvolvemos. *Séptima Época, Sala Auxiliar, Semanario Judicial de la Federación, Tomo 52, Séptima Parte, Página 39.*

PENA CAPITAL EN EL FUERO DE GUERRA. La pena capital está establecida en la ley penal militar vigente, como lo autoriza el artículo 22 de la Constitución; y no puede considerarse como inusitada y trascendental, por el solo hecho de que la haya abolido el nuevo Código Penal del Distrito Federal, puesto que no entraña su abolición en todo el territorio nacional, ni mucho menos para los reos de delitos graves del orden militar. *Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XL, Página 2397.*

PENA DE MUERTE EN EL FUERO DE GUERRA. De conformidad con el artículo 22 constitucional, la pena de muerte, no solamente puede imponerse al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, sino a otros delincuentes, entre ellos, a los reos de delitos graves

del orden militar, como indiscutiblemente lo es el que comete el delito de insubordinación con vías de hecho, causando la muerte del superior. *Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXXIX, Página 1274.*

PENA DE MUERTE. Su imposición, sin tomar en cuenta las circunstancias atenuantes que militan en favor del reo, y sin estricto apego a las disposiciones legales respectivas, importa una violación de garantías. *Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXV, Página 1286.*

PENA CAPITAL. Si la legislación de Coahuila castiga con la pena capital el robo en camino público, cuando existen las condiciones que fija la misma legislación, no es porque se equipare dicho delito al de homicidio calificado, sino porque se ha querido reprimir aquél, para dar garantías a la sociedad, por medio de penas severas; por tanto, no es preciso que se determine qué persona fue la que cometió el robo o el homicidio, para que se le impute la responsabilidad de los hechos ejecutados, como sucede en otros casos previstos por la ley; sino que basta que se cometa el robo en camino público, para que todos los que intervengan en el asalto, sean responsables de los delitos cometidos, esto es, para que se hagan acreedores a la misma pena; además, dichas disposiciones no contravienen

al artículo 22 constitucional, que de manera expresa dispone que podrá aplicarse la pena capital al salteador de caminos. *Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXV, Página 2082.*

PRIVACION DE LA VIDA Y TORMENTO, ACTOS DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA QUE IMPORTAN PELIGRO DE. COMPETENCIA DEL JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA PENAL. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 41, fracción III, de la Ley de Amparo, los Jueces de Distrito en materia penal son competentes para conocer de los juicios de garantías que se promuevan: a) **Contra resoluciones judiciales del orden penal**, lo que implica que el acto debe ser materialmente jurisdiccional y que la autoridad responsable debe ser específicamente judicial; b) **contra actos que afecten la libertad personal**, independientemente de la naturaleza de la autoridad que los ordene o ejecute, siempre que no se trate de correcciones disciplinarias o de medios de apremio impuestos fuera del procedimiento penal; y c) **contra actos que traigan consigo, el peligro de privación de la vida, deportación, destierro o alguno de los actos que como penas prohibidas menciona el artículo 22 de la Carta Magna**, sin que tenga relevancia la autoridad que los ordene o ejecute, ni la materia específica de que emanen. Por tanto, si en relación con la hipótesis competencial identificada con el inciso c), lo que

se toma en cuenta es que el acto, así sea emanado de un orden distinto al penal y emitido por autoridad de cualquier tipo, traiga consigo o tenga como consecuencia la privación de la vida del gobernado o alguno de los actos que se mencionan en el artículo 22 constitucional, así como la deportación o el destierro, ha de concluirse que al señalarse como actos reclamados de las autoridades administrativas penitenciarias la orden de traslado del reo quejoso a diversa celda de castigo o a cualquier otra área, con peligro de ser privado de la vida o de sufrir tormento, así como la ejecución material de dicha orden, es competente para conocer de la demanda relativa un Juez de Distrito en Materia Penal. *Séptima Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, Tomo 205-216, Primera Parte, Página 98.*

SEGUNDA PARTE: CIENCIA DEL DERECHO PENAL

I. SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA CIENCIA PENAL

1. La Ilustración

La moderna Ciencia del Derecho Penal tiene como punto de partida el pensamiento de la ilustración, concretamente la obra de Beccaria, antes referida, “De los Delitos y de las Penas”, pero todas las ideas ahí plasmadas son el fruto de la filosofía de las Luces, pues como señala García-Pablos, ilustrados y enciclopedistas (Beccaria, Lardizábal, Rousseau , Montesquieu, Voltaire, etc.) sometieron a la luz de la razón, del Derecho Natural o simplemente de la utilidad social, los presupuestos y el funcionamiento del viejo sistema ó régimen. Las tres corrientes fundamentales de la ilustración: la racionalista de Montesquieu , la iusnaturalista de Puffendorf y la utilitarista de Bentham, encarnan una reacción contra el Derecho y la Jurisprudencia del *ancienne regime* vigentes hasta finales del siglo XVIII¹. Los autores que formularon los principios fundamentales del derecho penal moderno coincidían esencialmente en el rechazo de la arbitrariedad y brutalidad penal que predominaba en ese entonces. En este sentido, Quintero Olivares apunta que antes del último tercio del siglo XVIII la ciencia penal era como tal

1.1 Cesare Beccaria

Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, nació en 1738, posteriormente, en 1746 comienza sus estudios en el Colegio de los Nobles de Parma, regentado por los jesuitas, después, en 1761 fue arrestado a petición de su padre para impedir su boda, no obstante ello, una vez que salió libre se casó con Teresa Blasco, a pesar de la oposición de su familia. En enero de 1764 termina su obra “De los delitos y de las Penas”, y el 12 de abril de ese año, envía el manuscrito a Giuseppe Aubert, director de la imprenta “Coltellini de Livorno” en donde aparece la citada obra en julio de 1764 pero sin nombre de autor.

En Beccaria influyó el libro de MONTESQUIEU “L’ésprit des lois” publicado en 1748, sobre todo en lo relativo a la separación e independencia del poder judicial, la estructuración y la pureza del proceso, la inutilidad de las penas largas, la proporción entre pena y delito, lo absurdo del tormento. Así como el Contrato Social de J.J. ROUSSEAU, toda vez que Beccaria parte precisamente del contrato social como origen de la constitución de la sociedad y, mediante este instrumento, dejación de mínimos de libertad en manos del Estado y su poder punitivo para la conservación de las restantes.

En efecto, en Beccaria se dio una mezcla de principios contractualistas y utilitaristas. No obstante, según Quintero Olivares, su contractualismo no es

igual que el propugnado por ROUSEAU. A diferencia del ginebrino, BECCARIA no admite que las leyes nuevas puedan ser obra inmediata de la voluntad general. Que las leyes sean fruto de una voluntad colectiva no es óbice para que el poder de dictarlas corresponda al legislador “legítimo depositario del actual resultado de la voluntad de todos”. Realmente esta idea del soberano-legislador, “amigo de sus súbditos”, hombre iluminado, Príncipe reformador, aún cuando exista, queda lejos del concepto rousseauiano de “voluntad general”. Para BECCARIA el Príncipe es el que hace realidad la voluntad colectiva; la voluntad general será sólo la conciencia que denuncia el cumplimiento de su misión por parte del Príncipe o de los jueces; pero es preciso un “poder” que asegure los derechos del individuo en todo momento.

El utilitarismo de BECCARIA, continúa diciendo Quintero Olivares, se sitúa junto a ese especial pensamiento contractualista. La idea de utilidad domina la mayor parte de su obra. En su pensamiento se otorga un poder casi ilimitado al legislador para “el logro de la mayor felicidad del mayor número”. La incompatibilidad entre contractualismo y el utilitarismo no supone problema alguno para BECCARIA. Ello se explica, ante todo, por el peculiar sentido que asignaba al contrato social, lejos del modelo de ROUSSEAU. BECCARIA encuentra en el soberano-legislador el punto de convergencia entre la vieja idea del contrato y la nueva moral de “lo útil”. El soberano no es

tanto garante de antiguos pactos como intérprete solícito de la voluntad general, a quien se deben las buenas leyes y la felicidad de los súbditos⁴.

Ahora bien, si la influencia de la obra de Beccaria se dejó sentir en toda Europa, Alemania inclusive, con mucha mayor razón se apreciaría en su país⁵. En realidad, podría formarse una línea más o menos sinuosa con los autores italianos que escribieron a partir de la Ilustración y hasta el advenimiento de la Escuela Positiva, dejando aparte a Beccaria, que como sabemos, fue más precursor y promotor de reformas que jurista inclusive en los marcos de una escuela o tendencia concreta.

⁴ QUINTERO OLIVARES, Op. cit. pp. 154-155.

⁵ Resulta importante en análisis que realiza Quintero Olivares, quien se cuestiona ¿Qué significa la postura estrictamente penal de BECCARIA, dejando al lado su actitud ideológica y política? BECCARIA, y esto es importante, no fue en rigor un jurista; su formación en ese campo era limitada. Lo cual no impide que sea considerado como reformador del derecho y maestro de juristas. No le preocuparon los problemas de cariz estrictamente jurídico, sino la libre crítica del derecho vigente y el señalar las condiciones que debía reunir el nuevo. La crítica no era para él una fase del método dogmático, sino parte de la actividad política referida al derecho. No se dedica a estudiar técnicamente temas jurídicos, penales, sino sólo a arremeter contra las leyes oscuras, los jueces arbitrarios, las penas duras, largas o innecesarias, y a analizar desde un punto de vista utilitario el origen del derecho de castigar; la necesidad de reformar la estructura y mecánica de los procedimientos penales, es proclamada ardientemente; abomina de la tortura, la pena de muerte, las penas infamantes y las confiscaciones –si bien en ocasiones señala que estas sanciones pueden ser ‘útiles y convenientes a veces -. Defiende de que pena y delito guarden proporción, y que haya certeza y concreción en la apreciación de unos y en la determinación de las otras. En suma, su obra es una crítica política y filosófica, y ese es el valor cumbre que encierra; pero en forma alguna constituye la exposición de un pensamiento jurídico-penal sistemático y científico. Por lo cual no puede en rigor ser calificado como “padre de la moderna ciencia del Derecho penal”; constituye un factor determinante en la actitud de los jueces y juristas que vinieron tras de él. Y por eso el científico penal no puede prescindir de su obra y de lo que representa. Pero la “ciencia” no nace con él; es más, los auténticos juristas de aquella época estaban predominantemente influenciados por el iusnaturalismo, que en el pensamiento de BECCARIA, si bien está patente en la importancia que concede a la “recta razón”, no alcanza la relevancia del contractualismo y el utilitarismo. Ibidem.

Así, la conclusión de Beccaria⁶ la hacemos nuestra, pues asombrosamente cobra vigencia dos siglos después de haberla plasmado en su magistral obra, la cual en la parte conducente señala:

Con esta reflexión concluyo. La gravedad de las penas debe ser relativa al estado de la nación misma. Más fuertes y sensibles deben ser las impresiones sobre los ánimos endurecidos de un pueblo recién salido de un estado de barbarie. Al feroz León, que se revuelve al tiro del fusil, lo abate el rayo. Pero a medida que los ánimos se suavizan en el estado de sociedad crece la sensibilidad, y creciendo ésta debe disminuirse la fuerza de la pena, siempre que quiera mantenerse una relación constante entre el objeto y la sensación.

De cuanto hasta aquí se ha dicho puede sacarse un teorema general muy útil, pero poco conforme al uso, legislador ordinario de la naciones, esto es: para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, las más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por la leyes.

⁶ BECCARIA, Cesare, *De los Delitos y de las Penas*, Traducción de Juan Antonio de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1996, p. 112.

1.2 Filangieri

A comienzos del siglo XIX, el influjo reformista de Beccaria influyó en las obras de otros reformadores como FILANGIERI, quien puede incluirse en el grupo de los penalistas “ilustrados” dentro de los que destaca Romagnosi.

FILANGIERI fue un autor plenamente abierto al pensamiento contractualista. El derecho de punir corresponde a la sociedad, que lo hace por su seguridad y tranquilidad; su contractualismo es más sincero que el de Beccaria, lo cual explica, siguiendo a LOCKE, que sostuviera que el derecho de punir, que a cada uno corresponde en el estado de naturaleza, ha sido heredado por la comunidad gracias al contrato social, apareciendo así un verdadero derecho de castigar. El delito es contrario a la ley; ésta es expresión del pacto social; por ello el delito es contrario a la sociedad y a sus derechos. Jurídicamente el delito es “violación de la ley acompañada de la voluntad de violarla”. La pena es para él “la pérdida de un derecho correspondiente a aquél atacado por el delito”; la diversidad de derechos violables explica la diversidad de penas aplicables. Admite la pena de muerte y las penas infamantes. La única finalidad de la pena es para él la “prevención”⁷.

⁷ Op. cit. Quintero Olivares, p. 157.

1.3 Johon Howard

Se dice que Beccaria fue para el Derecho Penal lo que Johon Howard para el Derecho Penitenciario. Nació en Enfield (hoy Arrabal Londinense Inglaterra), en 1726. Destaca ante todo la reforma carcelaria que propuso fundamentalmente en aras de la humanización de las penas. Tomando datos de sus biógrafos nos dice Bernaldo de Quirós: "Tan lejos estaba de ser hombre de ciencia, que por el contrario, abominaba de muchas de las ciencias, y sobre todo, de la Geología, pareciéndole impidió a su alma de puritano el intento del hombre de pretender leer la historia de la creación en las estratificaciones de la tierra, cuando era la sagrada escritura quien se la refería día por día. Llevaba su piedad hasta el punto de tener pendiente del cuello el documento que contenía su declaración de su misión a la voluntad de dios. Y este hombre, un día seducido por una gran catástrofe geológica, no obstante su abominación a tal clase de curiosidades, llama su atención por el gran terremoto de Lisboa de 1755, a los treinta años, dueño de una gran fortuna heredada de sus padres, emprende su primer viaje para ir a la capital portuguesa a contemplar por sus ojos la gran calamidad de aquel temblor de tierra"⁸.

El viaje había de tener la mas fecundas consecuencias en su existencia henchida de filantrópico afán desde entonces. Al volver de aquella excursión,

a la altura de Brest, en el ángulo extremo de Bretaña, casi a la entrada del Canal de la Mancha, el barco en que Howard volvía a su patria es apresado por un corsario francés, que le retuvo prisionero durante varios meses. Conoció así por propia experiencia la cautividad. En su país fue nombrado a su regreso Sheriff (Juez de Paz), del condado de Bedford, en 1773. Este puesto le hizo conocer de nuevo las prisiones, pero esta vez como visitador.

La experiencia propia y la vista del dolor ajeno anidaron en su espíritu, donde se formó el inquebrantable propósito de entregarse a la reforma de los infames establecimientos penitenciarios. Desde entonces su vida sólo fue un largo itinerario, recorrido a través de la "Geografía del dolor", como dice Bernaldo de Quirós. Primero, cumplió su misión en Inglaterra y en Gales, luego otra vez volvió a embarcar hacia la Península Ibérica, que atravesó diagonalmente, desde Lisboa hasta Irún, pasando por Madrid y visitando el año 1783 la vieja Cárcel de Audiencia, el edificio donde últimamente se hallaba instalado el Ministerio de Estado. Pasó después a Francia, recorriendo también los principales centros penitenciarios de París, y donde se le negó el permiso de acceso a la Bastilla. Conoció, en cambio, Bicêtre y la prisión de la Forcé. Siguió después por Alemania y por Austria; atravesando los Balcanes, llegó a Turquía, y, cruzando el mar Negro, desembarcó en Crimea, iniciando

⁸ Cfr. Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Editorial Losada, Buenos Aires, 1950. pp. 258-260.

la exploración de las prisiones del Imperio de los Zares. Y allí en una ciudad de Crimea, en Kerson, encontró la muerte el 20 de enero de 1790, víctima de una "fiebre carcelaria" (tifus exantemático), contagiado del medio en que vivió tan apasionadamente⁹.

Las infectas prisiones europeas, sin luz, sin aire, con su población penal enferma, mal alimentada, maltratada, merecieron la censura áspera y dolorida de este gran filántropo inglés. Concretó sus observaciones y sus propuestas reformadoras en su notorio libro **Estate of Prisons**, en el después de criticar el inhumano y cruel estado de las prisiones, fija estas bases para remediarlo:

1° Higiene, y alimentación.

2° Disciplina distinta para los detenidos y los encarcelados.

3° Educación Mora y Religiosa.

⁹ Treinta años después de la muerte de Howard, el 13 de noviembre de 1820. Silvio Pellico es detenido y comienza su calvario que nos dejó uno de los libros más conmovedores. Pellico había nacido en Saluzzo, en el Piemonte, el año 1788. Sus aficiones literarias cultivaron su espíritu. En Milán trató a muchos hombres distinguidos de Europa y en casa de Conde Porro trabó conocimiento con los más activos conspiradores que querían librar a su país del dominio austríaco, como Carbonieri, Ludovico de Brema, Pietro Borcieri, Melchor Gioja, Romagnosi, Grossio y otros, que eran el mismo tiempo excelentes escritores, economistas, juristas, intelectuales en suma, como diríamos hoy. El gobierno austríaco, que estaba sobre aviso, yuguló la conspiración y condenó con severas penas a cuantos se hallaban comprometidos en ella. Silvio Pellico fue llevado a Santa Margarita, primero a "los Plomos", de Venecia, después y finalmente a San Miguel, donde espero su sentencia: fue de quince años de *carcere duro*. Durante diez sufrió el tremendo cautiverio en Spielberg, en Brünn (Moravia), ahora llamada con nombre checo Brno. Quien visite esos calabozos que se enseñan al turista, y nosotros los vimos en 1938, siente el horror del tratado que se daba a los presos, privados de la luz, sujetos con cadenas, sin espacio casi para mover su cuerpo. Silvio Pellico hizo el relato de su largo encierro en el famoso libro *Mis Prisiones* que causó una saludable impresión, como las obras del inglés filántropo, como todas sus narraciones de los dolores que sufren los reclusos; pero solo muy lentamente se opera la reforma de las prisiones, aún hoy necesitadas de tratamiento correctivo y resocializador. Esto no resta el heroico mérito de John Howard. Con razón sus contemporáneos y la posteridad le colman de elogios. En Francia el Abate Deñlille, le dedicaba su poema, La Piedad; en Bedford y en Londres se le erigen estatuas, y cuando iba a cumplirse el primer centenario de su muerte, en el propio lugar en que la halló, se construye un monumento por acuerdo del Congreso Penitenciario Internacional de San Peterburgo.

4° Trabajo.

5° Sistema Celular dulcificado.

En esta tesitura, podemos concluir que los postulados de Howard enmarcaron el moderno sistema penitenciario, que fue acogido en nuestro País hasta la Constitución de 1917, pues ésta fue la primera que estableció la organización del sistema penal bajo las bases del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. A pesar de que han transcurrido más de dos siglos de que los propuso el mencionado autor, permanecen vigentes, de ahí la trascendencia del trabajo de John Howard. No obstante lo anterior, consideramos que faltan muchas cosas por hacer, las cárceles de México padecen de una infraestructura arcaica, que data de los años setenta, y que no cumplen las normas mínimas previstas en los documentos internacionales relativos a la materia, empero, consideramos que esto no es la prioridad del país, pues como acertadamente apunta Carrancá y Rivas, lo importante no es atacar el efecto sino la causa, de nada sirve una penitenciaría que albergue a quienes no deberían estar ahí, la causa se merma, en la medida en que surtan en la sociedad los efectos de la prevención general.

2. Derecho Penal Liberal

2.2 Inglaterra

2.1.1 Bentham

Bentham es el más genuino representante del “utilitarismo” de la época, forma de pensamiento que no estaba concebida exclusivamente para el Derecho penal, se extendía a todas las ciencias sociales y humanas, me explico, lo único que preocupa al legislador es lo “útil”, única idea que no estaba sujeta a posibles variaciones en la concepción “natural” del derecho. De esto se infería que en lo jurídico sólo era imaginable un cerrado positivismo, y en lo iusfilosófico se colocaba en contra de la opinión extendida en su tiempo sobre el supremo valor del derecho natural. Otra importante derivación del utilitarismo afecta el problema de la naturaleza de la responsabilidad penal. Si el legislador prohíbe un acto no es porque lo considere “malo” por tradición o por principios naturales; lo que le determina a calificarlo como delito es su dañosidad, por que de este acto se deriva un perjuicio, y no hay que buscar otras razones; en cuya virtud la responsabilidad penal un neto carácter objetivo, lo moral o subjetivo, en su planteamiento, pasa a un segundo plano. La moral en esta doctrina, y mucho más el Derecho, consiste en el arte de dirigir las acciones humanas de modo que éstas produzcan la mayor felicidad posible. Correlativamente tampoco las penas buscan especie alguna de

expiación o retribución moral; dada la naturaleza de la responsabilidad penal es obvio que las penas no pueden perseguir sino la utilidad general. El fin de la pena es la “prevención general”. Ahora bien, esa idea ha sido también defendida por penalistas no utilitaristas; pero a éstos les separa de Bentham un elemento esencial, a favor de ellos y en contra del inglés: que para Bentham la prevención general no es sólo el fin de la pena, sino también su único fundamento justificativo.

De su concepción del derecho penal y de los castigos se derivaban una serie de caracteres que las penas debían tener, que los expone en su “Teoría de las penas y de las recompensas”. Según él habían de ser: divisibles, ciertas, iguales, conmensurables, análogas al delito, ejemplares, económicas, remisibles, eficaces contra la capacidad de hacer daño, eficaces para la enmienda, convertibles en provecho, simples y populares.

En cuanto a Bentham, reflexiona Quintero Olivares, varios aspectos de su doctrina influyeron en el pensamiento de penalistas de todo el siglo XIX y aún del XX; lo mismo puede decirse respecto a la Scuola Positiva italiana. La separación de lo metafísico o racionalista, y el entendimiento de que la ley penal no es más que un instrumento para el logro del bienestar de la mayoría, son ideas hoy vigentes en algunos sectores de nuestra ciencia, si bien varían los planteamientos referentes a la exclusividad de tales principios o su

compatibilidad con otros por los que han luchado múltiples doctrinas penales¹⁰.

2.2 Italia

2.2.1 Rossi

Pellegrino Rossi (1787-1848) sustenta su doctrina en el iusnaturalismo, al igual que el clasicismo alemán iniciado por FEUERBACH, el cual se caracteriza precisamente por la utilización del Derecho Natural como base filosófica, que además cumplía la función de sustituir el viejo sistema criminal, con un nuevo criterio que salvaguardara los derechos del hombre, finalidad a la que tendieron todos los juristas desde los primeros tiempos de la Ilustración. El Derecho Natural, conocido por la razón del hombre, quedaba a salvo de cualquier arbitrariedad u oscilación, y ahí residía su fuerza jurídico-política.

A juicio de ROSSI, hay un orden moral preexistente a todas las cosas. De él se derivan dos conceptos esenciales: el ser “amoral” y responsabilidad “moral”. Como quiera que el orden moral superior es el que determina cómo ha de ser el orden terrenal, la justicia ha de aplicar leyes inspiradas en ese

¹⁰ Op. cit. pp. 158-159.

orden moral, para así ser una “justicia absoluta”. Los principios que rigen el orden moral son captados por la razón y la sensibilidad del hombre.

El sujeto “moral” se caracteriza por el libre albedrío, y en la existencia de éste se funda su “responsabilidad moral”, que a su vez fundamentará la imposición de la pena. Como quiera que el fundamento de la pena es la responsabilidad moral, lógicamente ha de ser retributiva; es partidario pues de una concepción “absoluta” de la pena. Que la expiación sea la base de la imposición de la pena no impide que dentro de los límites de la retribución quepan otros fines de “utilidad”, como es el de prevención, de los cuales no puede prescindir el Derecho penal. Pero ROSSI no cree, pese a todo lo anterior, que el delito tenga su esencia en la mera infracción del orden moral del cual las leyes humanas han de ser un reflejo, sino que el delito es el quebrantamiento de un deber con la sociedad o los individuos, requerible de suyo por imperativo del orden moral, y útil a la conservación del orden político. Pero esto no significa en manera alguna que el Derecho Penal “derive” del contrato social: la existencia real de éste es por naturaleza algo aleatorio, y por ello, el Derecho penal no puede estar a su merced, sino que se apoya en su origen superior y seguro¹¹.

¹¹ Cfr. Quintero Olivares, Curso de Derecho Penal...pp. 160-161.

Este gran jurista político, diplomático y poeta,, apunta Castellanos Tena, es considerado como uno de los precursores de la escuela clásica. Para Rossi, la pena es la remuneración de mal hecha con peso y medida por el juez legítimo. El derecho de castigar tiene su fundamento en el orden moral, obligatorio para todos los hombres y debe ser realizado en la sociedad en que viven, haciendo en esa forma un orden social. El Derecho Penal, según Rossi, tiende a la realización de ese orden moral por lo que no puede proponerse un fin apartado de la justicia moral¹².

2.2.2 Carmignani

Giovani Carmignani (1768-1847), también es considerado precursor de la Escuela Clásica, pero su pensamiento se caracteriza por una concepción netamente política del derecho. Para este autor el derecho de castigar tiene su fundamento en la necesidad política, me explico, según Carmignani, el derecho de punir no se funda en la Justicia Moral, sino en la necesidad política entendida como “necesidad de hecho”. Los delitos no se castigan más que con el propósito de impedir que sea menoscabada la seguridad que los hombres persiguen por medio del “estado social”. Las acciones criminales se castigan,

¹² CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Trigésima Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, D.F. p. 53.

no porque se hayan realizado, sino para que no se realicen más; es decir, se persigue la prevención y no la represión.

No obstante lo anterior, Carmignani entiende que la “imputabilidad moral” es una condición de la “imputabilidad política”, es decir, la fundada en el “estado social” (contractualismo e iusnaturalismo); y esto es así porque el hombre sólo puede ser sujeto a las leyes en la medida en que es libre, y por ello mismo, dirigible. Igualmente, las leyes penales han de proceder siempre de acuerdo con las leyes éticas y religiosas¹³.

Ahora bien, consideramos oportuno transcribir la brillante síntesis que realizó Quintero Olivares¹⁴, en cuanto al pensamiento de Carmignani en contraste con el propio de Rossi, que reza:

Notables diferencias presenta, respecto a CARMIGNANI, el pensamiento de ROSSI, autor de especial interés para nosotros en virtud de la incidencia de su doctrina en la ciencia penal española a través de PACHECO. En Síntesis, podemos adelantar que, mientras que en CARMIGNANI *prepondera un cierto contractualismo* en la fundamentación del Derecho penal, con una presencia menor de los postulados iusnaturalistas, en ROSSI ocurre justamente lo contrario, el *iusnaturalismo se afirma con definitiva fuerza* en la explicación de su doctrina. Hay que recordar, en este punto, que el clasicismo italiano, al igual que el alemán iniciado por

¹³ Cfr. Quintero Olivares, Curso de Derecho Penal...pp. 160-161.

FEUERBACH, se había de caracterizar precisamente por la utilización del *Derecho Natural como base filosófica*, que además cumplía la función de sustituir el viejo sistema criminal, con un nuevo criterio que salvaguardara los derechos del hombre, finalidad a la que tendieron todos los juristas desde los primeros tiempos de la Ilustración. El Derecho Natural, conocido por la razón del hombre, quedaba a salvo de cualquier arbitrariedad u oscilación, y ahí residía su fuerza jurídico-política.

En resumen, cabe apuntar que la distinción fundamental del pensamiento de los autores de mérito radica en la justificación de la aplicación de la pena, mientras que uno se basa en un concepto que se encuentra íntimamente relacionado con la religión, esto es, la moral, el otro pondera los intereses de la sociedad tutelados por el Estado, empero, la perspectiva de cada uno de ellos parte del mismo punto, todos los seres humanos tienen libre albedrío.

2.2.3 Escuela Clásica

El termino clásico, se utiliza en sentido despectivo por los positivistas, concretamente por el positivista FERRI, quien no compartía los planeamientos de la escuela clásica, por ello, la expresión “clásico” en sentido peyorativo, es decir, lo viejo lo caduco.

¹⁴ Idem.

Las diversas tendencias que integran la Escuela Clásica se desarrollaron en el último tercio del siglo XIX, espontáneamente en cada país, con representantes que no se conocían unos a otros y, en consecuencia, con anárquica autonomía y típico color nacional en muchos casos. García Pablos¹⁵ apunta:

Suelen citarse, como representantes de la Escuela Clásica, en Italia: a Carmignani, Rossi, y sobre todos, a Carrara. En Alemania, a Mitterrerrmaier, Berner, Hälschner y Birkmeyer. En Francia, a Ottolan y Tissor. Y, en España, a F. Pachecho y a J. Montes. Existe, no obstante, polémica respecto a la correcta adscripción de algunos autores.

En efecto, los positivistas chocaron frontalmente con la escuela clásica esencialmente a causa de una *radical discrepancia metodológica*¹⁶. La escuela clásica siguió fundamentalmente el método "lógico-abstracto", pues como dice Jiménez Asúa: los clásicos edifican sus majestuosas concepciones sobre el razonamiento, dado que para ello no había más ciencia penal que el Derecho punitivo, lo estudiaba con el método lógico abstracto. El Derecho Penal es, para el clasicismo, un sistema dogmático basado sobre conceptos esencialmente racionalistas. Ahora bien, el iusnaturalismo que profesan les hace deducir el sistema de unos principios a priori, de unos dogmas de los que

¹⁵ Op. cit. p. 312.

¹⁶ Ciertamente, entre clásicos y positivistas existían diferencias incluso referidas al concepto del Derecho, a la relación entre individuo, Ordenamiento y Estado, a la misión del Derecho penal, etc. Pero lo principal, y por otra parte lo que más le interesa en este apartado, fue la *diferente forma de concebir el método penal*, en lo que se evidenciaba lógicamente una diversidad de criterio sobre el objeto metódico y la interrelación entre uno y otro. Y precisamente fue el problema metodológico el que separaba ambas escuelas.

se extraen y derivan las restantes proporciones. Por eso apunta acertadamente Antón que los tratados de Rossi o de Carrara no son sistemas de Derecho Positivo, sino de ideales jurídicos aplicables a todos los tiempos y lugares¹⁷.

La Escuela clásica, en consecuencia, simboliza el tránsito del pensamiento mágico, sobrenatural, al abstracto; del mismo modo que el positivismo implica el paso ulterior hacia el mundo naturalístico y concreto. La afirmación del libre albedrío representa un nuevo arquetipo de ser humano, capaz de autodeterminarse, de optar y decidir, no mero juguete de fuerza divididas o demoniales.

Sin embargo, el método abstracto, formal y deductivo, resultó para quienes vivían en esa época, un medio inidóneo para combatir el fenómeno criminal, por considerarlo alejado de las duras exigencias del maquinismo y de la industrialización que reclamaban un control eficaz del delito. Mucho se le censuró a la escuela clásica, dice Castellanos Tena, el empleo de los métodos deductivos de investigación científica, pero en verdad el Derecho no puede plegarse a los sistemas de las ciencias naturales por no ser parte de la naturaleza y no someterse a sus leyes. En la naturaleza, continua mi maestro

¹⁷ García Pablos comenta: Aquí es necesario matizar algo que ya se apuntó a propósito intercorrelación. método de la Escuela Clásica con el método, también racionalista, abstracto y deductivo, que emplearía después pero en términos bien diferentes el positivismo jurídico. Me refiero al objeto que la Escuela Clásica escoge y selecciona para aplicar dicho método. Lo que diferencia a ambas tendencias metodológicas es el objeto de la ciencia jurídica el Derecho Positivo; mientras la escuela Clásica orienta su atención hacia un Derecho ideal, racional: hacia el Derecho Natural. Por ello se ha dicho que el racionalismo de la Escuela Clásica no se agota, como el del positivismo jurídico, en el recurso a la razón como instrumento para

Castellanos Tena, los fenómenos aparecen vinculados por nexos causales, por enlaces forzosos, necesarios, mientras el Derecho está constituido por un conjunto de normas; se presenta como la enunciación de algo que estimamos debe ser, aún cuando tal vez, de hecho, a veces quede incumplido. Mientras las leyes naturales son falsas o verdaderas, según su no coincidencia o su perfecta adecuación con la realidad, las normas postulan una conducta que, por alguna razón, estimamos valiosa a pesar de que en la práctica pueda ser producido un comportamiento contrario¹⁸.

Los postulados de la escuela Clásica son, en síntesis, la concepción trascendente del derecho, cuyo módulo inmutable es la ley natural y donde el delito es un concepto meramente jurídico; el principio del libre albedrío del hombre, con la consiguiente concepción de la pena como retribución del acto culpable y moralmente reprochable, y la pena proporcional al delito, es decir, retribución señalada en forma fija.

2.2.3.1 Carrara

Francisco Carrara (1805-1888), es uno de los más grandes penalistas de todos los tiempos, sucedió a Carmagnani en la cátedra del Derecho Penal en la Universidad de Pisa; el método y sistema de este autor se basan

desentrañar el sentido del derecho positivo, sino que cumple, en primer lugar, la función de describir el propio objeto de análisis: el Derecho Natural revelado por razón. Op. cit. p. 313.

fundamentalmente en el racionalismo y el iusnaturalismo. Ambos postulados se mantienen expresamente por Carrara. El Derecho según el autor no es un producto histórico, simple obra humana, porque tiene una esencia transcendente. Por ello, cuenta con una vida de criterios rectores propios, independientes de los caprichos del legislador humano histórico. Sigue el módulo de la ley natural.

El Derecho penal decía Carrara tiene su génesis y su forma en una ley absoluta, porque constituye el único orden posible de la humanidad, según las previsiones y la voluntad del Creador. Y añadía: las demostraciones no se derivan de la palabra humana, sino que deben ser deducciones lógicas de la razón eterna, por la cual relevo Dios a los hombres, por admirable inspiración, cuanto es menester para regular su conducta con respecto a los propios semejantes. Subordinadas así a una norma absoluta, las leyes penales son absolutas en sus principios cardinales y solo pueden convertirse en relativas en su forma de aplicación. Yo he creído haber encontrado esa fórmula sacramental, decía Carrara, y me agradó que de ella emanarían, una a una, todas las grandes verdades del Derecho penal de los pueblos cultos ha reconocido y proclamado actualmente en las cátedras, academias y foros semejante fórmula me pareció que debía estar en la exacta noción constituyente de delito. Esta se expresa diciendo: el delito no es un hecho, sino entre jurídico. Con tal proposición me parecía que se abría camino a la evolución espontánea de todo el derecho criminal, en virtud de un orden lógico e imprescindible. Y esto fue mi programa.¹⁹

¹⁸ Op. cit. pp. 56-57.

¹⁹ Programa del Curso de Derecho Criminal, I, traducción Luis Jiménez de Asúa, 2ª ed. 1925, p. 13.

Carrara sostiene, entre otras ideas, que el Derecho es connatural al hombre; Dios le dio a la Humanidad desde su creación, para que en la vida terrena pueda cumplir sus deberes. La Ciencia del Derecho Criminal es un orden de razones emanadas de la ley moral, preexistente a la leyes humanas²⁰.

Cierto, para Carrara, el respeto a la ley natural, su comprensión y formulación como sistema al que ha de subordinarse el Derecho vigente, alcanza la máxima expresión, es el gran maestro de la Dogmática, entendida como ciencia ajena al conocimiento empírico; de ahí en contraste con la escuela positiva.

Por otra parte, Carrara sostiene que el delito es una notación jurídica, que implica una necesaria relación o referencia a la norma. Porque el delito no es mas que la contradicción de ésta, de la norma. A esta particular concepción ideal del delito, desprovista de todo contenido real o empírico, se deben dos importantes consecuencias: en el plano sistemático, y en el criminológico. En el primero que la antijuricidad no parezca en la teoría jurídica del delito como característica o no de este, sino como esencia sustantiva, no adjetiva del hecho criminal: el delito no es acción antijurídica, sino infracción de la norma. En el Plano criminológico esta concepción implica el abandono del delincuente que carece de todo sustrato real ya que es

²⁰ Cfr. Castellanos Tena, Lineamientos...p. 55.

sólo el sujeto activo de la infracción. Lo que determinará las justificadas críticas de la escuela positiva²¹.

La Escuela clásica ha contribuido con una aportación trascendental a la Ciencia Penal. A ella se debe la propia aparición de ésta. Su influjo en el Derecho Positivo, concretamente en el movimiento reformista de fines del

²¹ La utilización del método lógico-abstracto en los clásicos, y particularmente en CARRARA, se plasma, según Quintero Olivares, de la siguiente manera: a) La Ley penal positiva, la que los hombres dictan, no puede ser sino el reflejo del orden natural, dictado por el Creador –su iusnaturalismo es, hay que advertirlo, netamente católico-. Si el Derecho penal no fuera más que un fruto de la voluntad del legislador, no podría su estudio pasar de ser una glosa de los preceptos legales, no una ciencia, variable a la vez que éstos cambiaran. b) Si la Ley penal deriva de la Ley natural, el delito, al que la ley vincula sus consecuencias, no puede ser “realidad de hecho”, sino, por el contrario, una creación del Derecho (que no es una expresión de una “ordenación social” sino la expresión de la voluntad anterior y superior de los principios morales). El delito es pues, según celebrísima expresión, un “ente jurídico”, y no un “ente social” como en el fondo, vendrían más tarde a sostener los positivistas. Ese “ente jurídico” es concebido mediante un razonamiento abstracto que pone en conexión los actos humanos con el orden natural absoluto. En suma, el concepto de delito no es sino una creación de la pura razón iusnaturalista. Como quiera que el iusnaturalismo toma, en la misma medida, en consideración lo interno y lo externo del comportamiento del hombre, lo físico y lo moral, también el delito, creación de la razón jurídica así entendida, hará lo propio; dos órdenes de consecuencias nacen de ello: en cuanto a lo externo, no podrá ser delito cualquier acto que la ley declare como tal, sino únicamente aquellos que ofendan los derechos de otros ciudadanos; en lo concerniente al aspecto interno de la conducta, como quiera que para el Derecho sólo puede ser relevante –desde un punto de vista racional- el acto del hombre, entendido como manifestación de la voluntad del sujeto dotado de libre albedrío, cuya existencia da CARRARA por demostrada, es obvio que, al igual que para los actos moralmente buenos, de la intención del hombre dependerá el carácter delictivo de su comportamiento, en unión de la lesividad exterior del mismo. c) En relación a su concepción de la pena, entendemos que CARRARA no sostuvo una fundamentación “absoluta” de la pena en el sentido kantiano, sino que, en su sentir, el fundamento del derecho a castigar se encontraba en la idea de realización de la justicia; pero el Derecho penal no era un mero concepto abstracto, toda vez que sus destinatarios eran los hombres y los actos humanos, encontrándose justificado el recurso al mismo, en base a su finalidad: la defensa del hombre; y por eso, su razón de ser es, en tal sentido, la defensa de la humanidad; y también por tal causa, las penas deben limitarse, aunque se funden en la justicia y ésta dicte la medida de las mismas, así como los topes máximos que pueden alcanzar, a las necesidades de defensa. A diferencia del criterio propio del racionalismo kantiano, para CARRARA la realización “innecesaria” de la Justicia no es precisa a la Humanidad. d) En cuanto al “sistema” del delito de CARRARA, sobresale la “bipartición”, consecuencia de la premisa inicial de que el Derecho se ocupa del acto humano en una doble dimensión: la interna y la externa. En virtud de ella, el estudio del delito se hace en dos instancias distintas: la fuerza moral y la fuerza física, todo ello presidido por el principio de antijuridicidad. El sistema de bipartición utilizado por CARRARA ha tenido honda raigambre en la dogmática italiana posterior. Así, por ejemplo, esta estructura básica, aunque con otro nombre (elemento objetivo y elemento subjetivo del delito) es el que utilizó ANTOLISEI y también CAVALLI, PAGLIARO, PENSO, RANIERI y PISAPIA, entre otros. El último representante importante de la Escuela Clásica, cuyo pensamiento y método no puede en forma alguna considerarse superado o periclitado, ha sido, a nuestro juicio, BIAGIO PETROCELLI, cuyos discípulos ocupan hoy un papel relevante en la ciencia penal italiana.

siglo XVIII y en el gran movimiento codificador humanitario y liberal del siglo XIX, fue también, decisivo. La defensa de las garantías individuales y su reacción contra la arbitrariedad y los abusos del poder sería una preocupación continua de la misma, coherente con sus orígenes iluministas y con el liberalismo político que propugnaba.

Las críticas dirigidas contra la escuela clásica lo son, en definitiva, a su método racionalista y abstracto. Pues el Derecho positivo emanado, por vía de deducción, de unos principios inmutables, apriorísticos, no podía responder a las necesidades de prevención de una sociedad en cambio, afectada por un creciente proceso de industrialización.

Ferri expresó estas objeciones con su acostumbrada acritud: estos principios y criterios generales de la justicia penal en los siglos XIX y XX, cimiento de las aplicaciones prácticas, dieron resultados desastrosos, a saber; aumento continuo de la criminalidad y de la reincidencia con formas o asociaciones de delincuencia habitual y profesional en los centros urbanos o en los latifundios aislados, aumento progresivo de la delincuencia de los menores y mujeres, prisiones con frecuencia mas cómodas que las casas de los pobres y honrados, agravación financiera de los constituyentes, defensa ineficaz frente a los criminales más peligrosos y pérdida de muchos condenados menos peligrosos, que podrían haber sido reutilizables como ciudadanos aptos para la vida honrada del trabajo.

La objeción es irrefutable. Los sistemas creados por los autores clásicos gozaba de admirable perfección lógica y armonía, pero derivaban de unos postulados apriorísticos y no de la realidad concreta y de sus necesidades. Servían a los principios de la justicia retributiva, pero no a los de prevención especial.

Típico es el caso, como apunta Antón, del delincuente habitual, autor de pequeñas infracciones, al que solo se pueden aplicar cortas penas, de efecto casi nulo, de acuerdo con los principios retribucionistas.

Sería absurdo culpar a la Escuela Clásica, y al liberalismo político que ésta propugnaba, de unos problemas, como el del aumento de la criminalidad, que no supo paliar, pero que no creó ella misma. El aumento de la criminalidad, como es sabido, se debió, ante todo, al auge del maquinismo industrial y a la inadecuación de las estructuras socioeconómicas para hacer posible el tránsito del Estado liberal al Estado social intervencionista, que la nueva situación reclamaba.

Empero, lo cierto es que la contraposición: concepto real social de delito, concepto jurídico de delito y el método abstracto deductivo de los clásicos propició el mencionado distanciamiento de la ley y la realidad. Por

ello, la Escuela Positiva centró todas sus críticas a la Clásica en el método, y propuso en sustitución del método abstracto, racionalista y deductivo, un método concreto, empírico, experimental, inductivo: un método positivo.

En suma, los clásicos, representados genuinamente por CARRARA, trabajan en base a criterios de “razón”, y no sobre los datos de una experiencia jurídica. El Derecho positivo únicamente es invocado para reforzar las conclusiones a las que racionalmente llegan. Igualmente, en los clásicos y en su metodología se aprecia una mentalidad “antihistoricista”, en correspondencia al punto de partida iusnaturalista o racionalista y a diferencia de lo que había acontecido en Alemania durante la primera fase del clasicismo. Pero el apriorismo, el racionalismo, el antihistoricismo de los clásicos, no debe inducir a creer que su método condujo al “formalismo”, fenómeno que se produciría más tarde en la dogmática italiana, pero que no puede ser considerado como una consecuencia o carácter del método clásico.

2.2.4 Escuela Positiva

La escuela positiva estuvo influenciada por el método de las ciencias de la naturaleza, en virtud de que la investigación empírica en esa época había proporcionado notables éxitos a la física, astronomía, antropología, etc.,

constituyéndose así una transformación del derecho penal al incluir el método de esas ciencias, esto es, el causal-mecanicista, fundado en la observación. Esta idea fue recogida por los nuevos filósofos positivos COMTE, STUART MILL, SPENCER, etc., los cuales consideraron que el saber científico, auténtico no podía alcanzarse fuera del método causalista y determinista.²²

Así, el incontenible aumento de la criminalidad y consiguiente descrédito de las concepciones espiritualistas y metafísicas de la Escuela Clásica, motivaron el auge de un método causal explicativo, experimental, inductivo, marcando una segunda etapa trascendental de la Ciencia y, en general, de la historia de las ideas penales. La consolidación de la Criminología como disciplina empírica, científica, se halla estrechamente unida al positivismo criminológico y, en particular, a la Scuola Positiva italiana, que surge a mediados del siglo XIX como reacción a la Escuela Clásica²³.

²² La filosofía, apunta Quintero Olivares, es un credo absoluto en el dato real, es decir, el dato comprobado; el sabe debe partir de éste. Evidentemente, solo puede ser estudiado algo "tangible": -un hecho, un fenómeno-, pues de lo contrario no es posible comprobación alguna. Fuera de este ámbito lo metafísico, que por eso no puede pretender la condición de saber "científico", sino tan solo la de idea o creencia, nunca demostrables empíricamente. Op. cit. p. 164.

²³ El positivismo criminológico nació como reacción contra los excesos forma listas de los clásicos, que dedujeron su sistema racional de unos principios apriorísticos naturales, ideales, apartados del mundo empírico y real. Pero el positivismo incurrió, también, en otros tantos excesos, al tratar de reducir el Derecho a un capítulo de la Sociología criminal explicando el delito, como hecho real, con el método experimental propio de las ciencias naturales. En el primer caso, el objeto de la ciencia del Derecho se trasladaba al mundo ideal, al Derecho Natural. En el segundo, al mundo empírico, a la realidad metajurídica. La consecuencia, en ambos enfoques, sería muy semejante: el abandono absoluto del Derecho Positivo. El abandono del Derecho Positivo y la falta de una metodología apropiada a las características singulares de las ciencias jurídicas. Pues el clasicismo, en definitiva, construía sus brillantes sistemas con el método propio de la Filosofía, y el positivismo criminológico, equiparaba el Derecho a las ciencias de la naturales y aplicaba el método propio de éstas: el método experimental, el método positivo.

Congruente al nuevo método, resulta lógico que se abandone el iusnaturalismo, y cualquier metodología que de él derive, verbigracia el método de la escuela clásica, es decir, el lógico-abstracto.

Los positivistas italianos abrazaron la metodología de las ciencias naturales, ocasionando que el cambio de objeto científico consistiese en el paso del "delito" al "delincuente". Según los positivistas, los clásicos utilizando el método deductivo o de lógica abstracta, perdieron de vista al delincuente, por ello, al dejar de conocer científicamente la realidad humana y las causas de la delincuencia, no les fue posible a los clásicos indicar los remedios adecuados.

Según el positivismo, todo el pensamiento científico debe descansar precisamente en la experiencia y en la observación, mediante el uso del método inductivo, por el contrario, la escuela clásica concibió el Derecho penal como un sistema de principios y dogmas, que dictados por una razón natural, se deducían por un procedimiento lógico-abstracto; sistema cuyo sillar fundamental lo ocupaba el concepto de delito como "ente jurídico" o "ente de la razón jurídica", consecuentemente el delincuente no podía ser más que el

Aunque la lucha de escuelas dio lugar a salidas de compromiso, que trataron de conciliar ambos métodos (Terza Scuola, joven escuela sociológica), el intento más acusado de fijar el objeto y método de la Ciencia del Derecho frente a los excesos citados, fue, en Italia, el tecnicismo jurídico y, en Alemania, la dirección dogmática, cuyos postulados extremos se mantienen por el denominado formalismo normativista. En realidad, estamos ante una manifestación más del espíritu positivista, que opera una sutil metamorfosis en cuanto al objeto de la actividad jurídica. Dicho de otro modo: el positivismo científico se convirtió en positivismo jurídico.

autor del delito. La Escuela Positiva" no podía, desde un principio aceptar que el Derecho penal, fuese una creación de la razón, y ello como premisa general metódica ante cualquier saber científico. El Derecho penal, no es más que un fenómeno que ha hecho su aparición en el tiempo y con el tiempo se desenvuelve y modifica; si el positivismo surgió, dice Castellanos Tena, como una consecuencia del auge alcanzado por las ciencias naturales, es claro que se haya caracterizado por sus métodos inductivos de indagación científica, a diferencia de los deductivos hasta entonces empleados preferentemente; el camino adecuado para la investigación en el reino de la naturaleza es la observación y la experimentación, para luego inducir las reglas generales²⁴.

El positivismo criminológico, en palabras de García Pablos, representa el momento científico, de acuerdo con la famosa ley de Comte sobre las fases y estadios del conocimiento humano: la superación, por tanto, de las etapas mágica o teológica (pensamiento antiguo) y abstracta o metafísica (racionalismo ilustrado). Significa, también según Ferri un cambio radical en el enfoque del delito: los clásicos habían luchado contra el castigo, contra la irracionalidad del sistema penal del antiguo régimen; la misión histórica del positivismo será luchar contra el delito, luchar contra el delito a través de un conocimiento científico de sus causas, *verescire est per causas scire*, al objeto

²⁴ Op. cit. p. 62.

de proteger el orden social: el nuevo orden social de la naciente sociedad burguesa industrial²⁵.

Ahora bien, los positivistas sostienen que era indemostrable la libertad de voluntad del hombre que delinque, según había puesto en manifiesto la psicología que el sujeto delincuente hubiese optado "libremente" por el mal (delito) en lugar de por el bien, como creían los clásicos; por el contrario el llamado "libre albedrío", según demostraba la investigación científica, no era mas que una "pura ilusión subjetiva". La concepción determinista del hombre es la postura sustentada por el positivismo criminológico italiano, surge así la "responsabilidad social", que funda la pena con independencia de la existencia de una "voluntaria opción por el crimen" que se supone no existe. Al individuo no se le puede "reprochar" el hecho, como creían los clásicos, pues eso presupone libre albedrío, pero si se le puede aplicar la medida que la sociedad juzga oportuna para su propia observación y defensa.

En virtud de lo anterior, la concepción clásica de la pena retributiva se abandona por los mismos motivos, y se sustituye por la medida de seguridad, cuya base se encuentra en la "peligrosidad" del sujeto, aportación del positivismo que destacamos sobre todo porque a ello debemos no sólo el sistema binario de penas sino fundamentalmente la división entre el injusto

²⁵ Op. cit. pp. 317-318.

penal y la responsabilidad. Las medidas de seguridad se deben adecuar a las características del sujeto, y han de durar todo el tiempo preciso para garantizar un comportamiento adecuado en el futuro. Consiguientemente, las determinaciones de los jueces penales deberían ser indeterminadas, bajo la premisa del trabajo penitenciario encaminado a la reinserción del delincuente a la sociedad.

En este orden de ideas, el delincuente, entendido como sujeto anormal biológica o socialmente, conduce a requerir el apoyo de las disciplinas que de él se ocupaban, es decir, de la Antropología, Biología Criminal, Psiquiatría, Sociología, etc²⁶. La parte esencial del Derecho Criminal se dedicaba al estudio del delincuente y de las causas del delito. Desde un punto de vista histórico político, según García Pablos, el positivismo contribuyó a la consolidación y defensa del nuevo orden social que devino, así, un absoluto incuestionable, dicho autor expone:

²⁶ Aconteció algo similar a lo que en Alemania había de proponer VON LISZT, pero con una notable diferencia en el positivismo de VON LISZT, más moderado que el italiano, el Derecho Penal en sentido estricto ocupaba un lugar importante, si bien no era el objeto exclusivo de la ciencia penal. Al derecho penal convenía, según VON LISZT, la aplicación del método "lógico-jurídico". Pues bien, en este punto, los positivistas italianos, se distanciaron notablemente de VON LISZT; el derecho estricto y su estudio mediante la "lógica jurídica" fueron proscritos; se abominó de la llamada "dogmática", a la que tal método conducía, y que tan cuidadosamente construyeron los clásicos. A este respecto son esclarecedoras las siguientes palabras de FERRI "...hablar de un método jurídico": el deductivo y el apriorístico o de lógica abstracta, y el inductivo o de observación de experimentación... la diferencia radica en el predominio y en la preferencia de uno sobre otro...; después, tras afirmar que el método lógico abstracto y la dogmática, que de enlace, constituyen una dirección nacional que, que arrancado desde IHERING, ha de ser continuada en el Derecho privado, pero mínimamente en el público y en el penal y denunciado que las "abstracciones dogmáticas" constituyen un estéril ejercicio de lógica abstracta.

La Ilustración se había limitado a criticar el antiguo régimen. La teoría del contrato social y de la función preventiva de la pena no eran suficientes para fundamentar positivamente el nuevo orden social burgués industrial. Todo lo contrario, el criticismo racionalista y metafísico de los iluminados podía ponerle en peligro. Era necesario, por ello, fortalecer el naciente orden social, legitimarlo, protegerlo, y ése fue el proyecto político del positivismo, que absolutizó y entronizó no el poder pero sí el orden burgués. Su lema podría sintetizarse con palabras de Ferrarotti: orden y progreso sólo son posibles, como pilares fundamentales del nuevo orden social, bajo el manto protector de la filosofía positivista. Esta función legitimadora ideológica que asume el positivismo, explica probablemente su teoría de la pena; esto es, la prioridad que concede a la protección eficaz del orden social frente al planteamiento ilustrado, atento más a metas retribucionistas, disuasorias o incluso de reforma del delincuente; explica, también, el llamativo rigor propugnado por el positivismo, que pone especial énfasis, como afirma Jeffery, en las colonias de ultramar y en la pena de muerte, evocando incluso la cruel ley

de la selección natural de las especies para justificar esta última; y explica, finalmente, el principio de diversidad del hombre delincuente, es decir, la hipótesis de que el criminal, desde un punto de vista cualitativo, es un individuo distinto (patológico) del ciudadano normal; hipótesis diametralmente opuesta a la de la Ilustración y que, en definitiva, no pretende sino salvar el orden social atribuyendo el crimen y las preocupantes tasas de criminalidad al individuo²⁷.

En Italia, el positivismo naturalista toma cartas de naturaleza en la denominada Escuela Positiva²⁸. En Alemania, sin embargo, el positivismo no llegó a reclamar la realidad empírica naturalística como objeto de la ciencia jurídico penal. La Scuola Positiva, con su abandono del terreno normativo, no encontraría en Alemania una dirección equivalente. El evolucionismo naturalístico se tradujo, solamente, en la concepción ecléctica de V. Liszt, quien se limitó a añadir, al lado de la dogmática jurídico penal, el estudio científico del delito y del delincuente.

No obstante lo anterior, la aplicación de un positivismo científico a un positivismo jurídico, que no es uniforme ni acompasado en los diversos

²⁷ Op. cit. pp. 318-319.

²⁸ El silogismo transcrito, pretendidamente neutro y objetivo, permite al positivismo entonar una suerte de cosmogonía del orden y el progreso, ya que una ciencia que descubre las leyes que regulan los hechos naturales o sociales permite establecer el orden de esa sociedad y un progreso constante gracias al previo

países, como en el caso anterior, se vio muy favorecido por el impacto de la Escuela Histórica y por el movimiento codificador. La primera como afirma Eb. Schmidt, al centrar su cometido en la interpretación filológico de los textos históricos y la creación, a partir de los mismos, del sistema jurídico, terminaría por convertir su historicismo de la primera etapa en un mero análisis intranormológico ceñido al tenor literal de los textos. El movimiento codificador aportó la necesaria materia prima con la particularidad de que, al superarse la pluralidad legislativa, el Derecho Positivo que respondía a las premisas liberales cobraba aún mayor interés como objeto de investigación.

El ritmo de los respectivos movimientos nacionales de unificación política, las fechas de sus Códigos, el peso y la tradición de la doctrina iusprivatista nacional y los términos en que transcurriera la lucha de escuelas serán factores específicos que matizarán el citado paso del positivismo científico al positivismo jurídico. Como afirma Coing, desde el punto de vista histórico, el *más* impresionante intento de construir por este método la jurisprudencia es la ciencia alemana del Derecho del siglo XIX. Su modelo es la matemática. Su objetivo es el desarrollo del Derecho Positivo hasta conseguir un sistema lógico cerrado de conceptos en los que un concepto general supremo, esto es, el Derecho, recoge a todos los demás. Todos los

conocimiento de aquellos dictados inmutables. Vigoriza, en último término, el orden social con un respaldo empírico que cumple una coartada meramente ideológica.

conceptos particulares se desarrollan a partir de ese concepto central, mediante el añadido de caracteres positivos diversos y diferenciadores; a la inversa, partiendo de los conceptos particulares, puede llegarse hasta los conceptos generales por abstracción progresiva. La unidad de todo el sistema se encuentra en esta conexión lógica y no en la valoración moral.

Pero esta transformación del positivismo, científico en positivismo jurídico presenta importantes matices diferenciales, en función de los factores y coordenadas nacionales. En Italia, la primera manifestación del positivismo científico fue el avasallador positivismo naturalista. Este, al reclamar como objeto de la actividad jurídica la realidad empírica el delito como fenómeno real demolió sin edificar. Lo que explica el abandono de la elaboración del Derecho Positivo en la ciencia penal italiana, en comparación con su propia doctrina iusprivatista, que ya había plasmado en positivismo jurídico el ambiente cultural positivista de la segunda mitad del siglo XIX. En Italia, el positivismo científico, efectivamente, se transformó en positivismo jurídico con la denominada dirección técnico jurídica, en la que tuvo una influencia decisiva el formalismo normativista alemán. Esto es, no la dogmática alemana, sino una concreta dirección de la misma: el formalismo positivista.

Como explica Muñoz Conde: Frente a la concepción de que la verdadera Ciencia del Derecho Penal era la Criminología, la explicación

causal del delito en sus aspectos psicobiológicos y sociales, surge otra tendencia enraizada en la actividad jurídica tradicional, pero paradójicamente muy influenciada por el positivismo. Esta tendencia consistía en investigar los conceptos jurídicos generales como hechos inmutables no sujetos a los cambios legislativos. El positivismo científico se convirtió, así, en positivismo jurídico, que buscaba en los conceptos jurídicos fundamentales: herencia, contrato, delito, etc., aquellos hechos inmutables y permanentes que, según la corriente de la época, debían servir de base a las actividades científicas.

Ahora bien, es importante destacar que la Escuela Positiva sustenta el derecho a castigar en la necesidad de la conservación social, por ello, no se castiga el delito, sino al autor del mismo con base en su peligrosidad. Consiguientemente, el tratamiento del delincuente y las medidas de seguridad sustituyen la aplicación de la pena.

La lucha contra el delito, para el positivismo, es lucha contra las causas del delito. La Escuela Clásica confió ingenua y dogmáticamente, según los positivistas, en la eficacia de la ley penal, en su efecto preventivo disuasorio, despreocupándose de la génesis natural del delito, de su etiología. El positivismo clama por un diagnóstico científico del problema criminal (psicológico, antropológico, sociológico, estadístico, etc.) y por la articulación de las estrategias necesarias para neutralizar los factores criminógenos. En

dicho programa, el Derecho Penal ocupa un lugar secundario, porque se cuestiona la eficacia del mismo. La célebre oración fúnebre por el Derecho Penal clásico deriva, según Ferri, de una evidencia: la estadística prueba que el aumento, disminución o desaparición de los delitos tiene unas causas propias, una dinámica social sui generis, independiente de las penas previstas en los códigos e impuestas por los magistrados. Por ello, más importantes que las penas son los sustitutivos penales, esto es, un conjunto de medidas de orden económico, social, político, educativo, cultural, religioso, familiar, etc., que inciden en la realidad social de modo preventivo contrarrestando de raíz las influencias criminógenas de la más diversa índole²⁹.

²⁹ Así expone García Pablos: El Positivismo criminológico antepone la eficaz defensa de la sociedad al garantismo individualista de la Escuela Clásica, los derechos de los ciudadanos honrados a los de los delincuentes, la función protectora de la pena a la función retributiva o incluso a la disuasorio y a la reformadora". La pena es defensa social, instrumento eficaz al servicio del bienestar social. Se desconfió de la eficacia de la prevención general, aspirándose, fundamentalmente a una adecuada prevención especial: procurando que el criminal no reincida, a través de un sistema de medidas y tratamientos de readaptación acordes con las características individuales de cada delincuente concreto. Por ello, las garantías legales ceden al arbitrio judicial y penitenciario (principios de la individualización de la pena y de la sentencia indeterminada). Las formulaciones más extremas del positivismo renuncian, incluso, al *nullum crimen, nulla poena sine lege* y sugieren una radical desjuridización de la función penal, que pasaría de las manos del juez a la de los médicos, antropólogos, sociólogos, psicólogos, etc. Si la defensa social debe partir del conocimiento científico de las causas de la criminalidad y de la peligrosidad, por tanto la única medida ajustada a las exigencias científicas será aquella que contrarreste dicha peligrosidad, según la personalidad del sujeto y los factores sociales que concurran. No importa al Derecho Criminal la culpabilidad y consiguiente castigo por el hecho cometido, sino la prevención de futuros delitos, atendiendo a la peligrosidad del sujeto. No interesan sanciones dotadas de contenido valorativo, limitadas por consideraciones éticas, sino solo medidas que tiendan a combatir, científicamente la delincuencia. Conceptualmente, parece obligada la sustitución de la pena retributiva por la medida, basada en la idea de prevención especial. En el campo legislativo, sin embargo, la Scuola Positiva no llegó tan lejos: el Proyecto Ferri de 1921, utilizaba el término: sanciones criminales, y el mismo Ferri reconoció que algunas clases de medidas no podrían prescindir por completo de cierto carácter represivo, del propio modo que en la defensa contra enfermedades ordinarias conviene emplear a la vez la profilaxis higiénica y la terapéutica clásica.

El positivismo criminológico se desarrolló fundamentalmente en Italia³⁰, pero influyó notablemente en otros países, verbigracia México, tal y como se desprende del contenido del Código Penal de 1929; sin embargo, la ciencia y el saber, positivista, su teoría objetiva del conocimiento, el propio modelo causal explicativo, dejaron de tener observancia rápidamente, en virtud de que resultaron hasta cierto punto incompatibles con las ciencias sociales, sin que ello quiera decir que las aportaciones del positivismo sean actualmente letra muerta, por el contrario, los dogmas del positivismo contribuyeron a combatir de manera integral el fenómeno criminal. A este respecto, expone Castellanos Tena, quien considera que sin apartarnos de las atinadas críticas hechas a la Escuela Positiva del Derecho Penal, sería injusto dejar de consignar que ella (y en especial los estudios de César Lombroso) posee el mérito indiscutible de haber insistido en la importancia del factor personal en el desarrollo de la criminalidad; el de haber llamado la atención con relación a dos hechos que en la actualidad parece innecesario señalar, a saber: 1 El delincuente es siempre un hombre, un ser humano; y 2 Entre los

³⁰ El positivismo cree en la existencia de leyes «naturales». Pero dichas leyes no tienen su origen en una instancia (surnatural o metafísica, sino en otro absoluto: el orden físico o social. No hay más realidad que la de los hechos. El conocimiento es objetivo: el individuo que la observa debe vaciarse de su propio mundo subjetivo. No obstante, la observación misma queda permanentemente superada por su relatividad. La finalidad de la ciencia no se agota en la acumulación de datos, sino en la interrelación de los mismos, formulando las leyes que regulan los fenómenos. El modelo científico trasciende la mera descripción, reclama un análisis causal explicativo. Así, de lo que es podrá inferirse lo que será.

delinquentes existe un número de anormales mucho mayor de lo que antes se creía³¹.

En síntesis, el objeto de estudio de la escuela positiva es el delincuente, el fundamento de la pena es la peligrosidad del delincuente, como consecuencia de la negación del libre albedrío la responsabilidad no es moral sino social, el método es el inductivo, importa más la prevención que la represión, penas indeterminadas en función a la capacidad de cada individuo de ser readaptado socialmente. Lombroso, Garofalo y Ferri son los tres representantes de la Scuola Positivista.

2.2.4. Lombroso

Cesar Lombroso (1835-1909) representa la orientación antropobiológica de la Escuela Positiva. Su teoría de la criminalidad acentúa la relevancia de los factores biológicos individuales, en los cuales creyó haber encontrado la causa de los delitos, incluso al delincuente nato, es decir, una subespecie mórbida del género humano inferior que está determinado a delinquir.

No obstante lo anterior, no es correcto identificar el pensamiento lombrosiano con la teoría del delincuente nato. Lombroso evolucionó. De hecho, en su obra "El hombre delincuente" pierde progresivamente

³¹ Op. cit. p. 68.

importancia, además, el propio enfoque inicial biológico coindividualista, da paso, al final de sus días, a una realista ponderación de los factores sociales y ambientales que influyen en el problema criminal.

Ahora sabemos perfectamente que tanto los factores biológicos como sociales influyen en buena medida a la comisión de un delito, pero en modo alguno se puede considerar que estos sean la causa de los delitos.

2.2.4.2 Ferri

Enrique Ferri (1856-1929) representa la directriz sociológica de la Escuela Positiva, aún y cuando este autor también toma en consideración los factores antropológicos y los físicos al fundamentar la génesis de la criminalidad. Su aportación primordial discurre más en el ámbito político criminal (**teoría de los sustitutivos penales**) que en el estrictamente criminológico. Es uno de los grandes teóricos del método positivo y de los más agudos críticos del Derecho Penal Clásico, cuya oración fúnebre entonó sugiriendo su sustitución por la Sociología Criminal. Este autor aplicó el método positivo, empírico, inductivo experimental: el método científico, que es el único capaz de descubrir las leyes inmutables que rigen los fenómenos sociales, de acuerdo con el modelo causal explicativo o paradigma científico

válido tanto para el mundo de la naturaleza como para el de los fenómenos humanos y sociales. Método, que por otra parte, se alza como consecuencia del Positivismo de Comte, del Evolucionismo de Darwin y Spencer y del Naturalismo de Moleschott, Büchner y Hacc; e impulsado por el espectacular progreso de las ciencias naturales a lo largo del siglo XIX" y la crisis del liberalismo individualista ante el nuevo modelo de Estado intervencionista.

Así lo entendió Ferri, cuando el realismo naturalista cedió ante el neoidealismo, al rechazar expresamente cualquier vinculación necesaria de la Escuela Positiva a concretos sistemas Filosóficos o sociales (Comte, Spencer, Darwin, etc.) y poner de relieve que lo específico del Positivismo es el empleo de un determinado método: el método científico, inductivo, experimental³².

Para un mejor entendimiento, consideramos oportuno transcribir parte del pensamiento de Enrique Ferri, en torno a un ejercicio comparativo que a saber:

... la sociedad no es homogénea e igual en todas sus partes, sino, por el contrario, un organismo en el cual, como en el cuerpo animal, coexisten tejidos de diversa estructura y

³² Ideas que reitera Ferri en la Introducción a Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal. Esta es la innovación nuestra, no tanto en las particulares conclusiones como en el método de estudio. Hasta ahora en todos los tratados de derecho criminal la génesis natural del delito ha sido completamente descuidada; se considera el delito ejecutado como dato inicial, y sobre esto se construyen las teorías jurídicas, ilusionándose con fáciles remedios, sin estudiar las causas del mal. Nosotros, por el contrario, buscamos los datos y decimos... que es menester estudiar primero las causas que producen el delito y después construir las teorías sobre el mismo.

sensibilidad ... ; nosotros podemos distinguir en las relaciones de la sociología criminal las clases sociales en tres categorías: la clase más elevada, que no delinque porque es natural y orgánicamente honrada por efecto del sentido moral, de los sentimientos religiosos y sin otra sanción que la de su conciencia de la opinión pública, obrando así, como nota Spencer, solamente por costumbre adquirida o transmitida hereditariamente. Esta categoría, para la cual el Código Penal es perfectamente inútil, desgraciadamente es la menos numerosa de la sociedad. Otra clase más baja está compuesta de individuos refractarios a todo sentimiento de honradez, porque, privados de toda educación, en lucha constante y empeñada por la existencia, heredan de sus padres y transmiten a sus descendientes, por el matrimonio con otros individuos delincuentes, una organización anormal que representa, como veremos, un verdadero atavismo a las razas salvajes. De esta clase se recluta en su mayor parte el contingente de los criminales natos, contra los cuales las penas, como amenaza legislativa, son perfectamente inútiles, porque estos hombres, que no tienen un sentido moral que les

haga conocer los riesgos naturales inherentes al delito, consideran las penas como peligro de igual entidad que los que acompañan a los oficios honrados. Por último, queda otra clase social de individuos que no han nacido para el delito, pero que no son honrados a toda prueba, que vacilan entre el vicio y la virtud, que no están desprovistos del sentido moral, que tienen alguna educación y cultura y para los cuales las penas pueden ser un motivo psicológico verdaderamente eficaz. Precisamente esta clase es la que da un numeroso contingente de delincuentes de ocasión, contra los cuales las penas son de alguna utilidad, especialmente, cuando su aplicación está inspirada en principios científicos de disciplina penitenciaria y cuando son ayudadas por una eficaz prevención social de las ocasiones de delinquir³³.

En cuanto al método experimental, Ferri señala que es la llave de todo conocimiento; para los clásicos, dice Ferri, todo deriva de deducciones lógicas y de la opinión tradicional. Para él, los hechos mandan; para los clásicos, la ciencia sólo necesita papel, pluma y lápiz, y el resto sale de un cerebro relleno de lecturas de libros, más o menos abundantes, y de hecho de la misma

³³ FERRI, Enrique, *Los Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*, trad. I. Pérez Oliva,

materia. Para él, la ciencia requiere un gasto de mucho tiempo, examinando uno a uno los hechos, evaluándolos, reduciéndolos a un denominador común y extrayendo de ellos la idea nuclear; para los clásicos, un silogismo o una anécdota es suficiente para demoler miles de hechos recabados durante años de observación y análisis; para él, lo contrario es la verdad, y concluye:

La Escuela Criminal Positiva no consiste únicamente en el estudio antropológico del criminal, pues constituye una renovación completa, un cambio radical de método científico en el estudio de la patología social criminal y de lo que hay de más eficaz entre los remedios sociales y jurídicos que nos ofrece. La ciencia de los delitos y las penas era una exposición doctrinal de silogismos, dados a la luz por la fuerza exclusiva de la fantasía lógica; nuestra escuela ha hecho de ello una ciencia de observación positiva, que, fundándose en la Antropología, la Psicología y la Estadística Criminal, así como en el Derecho Penal y los estudios penitenciarios, llega a ser la ciencia sintética que yo mismo la llamo Sociología Criminal, y así esta ciencia, aplicando el método positivo al estudio del delito, del delincuente y del medio, no hace otra cosa que llevar a la Ciencia Criminal Clásica el soplo vivificador de las últimas e irrefragables conquistas

hechas por la ciencia del hombre y de la sociedad,
renovada por las doctrinas evolucionistas³⁴.

2.2.4.3 Garófalo

Rafael Garofalo (1851-1934) fue el único jurista de la escuela positiva, que desarrolló los postulados teóricos del positivismo en normas cuyo contenido trasformaría radicalmente la praxis judicial. Su formación jurídica se ve reflejada en su obra “La Criminología”. Distinguió el delito natural del legal; entendió por el primero *la violación de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad*. Consideró como delito artificial o legal, *la actividad humana que, contrariando la ley penal, no es lesiva de aquellos sentimientos*³⁵.

2.2.5 La Terza Scuola

La Terza Scuola italiana surgió como resultado de la pugna entablada entre las grandes escuelas clásica y positivista. El fundador fue CARNEVALE, quien sugirió el nombre “Terza Scuola”. Por su parte, posterior al referido autor, otro destacado miembro de la misma escuela,

³⁴ Cfr. García Pablos, Op. cit. p. 319.

ALIMENA, prefirió denominarle “positivismo crítico” o “naturalismo crítico”. Concretamente la Terza Scuola es representada por aquellos que retomaron parte de los postulados de la escuela clásica y parte de la escuela positiva, formando así una ecléctica, por considerar fundamentalmente que tanto el delito como el delincuente tienen que ser atendidos desde el punto de vista metodológico³⁶.

En cuanto a las ideas fundamentales del pensamiento de CARNEVALE y ALIMENA, pueden resumirse en la manera siguiente:

- a) Rechazo del libre arbitrio como fundamento de la responsabilidad criminal.
- b) Distinción entre disciplinas jurídicas y empíricas.
- c) El delito se concibe como un fenómeno social causado naturalmente y producto de factores tanto endógenos como exógenos.
- d) Rechazo del delincuente nato, aceptándose tan sólo la existencia de delincuentes ocasionales, habituales y anormales.

³⁵ Castellanos Tena cita a Ignacio Villalobos, Op. cit. p. 64.

³⁶ La Scuola Positiva desencadenó la polémica entre las escuelas, siendo buena prueba de ello los debates habidos en los congresos internacionales celebrados desde 1885. Debate, por una parte, entre positivistas y clásicos. Por otra, entre positivistas y partidarios de acentuar la incidencia criminógena del medio (Escuela de Lyon) de diversos factores socioeconómicos (orientaciones sociológicas, sociología marxista, etc.). Como consecuencia de tal polémica surgirían, además, prestigiosas escuelas criminológicas eclécticas, preocupadas por conseguir el difícil equilibrio o síntesis de los postulados clásicos y positivistas (Escuela de la Defensa Social, Terza Scuola, La Joven Escuela o Escuela de Marburgo, etc.), sin perjuicio de que la obra de Lombroso y Ferri siguiera ejerciendo una notable influencia en posteriores orientaciones antropológicas, psicológicas y psiquiátricas y sociológicas, más o menos apegadas al positivismo. Por ello, puede afirmarse que desde entonces han quedado trazadas ya las coordenadas y directrices fundamentales del pensamiento penal y criminológico en el período de tiempo acotado, que se extiende hasta la primera mitad del siglo XX

- e) Filosóficamente, no opta por el determinismo radical del positivismo no por el libre albedrío absoluto del clasicismo. Conserva la idea de la responsabilidad moral como fundamento de la pena, y de la temibilidad o peligrosidad, compatible con aquella, que justifica la aplicación de las medidas de seguridad.

2.2.5.1 Carnevale

Carnevale, representa el eclecticismo característico de la Terza Scuola en todas sus tesis. Este autor basa la responsabilidad criminal en la salud del delincuente, pero reconoce la necesidad de aplicar medidas de seguridad al no imputable. Analiza el crimen desde un punto de vista jurídico y reconoce plena autonomía al Derecho Criminal. Proclama, por una parte, la reforma social como primer deber del estado en la lucha contra la criminalidad, pero rechaza, por otra parte, la concepción lombrosiana del delincuente nato, proponiendo se distinga entre causalidad y fatalidad. Además, sostiene la necesidad de ampliar el ámbito del Derecho Criminal a fin de abarcar, junto a las penas aflictivas, las medidas de seguridad. La Justicia Penal ha de conciliar el individualismo de la escuela clásica con el sociologismo de la escuela

positiva. Asimismo, Carnevale intenta mantener el principio de la responsabilidad moral prescindiendo del libre arbitrio.

2.2.5.2 Alimena

Alimena, por su parte, entiende que la pena tiene una doble perspectiva. Por una parte, es un instrumento de defensa social, pero por otra cumple una finalidad de prevención general, tal como habían entendido ROMAGNOSI y CARMIGNANI. Su positivismo crítico le lleva a negar la posibilidad de que el derecho penal sea absorbido por la sociología, como pretendiera Enrique Ferri, y, sin embargo, reconoce la conveniencia de que el examen dogmático del crimen sea complementado por la sociología, la estadística, la antropología y la psicología. Considera imprescindible el estudio natural y social del delito y del delincuente. A diferencia de los positivistas entiende que las penas son instrumento útil en relación con los sujetos dirigibles, e improcedente para los sujetos que no reúnan tal cualidad, lo cual no quita que contra esto puedan arbitrarse otros sistemas defensivos, de naturaleza no penal, (medidas de seguridad). El concepto de dirigibilidad, en el que se funda la responsabilidad, aparece así como equivalente a la capacidad de percibir la conminación penal. Esta distinción llega así, por un camino diferente —en lugar de responsabilidad

moral basada en el libre arbitrio, solo dirigibilidad- a trazar una diferenciación entre individuos imputables e inimputables, usando de la expresión clásica, que por ello mismo indica un punto de contacto de la Terza Scuola con el clasicismo. Para Bernardino Alimena, la imputabilidad deriva de la humana voluntad, la cual se halla determinada por una serie de motivos, y tiene su base en la dirigibilidad del sujeto, es decir, en su aptitud para percibir la coacción psicológica; de ahí que sólo son imputables los capaces de sentir la amenaza de la pena³⁷.

2.3 Alemania

La ciencia penal alemana ya venía utilizando el método dogmático, cuando a mediados del siglo XIX el positivismo, como movimiento cultural, invade la teoría de las ideas. No hubo en Alemania un positivismo naturalístico, paralelo a la Escuela Positiva italiana que concibiera el delito exclusivamente como hecho real, perteneciente al mundo empírico, ni que reclamase para su estudio el mismo método de las ciencias naturales. En Alemania, por tanto, la primera manifestación del positivismo, es el positivismo jurídico. Hay que contraponer, por tanto, dogmática como género y positivismo jurídico como especie. Porque en la ciencia penal alemana

³⁷ Esta última cita fue tomada de la obra del Dr. Castellanos Tena, quien a su vez, consultó la obra de Eugenio

existieron otras muchas direcciones dogmáticas, que tomaron como objeto de la ciencia penal el Derecho Positivo, y que, sin embargo, no se orientaron en el sentido de un positivismo jurídico. El positivismo jurídico que aquí interesa resaltar porque sus afinidades metodológicas permiten un estudio conjunto del mismo, con el tecnicismo jurídico Italia fue el formalismo positivista o normativista.

En síntesis, dos grandes corrientes del positivismo se desarrollaron, una en Italia (positivismo criminológico), y otra en Alemania (positivismo jurídico), cuya diferencia esencial reside en el objeto de análisis, mientras que el positivismo criminológico estudió al delito y al delincuente como realidades naturales, el positivismo jurídico centró su análisis sobre las normas jurídicas. En esta tesitura, E. Schmid apunta que el camino hacia el positivismo había sido iniciado mediante la aguda fundamentación por parte de Feuerbach de todo el pensamiento jurídico sobre la ley; esta vinculación a la ley tiene que ponerse en relación con la vigencia del principio de legalidad como base de toda construcción liberal.

Aunado a lo anterior, agrega Gómez de la Torre, la propia situación legislativa alemana favorecía aún más esta tendencia al promulgarse el 1871 el primer código penal alemán, válido para la totalidad de los estados alemanes.

Cuello Calón, Op. cit. p. 69-70.

La vinculación a la ley también aparecía favorecida por la aportación de la Escuela Histórica, en la que se hunden las raíces del logicismo que domina la argumentación sistemática positivista. La confluencia de todas esas razones, continúa diciendo el citado autor, es la causa que determina la aparición del positivismo jurídico penal, caracterizado por la consideración del derecho positivo como la realidad a examinar y a la que debe dirigirse el método de investigación³⁸.

2.3.1 Feuerbach

Paul Amsel Von Feuerbach (1775-1833), es el padre de la moderna Ciencia del Derecho Penal y fundador de Clasicismo alemán. En el pensamiento de Feuerbach pueden distinguirse dos facetas, dentro de su unidad. Una referida a las actitudes “ideológicas” del autor frente al problema penal; y otra que atañe al fundamento y sentido de su método.

En cuanto a la primera, destaca la teoría de la pena (a la que ya hemos hecho referencia), en la que manifiesta que para él la pena persigue la prevención general a través de la coacción psicológica, contrariando con ello, el pensamiento de su maestro filosófico Emanuel Kant, defensor de la teoría absoluta de la pena. Esta coacción psicológica, según Feuerbach, requiere una

³⁸ Op. cit. p. 71.

previa amenaza establecida en la Ley; y a su vez, la Ley ha de contener amenazas para poder cumplir su fin de garantizar los derechos de la mayoría. Pero esa amenaza no puede expresarse con fórmulas arbitrarias u oscuras. Por el contrario, la Ley debe establecer figuras y sanciones con contornos claros y precisos, por sumisión al principio de legalidad: “*nulla poena sine previa lege*”. Las ideas de Feuerbach sobre la pena, su fundamento y fin y la técnica de su conminación y previsión legal nos revelan algo de su actitud metódica.

Es precisamente respecto al método la segunda faceta del pensamiento de Feuerbach lo que aquí se destaca. En efecto, es partidario del imperio del Derecho Natural frente al Derecho Positivo. Este principio le lleva, consecuentemente, a defender la idea de que el Derecho Positivo emana de la recta razón iusnaturalista. El siguiente paso será conceder la máxima importancia a un Derecho Positivo que tiene tal origen. La derivación de iusnaturalismo al positivismo jurídico se presenta así como un proceso perfectamente coherente.

Quintero Olivares expone que en la actitud de Feuerbach se aprecia la influencia de la filosofía de KANT. Desde el sustrato metódico que proporciona la filosofía crítica de éste, Feuerbach lleva a cabo una construcción jurídica independiente. Lo característico de ésta estriba en una

exacta sistemática unida a una concisa formulación de conceptos, extremos que él considera imprescindible fundamento del trabajo científico y de una legislación adecuada. Este camino le conduce a la elaboración de una dogmática profunda sobre la teoría general del delito, así como los particulares tipos de delito. Su método no limita su objeto a la elaboración dogmática del sistema desprovista de actitudes críticas ante los diferentes problemas; por el contrario, la crítica y toma de posesión se engarza igualmente en el método. Pero sistema, crítica y dogmática se efectúan desde la plataforma exclusiva de la razón jurídica, pues Feuerbach resalta también la independencia del derecho frente a la Moral³⁹.

En síntesis, la obra de Feuerbach constituyó la base de la ciencia penal alemana de la primera mitad del siglo XIX, incluso promovió de manera indirecta la aparición del Código Penal Alemán de 1871, pues destacan ante todo, se insiste, los principios plasmados por el autor en comentario, esto es, la aplicación de una pena supone la existencia de la acción prevista por la amenaza legal, es la ley la creadora del vínculo entre la lesión del Derecho y el mal de la pena, y el crimen es una acción contraria al derecho de los demás reprimida por una pena.

³⁹ Op. cit. 170.

2.3.2 Hegel

George Wilhelm Friedrich Hegel nació en Sturgatt en 1770, estudió en Gymnasium de su ciudad natal y en 1788 se traslada a la cercana Universidad de Tübingen, donde cursa estudios de Filosofía y Teología, al tiempo que entabla una gran amistad con sus compañeros Hölderlin y Schelling. Desde 1793 trabaja en Berna como preceptor y en 1797 desarrolla esta misma actividad profesional en Frankfurt del Main. En 1801 comienza su carrera académica en la Universidad de Jena primero como <<Privatdozent>> y más tarde como profesor extraordinario. En 1807 se traslada a Bamberg para dirigir un periódico, de donde pasa al año siguiente a Nürenberg como director de Gymnasium y profesor de filosofía, sustituyendo también a veces a profesores de materias científicas. La formación de Hegel abarcaba desde las lenguas clásicas, pasando por las ciencias humanas y la filosofía hasta las matemáticas y la física. De hecho en estos años fue nombrado miembro de algunas sociedades científicas, como la Sociedad de Física de Heidelberg. En 1811 contrae matrimonio con Marie von Tucher, con la que tendrá dos hijos; más tarde se integrará también. En 1816 es nombrado profesor en la Universidad de Heidelberg y al año siguiente alcanza la cátedra de Berlín,

donde llega a ser Rector en 1830. Una epidemia de cólera desatada en esta ciudad le causó la muerte en 1831⁴⁰.

En la historia de la filosofía de Hegel representa el final de un ciclo que abarca la mayor parte del pensamiento occidental y cuyo punto de arranque se sitúa en Platón. Entre Platón y Hegel la filosofía ha sido concebida generalmente como saber supremo, al que están subordinados todos los demás saberes; como saber sistemático acerca de la totalidad de lo real, y, finalmente como saber metafísico, relacionado en mayor o en menor medida con la teología. En el largo período que va desde Platón hasta Hegel (22 siglos) se han sucedido ciertamente muy diversas concepciones del saber filosófico y ha habido muchos autores asistemáticos, heterodoxos y antimetafísicos que no se adaptaban a esta caracterización, pero la filosofía, en su sentido académico, ha seguido por lo general esos derroteros. No es extraño, por tanto, que Platón y Hegel, a pesar de los muchos siglos que les separan, coincidan en una serie de tópicos filosóficos, el principal de los cuales es el tema de las *ideas*. Platón descubrió este concepto; Hegel lo sitúa en el centro de su sistema, que ha recibido por eso de la denominación de *idealismo absoluto*.⁴¹

Del pensamiento de Federico Hegel, destaca la aplicación del método dialéctico a la relación delito-pena, éste autor sostiene que el delito es la

⁴⁰ López Hernández, José. *Historia de la filosofía del Derecho clásica y moderna*, tirant lo blanch, Valencia, España. 1998. P. 423.

negación del derecho, y la pena la negación de la negación, o sea, la afirmación del Derecho; ello es así, en virtud de que entiende que la voluntad irracional, de que el delito es expresión, debe oponerse la pena representativa de la voluntad racional, que la ley traduce. Defendía pues un concepto retributivo de la pena, sin embargo, se distinguía del criterio talionar de Kant, en virtud de que él propuso mejor una adecuación al valor de la lesión⁴².

En lo que a metodología respecta, se aprecia cómo el dominio del hegelianismo supone el dominio del subjetivismo en el método; en relación con el Derecho positivo, no se persigue un desarrollo de sus principios en orden a la interpretación y a la aplicación, sino mejor una amalgama entre el Derecho Penal positivo y el filosófico. Para el conocimiento del Derecho históricamente gestado y la búsqueda de su naturaleza, lo que es determinante es la actitud espiritual de cada uno, por encima de todo, pero con ello el hegelianismo produce una grave ruptura entre la teoría y la práctica.

⁴¹ López Hernández, José. *Historia de la filosofía del Derecho clásica y moderna*, p. 424.

⁴² En Alemania, en los años posteriores a la promulgación del Código del Reich (1875), asistimos a un nuevo movimiento caracterizado en el plano metodológico de un positivismo jurídico con cierta base histórica, y en lo filosófico por un gran influjo de los postulados derivados del pensamiento de HEGEL, en detrimento de KANT, el cual, salvo la influencia ejercida sobre su brillante discípulo FEUERBACH, había perdido una cierta vigencia, a excepción de algún escaqueo de corte exclusivamente retribucionista y talionar protagonizados por autores como HENKE o ZAZHARIA. La irrupción del hegelianismo en la Ciencia del Derecho Penal obedeció a muy concretas razones. Durante el primer tercio del siglo XIX habían aparecido Código Penales particulares en diversos Estados y ciudades alemanes, que fueron objeto de distintas interpretaciones científicas. Pero simultáneamente comenzó a sentirse la necesidad de buscar lo comunitario del nuevo Derecho Particular como "nuevo Derecho común" como objeto de la ciencia. A partir de 1840, se dio una tendencia a encontrar en la filosofía una ayuda para la restauración de un "Derecho común alemán". El pensamiento de HEGEL y su filosofía fueron lo que con más fuerza influyó en aquel movimiento.

Durante la época de apogeo de los penalistas partidarios de HEGEL, coexiste, como lógica consecuencia una poderosa corriente práctica, que se dedica al estudio e interpretación de los diferentes Códigos. De especial importancia fue el grupo de autores que centraron su atención en el Código Penal Prusiano de 1851 y los comentarios y tratados edificados a partir del mismo.

La metodología alemana experimentó un trascendental cambio con la promulgación del Código Penal del Reich en 1871, nacido en un principio como Código para la Confederación del Norte de Alemania y extendido posteriormente a todo el Reich alemán. Este código estaba destinado a tener vigor, con ciertos paréntesis acontecidos durante el III Reich, durante más de cien años.

Este cambio trajo como consecuencia, precisamente, el nacimiento del “positivismo” como tendencia que dirige primordialmente su atención a lo “existente”, el “dato real”, en este caso, el Código Penal del Reich. Positivismo que, en virtud de su vocación de encontrar los lazos que unieran el Derecho positivo vigente con el pasado, puede calificarse de “positivismo de signo historicista” que no debe de ser confundido con el positivismo de signo sociológico y naturalista que hacia los mismos años comenzó a desarrollarse⁴³.

⁴³ El positivismo en comento, fue propiciado en buena medida por las corrientes filosóficas, que no se preocuparon del Juez que tenía que aplicar las leyes, único facto al que estaba sometido, sometimiento que

2.3.3 Binding

Karl Binding representa la figura máxima de la escuela histórico-positiva del Derecho penal, su obra se dedica al exclusivo estudio del Derecho Positivo vigente, objeto único y exclusivo para el estudioso de esta materia⁴⁴. Esa exclusividad de objeto llega incluso a la negación de que el penalista haya de preguntarse cuál es el sentido o valor metapositivo de las normas y leyes que estudia; a Binding esa cuestión no le interesa, pues considera que el derecho positivo se estudia en sí mismo, separado del resto de la realidad, aislado de ésta, como si fuera una realidad independiente, desarrollando así lo que termina por convertirse en un formalismo normativista que se ocupa exclusivamente de la norma, desentendiéndose de lo social y de lo valorativo. El positivismo de Binding que es el positivismo que triunfó en Alemania en la década de los setenta se caracterizó, ante todo, por negar la legitimidad de todo juicio valorativo o referencia a la realidad metajurídica en la tarea dogmática.

significaba también en un Estado liberal de Derecho la tendencia a la seguridad jurídica, con exclusión de cualquier arbitrariedad y con la posibilidad de prever las sentencias. El positivismo recibió de la Escuela Histórica un trabajo de investigación, hecho que le había de proporcionar una gran ayuda para la subsiguiente elaboración lógico-sistemática. El uso o apoyo en ciertas explicaciones históricas permite comprender porqué se calificaría la "nueva" tendencia surgida tras el Código del Reich alemán de "histórico-positiva".

Asimismo, de Binding destaca su concepción del Derecho Penal, sobre la base del concepto de bien jurídico, el cual adquiere unos perfiles absolutamente formalistas y autoritarios al equiparar los objetos o intereses a proteger con los bienes jurídicos protegidos en el Derecho positivo vigente, despreciando el análisis del contenido sustancial de ese bien jurídico⁴⁵.

Binding contrapone claramente la interpretación jurídica y la filológica histórica, pues, esta última tiende a descubrir en las palabras el sentido que el autor ha vinculado a ellas, mientras que el fin de la interpretación jurídica es esclarecer el sentido de la ley como un todo de sentido objetivo como un organismo espiritual.

Por otra parte, Binding abominaba de los llamados derechos penales filosóficos, cuya real utilidad pone en duda; la sumisión y el respeto de este autor por el Derecho escrito lleva a otorgar a la Ley una vida y voluntad propias, como indiscutible expresión del sano espíritu del pueblo. La desvinculación absoluta de Binding y su sistema con la realidad social en que el derecho incide, incluso dentro del mismo ámbito técnico-dogmático en el

⁴⁴ En su obra *Handbuch* afirma expresamente: Es una obra de la Ciencia del Derecho Positivo... De la dependencia de mi investigación y sus resultados del material objeto de mi consideración (el Derecho Positivo) me siento orgulloso.

⁴⁵ Binding permaneció aferrado a una concepción formalista, normológica, hasta el punto de que, en la polémica con Liszt y, en general, con los autores que propugnaban la aproximación de la Ciencia del Derecho Penal a la realidad empírica (y, en concreto, de la teoría de la pena), calificó de nihilismo jurídico a quienes seguían las modernas concepciones de la pena Final.

que se desenvuelve su teoría, las soluciones aportadas hoy en día son insostenibles.

A este respecto, refiere Quintero Olivares que, su conocida tesis sobre la relación entre norma y ley, que había de ser aceptada por tantos autores, aparece hoy, como exponente de un formalismo estéril. Tal distinción presenta como aportación positiva, la diversa situación sistemática del precepto o mandato y la ley conminativa de sanción que lo refuerza, separación que habría de ser de gran utilidad para indicar la relación entre la antijuridicidad y la tipicidad –si bien este último concepto no fue desarrollado por BINDING, sino por BELING y con el expreso menosprecio del primero-; mas la conocida de que el delincuente no infringe la ley penal sino que la realiza, siendo el precepto lo que infringe, no puede ser ya compartida. En primer lugar, porque la afirmación de que el delincuente cumple la ley, tiene un valor meramente formal, y sólo cobra sentido cuando la idea se desarrolla y se transporta al concepto de realización del tipo, pero ya sabemos que la importancia de la tipicidad como elemento del delito era discutible en el sentir de BINDING. En segundo lugar, porque la distinción entre precepto y ley es hacedera, pero nunca puede llevarse hasta el extremo de olvidar que el precepto y la ley se engarzan en una sola entidad superior que es la norma, que incluye dentro de sí la regla de conducta, el imperativo, y la sanción que la caracteriza como

“norma jurídica”: así vista la cuestión, resulta ociosa la referencia al cumplimiento de la ley y la infracción del precepto⁴⁶.

García Pablos⁴⁷ cita a Armin Kaufmann, quien resume magistralmente la concepción de la pena de Binding en estos términos:

El derecho subjetivo de coacción, surgido mediante esta transformación (el derecho subjetivo del Estado a la pena no es más que el derecho a la obediencia transformado por la desobediencia que entraña el delito), exige el sometimiento del culpable al poder jurídico que no respetó, como represalia por la violación jurídica irreparable cometida. El derecho de sumisión se ha transformado en un derecho a la conservación del señorío del Derecho. La finalidad de la pena es, pues, la represalia por la violación jurídica cometida, o, como lo formula Binding, la conservación del señorío del Derecho, a través del doblegamiento del criminal bajo la coacción jurídica.

De lo anterior, es fácil advertir que Binding considera que el fin de la pena es la retribución sobre los culpables, según la medida de su culpabilidad.

Se ha discutido mucho respecto al formalismo de Binding, tema que hay que abordar de la mano de su teoría del orden y de la interpretación objetiva, teoría esta que le aproxima más al racionalismo que al positivismo propio de

⁴⁶ Op. cit. p. 174.

las teorías subjetivas de la interpretación. Binding procuró siempre no ser esclavo de la letra de la ley, sino buscar su espíritu, su razón objetiva: la voluntad del Derecho, que, ha encontrado su expresión en una proposición jurídica como miembro de todo el sistema jurídico⁴⁸.

El Derecho, para los autores que parten de una concepción objetiva de la interpretación, no es un producto arbitrario de la voluntad histórica del legislador concreto, sino un orden, un orden que responde a principios inmanentes que han de servir de base a toda labor interpretativa. El Derecho a pesar de ser positivo, es, sin embargo, por su esencia, un orden razonable, un poder objetivo. Por ello, añade Larenz, estos autores entienden la razonabilidad de la ley y de ahí su incipiente abandono de la jurisprudencia de los conceptos no solo en un sentido formal, como mera conexión lógica de los conceptos, sino, al mismo tiempo, en un sentido material, como la razonabilidad de los fines, es decir, como teleología: inmanente.

⁴⁷ Cfr. Op. cit. p. 357.

⁴⁸ Apunta García Pablos que la explicación de Larenz parece convincente: Ihering y la jurisprudencia de los intereses entendían por los fines que hay que considerar los fines empíricos del legislador o de las fuerzas sociales que se hallaban detrás de él, es decir, los intereses o factores causales reales; Binding y Köhler, por el contrario, entendían los fines objetivos del Derecho, es decir, aquellos fines que vienen exigidos por la razonabilidad interna de Derecho. Presuponían que los conceptos jurídicos hallados por la Ciencia del Derecho estaban conformes con estos fines objetivos del Derecho y que, por tanto, eran apropiados para la aprehensión de éstos. La cuestión de la peculiaridad lógica de un pensamiento teleológico no fue planteada. De este modo, quedó reservada a la resurgente dirección empírica, preparada por el Ihering posterior, la crítica al pensamiento puramente lógico formal de la llamada jurisprudencia de los conceptos. Esta dirección creció en un terreno bien distinto al de la Ciencia del Derecho por regla general racionalista y con los ropajes del historicismo del siglo XIX la cual, sin confesarlo, había conservado algo del modo de pensar iusnaturalista, al intentar considerar y concebir al Derecho Positivo como un organismo razonable. Esta nueva dirección espiritualista, que se esforzó en liquidar radicalmente todos los residuos iusnaturalistas, fue el positivismo. Cfr. Op. cit. pp. 358-359.

Sería erróneo, sin embargo, deducir del postulado de la razonabilidad del Derecho, y de la interpretación objetiva de la norma que Binding se apartó de su inicial formalismo normativista, aproximándose a una jurisprudencia de los intereses, o a una postura semejante a la de Ihering, quien, también apeló a los fines de la norma. Porque lo cierto es que quienes propugnaron, con Binding, una teoría objetiva de la interpretación, pensaban en los fines objetivos del Derecho y no en los fines empíricos del legislador o de las fuerzas sociales, razón por la que creyeron perfectamente compatibles la adopción, como punto de partida, de los fines de la norma, por un lado, y la del método de la jurisprudencia de conceptos, de otro; el método teleológico y la deducción lógico conceptual.

2.3.4 Von Liszt

Franz Von Liszt es el representante del positivismo naturalista alemán, y fundador de la escuela sociológica del derecho penal. Este autor adopta una postura ecléctica entre los postulados de la escuela clásica y la escuela positiva, según se desprende de su teoría de la criminalidad y sus propuestas metodológicas.

Liszt, es el político criminal más importante de la escuela alemana, en virtud de que sentó las bases del movimiento reformista de la ilustración y de las concepciones clásicas, al considerar que el derecho debería incluir la colaboración de los métodos naturales en el marco de la ciencia total del Derecho Penal, que comprende otras disciplinas como la Criminalística, la Criminología, la Penología y la Política Criminal.

En el pensamiento de Liszt, estaba claramente delimitada la relación entre el Derecho positivo y las restantes disciplinas que componían la Ciencia del Derecho penal, es decir, la Criminología y la Política Criminal, las cuales en modo alguno sustituían a la dogmática jurídico-penal. Para Von Liszt, Dogmática y Política Criminal no se entremezclan en forma alguna. La atención primordial que a la Política Criminal concede, no significa que su “método” sea una “combinación” de los tradicionales elementos del método dogmático (interpretación, sistema, etc.) con los criterios político-criminales. Por el contrario, la Política Criminal interviene cuando el método dogmático ha concluido su misión, es decir, ha interpretado el Derecho positivo y ha creado un sistema conceptual a partir del mismo; es entonces cuando en última fase, la de crítica, entra en juego la Política Criminal revisando el Derecho vigente y proponiendo las medidas más adecuadas para reformarlo y acercarlo a las exigencias político-criminales, pero en el pensamiento de Von Liszt

estaba firmemente asentada la idea de que el Derecho penal constituía el límite que la Política Criminal no podía traspasar⁴⁹.

En efecto, Von Liszt asume el pensamiento determinista del positivismo (negación del libre albedrío), en virtud de que piensa que el ser humano no está exento de las leyes causales de la naturaleza, por ello sugiere la necesidad de una pena finalista, de una pena que no sea mero castigo y que se ajuste mejor a la fase actual de evolución biológica de la especie humana, tesis claramente influida por las concepciones evolucionistas.

En Franz Von Liszt ejerció una poderosa influencia Rudolph Von Ihering y su tesis sobre el 'necesario sentido final del Derecho', en virtud de la cual las normas no pueden nunca ser entendidas como una realidad normativa objetiva o conceptual', sino como algo 'tendente a un fin'; las manifestaciones jurídicas sólo se interpretan correctamente cuando se conectan con el fin que pretenden alcanzar, ideas expresadas en su obra *Der Zweck in Recht*, influjo que el propio Von Liszt reconoce⁵⁰.

Independientemente de las variaciones que sus construcciones experimentaron a lo largo del tiempo, precisa Berdugo de la Torre, la obra de

⁴⁹ Cfr. Quintero Olivares, Op. cit. 176.

⁵⁰ VON LISZT enfrenta frecuentemente sus teorías con las defendidas por BINDING, figura máxima de la opinión dominante en su tiempo. Incluso VON LISZT, en la primera edición de su Tratado se apoya en el concepto de norma y de ley penal de BINDING. Pero paulatinamente, su sistema y método se fueron distanciando. Las líneas esenciales de su método las expresa VON LISZT en un trabajo crítico sobre los conceptos de acción y de bien jurídico; estos, según indica VON LISZT, sólo pueden comprenderse

Von Liszt, y en general su concepción de la Ciencia del Derecho Penal, está presidida por un dualismo, reflejo del dualismo del Estado al que respondía. Entiende que la actividad científica en el Derecho Penal ha de abarcar dos ámbitos, por un lado el estudio del delito y la pena en la realidad; por otro, el estudio sistemático de los preceptos penales. Todo ello comprendido dentro del término por él acuñado de *gesamte Strafrechtswissenschaft*, que significa ciencia penal totalizadora o integrada. La dualidad de objetos le conduce necesariamente a un dualismo metodológico: método empírico, para el examen del delito y de la pena como hechos que se producen en la realidad, y método jurídico, para el estudio del Derecho Positivo. En esta construcción concibe a la Política Criminal como actividad científica que propone soluciones, en la lucha contra el delito⁵¹.

Cierto, Von Liszt señala la doble perspectiva de la ciencia jurídica, como ciencia sistemática y como ciencia práctica. Su método habrá de prestar atención a esa vertiente binaria. Pero, para Von Liszt, la dimensión sistemática de la ciencia del Derecho no es más que una parte, la ciencia del Derecho es también una ciencia netamente práctica. Para acercarse a la vida del Derecho, han de comprenderse no conceptos, sino hechos. La abstracción conceptual expresa la vida jurídica del pueblo. Esta idea tiene una gran significación para

estudiando el método con el que BINDING trabajó, y es a ese método a donde hay que dirigir la crítica; y es por ello por lo que él siente la necesidad de exponer el suyo propio. Cfr. *Ibidem*.

la Teoría del método jurídico que se caracteriza por el rechazo de acudir a la filosofía para el estudio científico del Derecho positivo, estudio que se ha de efectuar mediante la lógica formal, y por la utilización de la realidad empírica metajurídica dentro de la construcción dogmática. El mismo precepto jurídico es el resultado de una abstracción conceptual sobre numerosas experiencias de la vida jurídica. La ciencia jurídica trabaja, pues, con conceptos que extrae de 'hechos', y a 'hechos' se refieren. El valor total de los conceptos jurídicos, la significación científica del sistema, se apoya en que éste facilita y asegura la aplicación de los preceptos a los hechos de la vida jurídica.

Von Liszt aporta a la dogmática jurídico penal una serie de conceptos de manera sistematizada para el estudio del delito, conformando el inicio de la teoría del causalismo naturalista, primera gran etapa de la evolución de la teoría del delito⁵².

⁵¹ Op. cit. p. 72.

⁵² Para VON LISZT el concepto de acción era de importancia fundamental en el sistema, sin que ellos suponga que él era el primero que concibió el delito como especial forma de acción jurídica. Propugna un concepto naturalista de acción según ésta es la conducta voluntaria que causa o impide un resultado en el mundo exterior; la voluntariedad supone la ausencia de violencia física o psicológica; la manifestación de voluntad consistirá en la realización u omisión voluntaria de un movimiento corporal. Agudamente advierte VON LIST que esta manifestación de voluntad nada tiene que ver con el libre albedrío. Se refiere sólo a la enervación de los nervios motores que obra de la voluntad del sujeto. El concepto causal-naturalista de acción que VON LISZT propugnaba se oponía abiertamente al concepto de acción de BINDING, que en el fondo suponía un menosprecio a la importancia del concepto de acción en el sistema de Derecho Penal tal como le criticaba VON LISZT. BINDING se limitaba a extraer el concepto de acción del concepto de delito y así se encontraba con tantas acciones como delitos hubiera cometido el sujeto. En cambio VON LISZT entendía que el delito era acción ante todo, que varios delitos requerían varias acciones; una acción "natural" sólo puede dar "una" acción delictiva. El llamado "concurso ideal" no constituye un caso de pluralidad de delitos, sino de concurso de leyes. Otro concepto fundamental del sistema lisztiano es el de bien jurídico. En él se aprecia la presencia de la concepción final del Derecho; trasladada ésta al concepto de del bien jurídico se inicia, a su juicio, la "contemplación teleológica del Derecho", y termina la "lógico-formal". Los bienes jurídicos son intereses jurídicamente protegidos, intereses vitales que pertenecen al individuo o a la comunidad. El Derecho no crea intereses, sino que protege algo que está en la vida. VON LISZT entiende que el concepto de bien

La exposición del pensamiento de Von Liszt no queda completa sin referirnos a su específica comprensión de la política criminal, la cual, según el referido autor es la concepción sistemática de los principios fundamentales en la investigación científica de las causas del delito y de los efectos de la pena, en base a los cuales el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito mediante la pena y otras instituciones. La ciencia del derecho penal tiene que ser, según Von Liszt, la pauta del legislador penal, su conductora en la lucha contra el delito. Debe proponerle el sistema de principios según los cuales la pena y las medidas de seguridad podrán alcanzar la meta de la protección del orden jurídico. Se propondrán para ello los criterios que ha de tener el futuro del Derecho y la orientación que el legislador debe seguir en el porvenir; en la medida en que la Ciencia del Derecho Penal persigue tal objeto político es Política Criminal. Por tratarse la Política Criminal de una ciencia de los hechos, sus métodos deberán ser adecuados a tal objeto.

jurídico de BINDING es una palabra sin contenido, y es así porque para BINDING el bien jurídico es un "bien del Derecho" y no "un bien de los hombres". Por esa causa, aunque BINDING sostenga que las normas protegen bienes jurídicos, al no vincular éstos a la realidad de la vida, el concepto supuestamente nuclear y que debía prestar al sistema el realismo propio del carácter final del Derecho, queda reducido a una noción formal que no cumple función alguna. Su concepción del bien jurídico recibe la adecuada continuación en la teoría de la antijuridicidad; la concibe VON LISZT con carácter objetivo, dividiéndola en "formal" y "material". Estrechamente vinculada a sus ideas político-criminales aparece la teoría de la culpabilidad de VON LISZT. Esta se asienta, ante todo, en el desarrollo de la teoría de la imputabilidad, que se sitúa como secuela de la culpabilidad. En un principio, el concepto de imputabilidad que VON LISZT da —capacidad jurídico penal de acción— en su 1ª edición de su tratado, se aproxima al de BINDING. Pero ya a partir de la 2ª edición de la misma obra, persigue VON LISZT la formulación de un concepto propio. La negación del libre albedrío impuso a VON LISZT la necesidad de encontrar un concepto de imputabilidad acorde con el principio del determinismo. Llegó así a limitar la imputabilidad a la capacidad de determinación conforme a motivos, esto es, a determinarse por las normas de la conducta social. La admisión del determinismo no impide, según VON LISZT, la reprobación jurídico social del acto y del autor; es más, ésta sólo es factible

2.3.5 Beling

Ernest Beling destaca fundamentalmente por complementar es estudio dogmático del delito que había previamente iniciado Von Liszt, pues éste último sostenía que el delito era una acción, antijurídica y culpable, sin embargo el desarrollo por parte de Beling de la teoría del tipo determinó el surgimiento de la dogmática del tipo, conocimiento que paulatinamente se fue hipertrofiando hasta el punto de sustituir al estudio del delito mismo. De ahí, que al causalismo naturalista o causalismo psicologista se le conozca también como el sistema Liszt-Beling, cuya construcción se complementa, quedado así que el delito es una acción, típica, antijurídica y culpable.

En efecto, Beling, al denominar tipo (tatbestand, literalmente supuesto de hecho) al conjunto de esos elementos, obtuvo para la teoría del delito una nueva categoría, que podía ser introducida entre los conceptos de la acción y la antijuridicidad. Antes la mayoría de los autores habían definido el delito como la acción, antijurídica, culpable y amenazada con pena. La tipicidad se escondía entonces en la expresión amenazada con pena; Beling caracterizó con razón esa formulación esa formulación como difusa, porque no permite reconocer qué cualidades ha de tener una acción para estar amenazada con

desde una perspectiva determinista, y sólo en el determinismo puede apoyarse una política criminal adecuada.

pena. Frente a esto, la nueva categoría del tipo ofrecía la posibilidad de asignar una firme posición sistemática a numerosos elementos errantes de aquí para allá anteriormente sin un lugar fijo en la teoría general del delito, como las teorías del resultado de la acción, de la causalidad, del objeto del hecho, del contenido de los delitos de omisión.

II. METODOLOGIA DEL DERECHO PENAL

La evolución de la dogmática jurídico penal ha sido determinada por dos factores fundamentalmente, que a saber son: El pensamiento filosófico predominante en cada época, y en segundo lugar, el método como instrumento medular para atacar un problema, cuyo objetivo es precisamente la solución del mismo; por ello, es necesario hacer referencia a la historia metodológica del Derecho Penal para poder entender su situación actual, no sin antes mencionar someramente la evolución de la Filosofía del Derecho, con el objeto de enmarcar de manera precisa, cual ha sido la forma de abordar un problema a partir de la explicación del ser.

La filosofía del derecho se puede decir que comienza casi al mismo tiempo que la filosofía general, en Grecia ligada a la reflexión de problemas de carácter ético y político manteniéndose así durante la edad antigua y media, en esta última época la filosofía jurídica vive bajo el manto de la teología moral. Durante todo ese tiempo predominó la reflexión iusfilosófica, que fue la doctrina del derecho natural, articulada en torno al concepto de ley. En el siglo XVII la filosofía del Derecho adquiere cierta autonomía como disciplina científica⁵³, aún cuando en ese entonces se denominaba doctrina del derecho

⁵³ Esta autonomía se plasma académicamente con la creación de la primera cátedra de Derecho Natural de la historia en la Universidad de Heidelberg, cátedra que fue ocupada en aquella ocasión por Samuel Pufendorf en 1661. Cfr. López Hernández, Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna, Valencia, 1998.

natural. La actual denominación surge hace dos siglos cuando Gustav Hugo publicó su *Manual del Derecho Natural* como *Filosofía del Derecho Positivo*⁵⁴. Actualmente el nombre de filosofía del derecho es aceptado generalmente por los filósofos como una rama de la filosofía del saber general introductorio o complementario de los trabajos de las ciencias jurídicas que se ocupa de las diversas tendencias: iusnaturalismo, positivismo, realismo jurídico.

Un primer impulso al examen del problema criminal tiene su origen en la actitud crítica frente al antiguo régimen de insignes precursores de la filosofía de las luces, verbigracia Beccaria, Lardizábal, Rousseau, Montesquieu, Voltaire, etc., (ilustrados y enciclopedistas), quienes sometieron a la luz de la razón del derecho natural, los presupuestos y el funcionamiento del viejo régimen. Las tres corrientes fundamentales de la ilustración son: la racionalista de Montesquieu, la iusnaturalista de Puffendorf y la utilitarista de Bentham, perspectivas de pensamientos encontrados con la jurisprudencia vigente hasta finales del siglo XVIII, así como con el sistema cuyas leyes responderían a la sola idea de la prevención general o intimidación, y tomaba al delincuente como ejemplo para los demás.

⁵⁴ En aquel tiempo la Filosofía del Derecho, también denominada Derecho Natural, era definida como la ciencia que expone los principios cardinales del derecho, concebidos por la razón y fundados en la naturaleza del hombre, considerada en sí misma y en sus relaciones con el orden universal de las cosas.

En esta tesitura, resulta evidente que el método científico del derecho penal no es universal o único, sino es precisamente el resultado de la evolución de una sociedad en una época y lugar determinados. La problemática del método constituye, por la naturaleza y objetivos de esta obra, un tema medular, pues es el instrumento que tiene como finalidad enmarcar la forma de abordar el problema, esto es, el delito⁵⁵.

1. METODO

El método es el aliento vital de la Ciencia, elemento esencial de la misma, sin el, ella no podría existir ni realizarse. Al comienzo de toda ciencia se encuentra el método, a través de cuyo correcto empleo el conocimiento fáctico se erige en auténtico conocimiento científico⁵⁶.

El Método es literal y etimológicamente, el camino que conduce al conocimiento, es la vía para la consecución de un fin, en otras palabras, es el instrumento de la actividad científica de que nos servimos para conseguir el conocimiento de la naturaleza y de la sociedad⁵⁷, de modo que existen tantos métodos penales cuantas concepciones punitivas se sustenten.

Larroyo dice que “la elucidación ya especial acerca de cómo cada método se particulariza en cada una de las disciplinas, es objeto de la metódica

⁵⁵ Cfr, Roxin, *Derecho Penal*... p. 277.

⁵⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal, Parte General Tomo I*, editorial Bosch, Barcelona 1996, pp. 260 y 261.

especial, a la que muchos manuales reservan el nombre de metodología⁵⁸”. Este autor hace una división entre métodos de las ciencias particulares que son: a) Las inferencias inmediatas y las no progresivas. b) La deducción. c) La inducción. d) La inferencia por analogía. e) La estadística. Así como, los métodos de la filosofía: 1) La dialéctica o reflexión trascendental. 2) La fenomenología. 3) El materialismo dialéctico. 4) La semiótica positivista. 5) El estructuralismo⁵⁹.

Por su parte, Bochenski⁶⁰ ha diferenciado sólo cuatro de los referidos tipos fundamentales de métodos: dos más clásicos, el deductivo y el reductivo-inductivo, y dos más modernos, el fenomenológico y el semiótico. Como veremos, todos ellos, en mayor o menor proporción según las escuelas y las tendencias, han encontrado aplicación en el campo de la actividad teórico-práctica de los juristas, incluso en materia penal.

⁵⁷ GORTARI, Eli, *El Método de las Ciencias*, editorial Grijalbo, México, 1978, p. 17.

⁵⁸ LARROYO, *La Lógica de las Ciencias*, editorial Porrúa, México, 1985, p. 224.

⁵⁹ Idem. p. 225.

⁶⁰ El método fenomenológico —señala Bochenski— “es el método de la intuición intelectual y de la descripción de lo intuitivo”: es método de conocimiento directo, mientras que los otros tres lo son del conocimiento indirecto. El rasgo esencial del método fenomenológico es la llamada reducción.

El método simiótico, en cuanto a interpretación y análisis del lenguaje y, de manera más exacta, la semiótica, ciencia de los lenguajes técnicos, artificiales y semi-artificiales (contrapuesta a la lingüística, ciencia de los lenguajes naturales), tiene como meta principal el esclarecimiento de las diferentes dimensiones del signo o palabra utilizada en el lenguaje.

Junto a estos dos métodos, fenomenológico y semiótico, reactualizados en diferente medida por algunas direcciones del pensamiento contemporáneo como son, respectivamente, el existencialismo y la filosofía analítica, los otros dos más clásicos a que antes hemos aludido han tenido también amplia utilización, en formas y grados diversos, dentro de la Ciencia y la Filosofía jurídica: sin remontarnos a precedentes más lejanos, los procedimientos de deducción se mostrarían prevalentes (con su mayor insistencia en lo universal) en el marco, por ejemplo, del iusnaturalismo racionalista y después, en aparente paradoja, en el del formalismo conceptista. Por su parte, los procedimientos de inducción (con su mayor insistencia en lo singular) se han aplicado sobre todo en conexión con tendencias jurídicas de carácter sociológico, histórico, empírico-comparativo, etc.

Ese pluralismo metodológico respondería a una idea paralela, no simplificatoria ni reduccionista de la realidad social: es precisamente la complejidad, la interconexión de factores y planos en una concepción totalizadora de la realidad quien exigiría ese pluralismo⁶¹. Es el método quien tiene que adaptarse a la realidad y no al contrario, la realidad al método, por más que la realidad no sea sólo un “hallazgo” pasivo, sino también, y sobre todo, un “resultado” activo, una creación crítica de carácter histórico, es decir, temporal y mudable.

Así, es necesario puntualizar que el método como objeto de estudio específico, fue abordado por la Metodología como teoría del método desde el siglo pasado. La Metodología Jurídica se encarga de estudiar la eficacia de los medios para producir ciencia, mientras que los métodos son formas del pensamiento que guían el proceso de investigación con un orden para la práctica jurídica.

La Metodología Jurídica⁶² es una ciencia de segundo nivel que se encarga de realizar una reflexión crítica sobre el fundamento de los medios

⁶¹ Quizá en parte por cansancio, pero, sobre todo, por conciencia de la necesidad de una superación real de los viejos extremismos, puede decirse que se ha llegado en la actualidad a un consenso bastante generalizado sobre la efectividad y conveniencia de un coherente y organizado pluralismo metodológico, actitud ésta que, en mayor o menor proporción, puede decirse ha estado de algún modo siempre latente en el fondo de las mejores aportaciones (Savigny, Ihering, Laband, Gierke, etc.) a esa ya legendaria polémica.

⁶² La metodología ha constituido tradicionalmente una prosecución y concreción de la lógica. Se habla de aquélla, recuérdese, denominándola lógica material, aunque aquí se ha insistido más bien en que la auténtica lógica, en realidad la única lógica, era la lógica forma, debiendo preferirse para aquélla la calificación de metodología o teoría de los métodos. El tratamiento de los métodos jurídicos vendría a ser, por tanto, un necesario complemento y prolongación de la lógica jurídica. La sola lógica formal no es suficiente para a el

que producen ciencia, esto es, sobre los métodos del conocimiento científico. Esta ciencia se relaciona con la Filosofía que es la que establece los principios y fines de las ciencias, es decir, reflexiona sobre las ciencias sustantivas; de igual forma con la Epistemología que es la teoría del conocimiento que estudia las características del saber, y por último con la Lógica que estudia las formas de razonamiento y de los usos del lenguaje relacionados con su función en la comunicación. En conclusión, podemos decir que el hacer del método es un objeto de estudio específico propio de la metodología.

Ahora bien, el Derecho Penal en cuanto ordenamiento positivo pertenece al ámbito de las ciencias valorativo-culturales, y el método propio de configuración, investigación y aplicación de aquél eminentemente es un método jurídico, sin embargo, como acertadamente apunta Miguel Polaino Navarrete “la dificultad de determinar con exactitud qué se entiende por método jurídico en materia punitiva, no sólo ha atraído una amplia discusión de escuelas, sino que tuvo inicialmente que oponerse a concepciones metódicas diferentes, como las de carácter antropológico, sociológico, positivo y criminológico”⁶³.

análisis del conocimiento indirecto. En la Práctica de la investigación científica queda de manifiesto que las mismas leyes lógicas pueden ser empleadas de diversas maneras. Una cosa es la ley lógica y otra la conclusión que se obtiene según esta ley. Así por ejemplo, la conocida división del procedimiento mental en deductivo e inductivo no consiste esencialmente en el uso de diferentes leyes lógicas, sino en el diferente empleo de las mismas leyes. La teoría del uso de las leyes lógicas en diversos dominios del saber es precisamente la metodología.

⁶³ Op. Cit. POLAINO NAVARRETE, p. 260.

En las ciencias jurídicas, por tanto, se emplean los métodos fundamentales del conocimiento: intuición, inducción y deducción, con una variedad de procedimientos. Lo que distingue y matiza a las distintas tendencias y escuelas jurídicas, es ante todo, dice Mantilla Pineda, la concepción filosófica dentro de la cual se ubican y el uso, en mayor o menor grado, que hacen de tal o cual método fundamental de conocimiento. En consecuencia, continua el citado autor, en términos generales, método jurídico es la orientación que toma la inteligencia para alcanzar la verdad sobre el Derecho. Con el Método Jurídico se pretende obtener la verdad teórica sobre el derecho (en todas las ciencias jurídicas) y su aplicación práctica en una sociedad política determinada (en las ciencias jurídicas estrictu sensu)⁶⁴.

El método jurídico penal puro estriba en el juicio sobre un concreto comportamiento típico, que es jurídicamente relevante, conforme a las normas positivamente dirigidas a la realización, en la mayor medida posible, de la función de garantía (principio de legalidad, exclusiva protección del bien jurídico, mínima intervención, etc.). El nacimiento de la dogmática penal se desarrolló con la influencia de las concepciones racionalistas del Derecho Natural⁶⁵ (siglos XVII y XVIII), y el surgimiento de la codificación que

⁶⁴ MANTILLA PINEDA, Benigno, *Filosofía del Derecho*, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, pp. 35-36.

⁶⁵ Es característica del racionalismo la aspiración de construir sistemas jurídicos ideales, universalmente aplicables y deducidos de unos pocos axiomas autoevidentes. La labor de jurista dogmático consistiría en el análisis clasificación y combinación de estos conceptos jurídicos básicos hasta su integración en un sistema,

aparece constituida por el formalismo de la jurisprudencia de conceptos. El objeto del análisis y sistematización característicos de la dogmática penal es precisamente el derecho positivo. Ciertamente, la dogmática jurídico penal, como cualquier otra ciencia, pretende en última instancia resolver un problema, luego, el método es la forma de pensamiento a partir de la cual se quiere atacar y resolver el problema, esto es, el delito, pues lo que deseamos es precisamente prevenirlo.

En este orden de ideas, tomando en consideración que la forma de pensamiento determina la fundamentación del concepto, contenido y funciones del derecho penal, expondremos cronológicamente los diversos métodos que se han aplicado a partir del siglo XVIII, dentro de los que destacan el experimental, teleológico, jurídico, positivista o institucional, entre otros.

2. EL METODO DEL FORMALISMO

A mediados del siglo XIX, fue cuando se desarrolló el positivismo, siglo caracterizado por el avance de las ciencias naturales, que provocó un dominio de las explicaciones experimentales que tanto éxito habían tenido en

excluyéndose toda consideración de índole tanto valorativa como sociológica, cfr. SILVA SANCHEZ, Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, p. 50.

las ciencias naturales a las ciencias sociales pretendiendo obtener con ello el mismo grado de exactitud y de veracidad.

En el positivismo jurídico moderno siguen predominando las dos grandes tendencias clásicas de todos los tiempos a saber el iusnaturalismo y el positivismo. Frente al eterno retorno del Derecho natural como preconizador de principios, de demás valores permanentes, surge nuevamente el positivismo jurídico, expresión por demás ambigua, y que cobija muchas corrientes.

Es por ello que el positivismo rápidamente invade todo el campo del conocimiento humano y el Derecho no se encuentra ajeno a este movimiento, podemos decir además que en el Derecho encontró un campo fértil de aplicación, porque el positivismo prácticamente ha dominado el campo jurídico del presente siglo.

A toda concepción del Derecho al margen de los aspectos valorativos que defina al Derecho positivo, es decir, a la ley como lo único por investigar sin fundamentos de ninguna otra naturaleza se le considera positivismo, por ello que recibe diferentes denominaciones, como *formalismo jurídico*, en el sentido de que estudia la normatividad en su aspecto formal; le llaman también voluntarismo, porque considera las normas como manifestación meramente voluntarista del gobernante, etc. En esta tesitura, es importante destacar que el positivismo jurídico ha asumido varias formas, cuyos grupos

principales son, según algunos autores, el positivismo analítico⁶⁶ y el positivismo sociológico⁶⁷, éstas y otras formas existentes finalmente, con pequeñas variantes, coinciden en la propuesta de eliminar de la teoría del Derecho la especulación metafísica y axiológica del mismo, limitándolo a la mera investigación y manifestación empírica de la ley, es decir, el estudio de la ley, no en cuanto tal, sino los factores sociales que las producen, esto es su origen empírico sociológico.

Según esto la actitud del positivista es una actitud no valoradora de la normatividad, es decir, no toma en cuenta consideraciones de ningún otro tipo, el positivismo parte del supuesto de que el objeto de estudio es el Derecho positivo⁶⁸.

Por su parte Kelsen explica que todo el sistema jurídico deriva su unidad del hecho de que las normas estén referidas a una fuente única que es

⁶⁶ John Austin, citado por Muñoz R, Carlos. *Fundamentos para la teoría general del Derecho*, SERSA, México. 1996. P. 206, representante de la escuela analítica, considera que el objeto de la jurisprudencia en cualquiera de sus diferentes ramas es el derecho positivo, es decir, el Derecho establecido por voluntad del soberano, de aquí se deduce claramente que la ciencia de la jurisprudencia se ocupa simplemente de las leyes positivas, sean buenas o malas, justas o injustas.

Por otra parte distingue entre la jurisprudencia y la legislación, la primera no es sino el estudio del Derecho positivo sin consideración a su bondad o maldad, en tanto que la ciencia de la legislación tiene una orientación filosófica ya que tiene como característica determinar el conjunto de principios a los cuales debe ajustarse el Derecho positivo. De esta manera ocupa al jurista ocuparse sólo del estudio de la jurisprudencia o del Derecho positivo, por otra parte corresponde al filósofo o en su caso al legislador ocuparse de la ciencia de la legislación, por ser ésta la encargada del estudio ético del Derecho, es decir del Derecho que debe ser.

⁶⁷ Como máximo representante tenemos a Ludwing Gumplowicz partiendo de las siguientes afirmaciones:

- a) La historia se desarrolla por la lucha de diferentes clases en pos de la supremacía.
- b) En esa lucha de clases sociales diferentes por el poder siempre triunfa el fuerte subyugando al débil.
- c) A efecto de que el poderoso triunfante en la lucha pueda perpetuar su dominio, crea una organización que así se lo permita, esta organización es el Estado.
- d) El instrumento del que se vale el Estado para perpetuarse en el poder es el Derecho.

⁶⁸ Muñoz Carlos. *Fundamentos para la teoría general del Derecho*, p. 205.

la norma fundamental que se encuentra en la cúspide de la pirámide estructural del sistema jurídico. Al referirse que toda sanción, cualquiera que sea su gravedad se realiza según métodos y condiciones establecidas en la norma fundamental, según lo anterior es cierto también que todas las normas se fundamentan en una norma anterior y superior a ellas, de acuerdo a lo cual es factible construir una jerarquía perfecta de leyes, desde la norma fundamental hasta la concreción en una norma individualizada llevada a cabo por el poder judicial o delegada en tribunales administrativos⁶⁹.

La dogmática del positivismo jurídico en materia penal fue desarrollada principalmente por Rocco, Binding y Liszt. Se entiende por positivismo legalista, en palabras de Günter Ellscheid, la concepción que considera vinculante cualquier ley que haya sido elaborada según unas determinadas reglas, sin tomar en cuenta su contenido. En este contexto, continua el autor, ley significa el acto de un poder competente a través del cual se confiere a un determinado contenido normativo una cualidad jurídica reconocible externamente. La ley se convierte así en el plano de las normas en fuente del derecho, al tiempo que las demás fuentes del derecho quedan a disposición del legislador. El derecho consuetudinario, el judicial y también el natural,

⁶⁹ Citado por Muñoz Carlos. *Fundamentos para la teoría general del Derecho*, p. 208, es necesario precisar que al referirse a la constitución Hans Kelsen no se refiere a esta norma fundamental en el sentido técnico de la palabra. Al decir "constitución", se refiere a la norma fundamental hipotética y la denomina de esta manera utilizando el sentido lógico jurídico, como institutiva de un órgano creador del Derecho. Por otra parte, este autor también se refiere a la constitución en sentido jurídico positivo.

cualquiera que sea la forma en que se fundamente, únicamente pueden regir en la medida en que el legislador no se haya atribuido la materia objeto de regulación. Consiguientemente, la tendencia es identificar todo el derecho con la ley, y negar totalmente, de este modo, fenómenos como el derecho judicial, el derecho consuetudinario, decisiones jurídicas derivadas de la naturaleza de las cosas, etc⁷⁰.

Ahora bien, como ya se dijo, la ciencia por excelencia en el Siglo XIX, en que escriben los autores de referencia, estaba basada en un positivismo naturalista que tenía como prototipo científico a las Ciencias Naturales, con formulación de las leyes generales que pretendían conseguir la exactitud. En esta etapa, todavía se acepta el estrecho y rigorista concepto de la ciencia que Descartes consagró; la matemática alcanzó la categoría de “saber modelo”.

Así, el modelo teórico del positivismo jurídico tradicional estriba, según Vives Antón, en la determinación inductiva de los principios informadores de cada legislación concreta, de modo que el sistema venga elaborado por medio de un proceso de abstracción, los principios obtenidos inductivamente servirían tanto para establecer el sentido del ordenamiento jurídico como un todo, cuanto para solventar las dudas y colmar las lagunas⁷¹. Luego, como

⁷⁰ ELLSCHEID, Günter, *El Pensamiento Jurídica Contemporáneo*. El problema del Derecho Natural. Una Orientación Sistemática, Editorial Debate, edición a cargo de Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer, trad. Gregorio Robles, Madrid, 1992, p. 145.

⁷¹ Referencia de la obra de Silva Sánchez, Op. cit. p. 54.

afirma Coing⁷², “desde el punto de vista histórico, el más impresionante intento de construir por éste método la jurisprudencia, es la ciencia alemana del Derecho de siglo XIX. Su Modelo es la matemática. Su Objetivo es el desarrollo del derecho positivo hasta conseguir un sistema lógico cerrado de conceptos en los que un concepto general supremo, el de Derecho, recoge a todos los demás. Todos los conceptos particulares se desarrollan a partir de ese concepto central, mediante el añadido de caracteres positivos diversos y diferenciadores; a la inversa; partiendo de los conceptos particulares puede llegarse a los conceptos generales por abstracción progresiva. La unidad de todo el sistema se encuentra en esta conexión lógica y no en la valoración moral”.

En efecto, como se sabe, es característica del racionalismo la aspiración de construir sistemas jurídicos ideales, universalmente aplicables y deducidos de unos pocos axiomas autoevidentes. La dogmática naciente en el momento de la codificación, cuya manifestación por excelencia aparece constituida por el formalismo de la jurisprudencia de conceptos, es, pues, expresión de la adaptación de los juristas racionalistas a la nueva situación propiciada por la aparición de los códigos. Tal adaptación se manifiesta en la adopción como premisa básica, de un compromiso entre presupuestos empiristas e idealistas.

⁷² Fundamentos de la Filosofía del Derecho, cit. por Francisco Muñoz Conde, pág. 269 y 279, Introducción al Derecho Penal, p. 109, nota 18.

Según los términos del mismo, en el Derecho Positivo, como objeto de conocimiento, se daría, junto a disposiciones contingentes y particulares del legislador, estructuras racionales, universales y permanentes. La labor del jurista dogmático consistiría, pues, originariamente, en el análisis, clasificación y combinación de estos conceptos jurídicos básicos hasta su integración en un sistema, excluyéndose toda consideración de índole tanto valorativa como sociológica. El movimiento metódico en comento refleja un modo de entender el Derecho con un carácter puramente formal, en el sentido de que se concibe a la propia norma de Derecho como una formal categoría metajurídica cuyo contenido sustancial es excluido, quedando reducido a mera fórmula, resultado del positivismo jurídico llevado a sus extremos⁷³. Sin embargo, pronto se advertiría la necesidad de recurrir a fines o valores, o, en todo caso, a realidades exteriores respecto a las normas formalmente concebidas.

En este orden de ideas, los representantes de la concepción dogmática del positivismo jurídico en el ámbito penal coinciden en señalar que **el objeto del análisis y sistematización característicos de la dogmática no es otro que el Derecho Positivo**, sin embargo, resulta oportuno transcribir las diferencias que encontró Silva Sánchez, respecto a algunos autores, que aún

⁷³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos Científicos del Derecho Penal, Editorial BOSCH, Barcelona, 1996, p. 285.

cuando aplican el mismo método, abordan el problema de diversas perspectivas.

...en lo relativo a Binding, quizá nada mejor que el juicio que sobre él emite su contrincante científico VON LISZT: ... se cuenta entre aquellos escritores criminalistas que más energéticamente han exigido la derivación de los conceptos jurídicos de las proposiciones del Derecho vigente (...) y que la han llevado a cabo de modo más resuelto y consecuente.

Por su parte, la obra dogmática de VON LISZT responde al esquema del positivismo jurídico, partiendo del Derecho vigente y procediendo al análisis y sistematización de las diferentes proposiciones y de los conceptos que las integran. LISZT, en la última edición de su tratado, sigue atribuyendo a la Ciencia del Derecho Penal la tarea de comprender Delito y Pena como generalización conceptual en una consideración técnico jurídica, y pretende desarrollar en un sistema cerrado los preceptos concretos de la Ley, subiendo hasta los últimos principios y conceptos fundamentales.

El método aplicado por VON LISZT, trata de deducir de la Ley la solución aplicable al caso mediante la construcción jurídica, esto es, a través de la abstracción progresiva de los conceptos más específicos a los más generales. Lo que no se halla explicado, en el sistema de LISZT, ni en el sistema de quienes aplicaron al Derecho Penal el método formalista, es el tránsito de la naturaleza a la norma y de las leyes naturales a la Ley del Estado; la transición del concepto causal de acción al concepto causal de injusto no implica como creía LISZT una explicación del segundo por la primera, sino la introducción injustificada de un nuevo criterio metodológico. La acción, entendida por VON LISZT, como mero acontecer natural, no podía causar sino acontecimientos naturales, es decir, puros hechos, por tanto, la concepción de la acción como lesión de un interés, no puede surgir del concepto naturalístico de acción, sino del sentido social que se le atribuye, esto es, de una valoración que no procede de la naturaleza.

El último representante del positivismo jurídico fue Binding, cuya obra se caracterizó, ante todo, por negar la legitimidad de todo juicio valorativo o referencia a la realidad metajurídica en la tarea dogmática; el Derecho Positivo se estudia en sí mismo, separado del resto de la realidad, aislado de ésta, como si fuera una realidad independiente. Con lo que termina por

convertirse en un formalismo normativista que se ocupa exclusivamente de la norma, desentendiéndose el jurista de lo social y de lo valorativo. En un mimetismo fiel a los métodos propios de las ciencias de la naturaleza, se busca sólo la ligazón formal de los conceptos jurídicos positivos, sobre cuya base, por inducción, se construye el sistema; pudiéndose, después clasificar dentro de éste, los nuevos conceptos, y obtener las lógicas consecuencias por vía deductiva, cerrándose así el ciclo: inducción-deducción, que caracteriza a todos los métodos de las ciencias experimentales.

Concluye Silva Sánchez, y con razón, que el transcurso del tiempo y la sucesión de corrientes doctrinales han permitido ver abandonadas a las dos premisas básicas del positivismo jurídico, esto es, la de entender que el objeto de la ciencia jurídica está constituido tan sólo por el Derecho positivo, y la de estimar que a tal ciencia le corresponde únicamente su análisis y sistematización por la vía del método (inductivo) de construcción jurídica⁷⁴.

3. EL MÉTODO DEL NEOKANTISMO.

La ciencia penal del siglo XX se ha caracterizado por la adopción de nuevos principios derivados del renacimiento filosófico que siguió al positivismo, empero, una vez reducidas las diferencias entre las diversas

⁷⁴ SILVA SANCHEZ, José María, *Aproximación ...* cit. p.54.

escuelas, en cuanto al fundamento de la pena y de la responsabilidad, subsiste la polémica centrada en el método.

Acertadamente, Tomás S. Vives Antón⁷⁵ señala que para comprender el tránsito del positivismo de VON LISZT a las dogmáticas neokantianas es preciso analizar la evolución de la jurisprudencia de intereses por una parte, y, de otra, el nacimiento de la filosofía de valores, en este sentido el referido autor sostiene:

Para Von Liszt, como para Ihering, el conflicto de intereses que la norma zanjaba era, al menos básicamente, un conflicto material, aprehensible empíricamente. El criterio de solución de ese conflicto venía dado por la voluntad del legislador democrático: no era el producto de un razonamiento sino de una votación.

En efecto, en el derecho penal resulta necesario dar entrada en el concepto del objeto regulado, no sólo a bienes e intereses, sino también a otras categorías axiológicas, que hacen referencia al valor y que poseen naturaleza espiritual o psíquica⁷⁶. Así, el neokantismo destaca que toda decisión debe ser interpretada como una delimitación de intereses contrapuestos y como una estimación de esos intereses mediante juicios de valor⁷⁷; sustituye el método

⁷⁵ VIVES ANTON, Tomás S., *Fundamentos del Sistema Penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1996, p. 412.

⁷⁶ En este sentido, Polaino Navarrete, Op. cit. p. 310.

⁷⁷ La filosofía de los valores que se impone en el panorama de la Europa continental, procede, básicamente, de LOTZE y de BRENTANO, pero quien logra conformarla como tal es WINDELBAND, quien remite al pensamiento tanto de Kant como de Hegel, discrepando respecto del primero en cuanto a que sustrae la historia del dominio de la razón práctica, tratando de explicarla desde la razón teórica, y del segundo difiere

puramente jurídico formal del positivismo introduciendo consideraciones, como ya se dijo, axiológicas y materiales; dicho de otro modo, mientras Ihering y Liszt intentan presentar la finalidad y al valor como clases naturales, el neokantismo parte de categorías valorativamente formuladas. Según este punto de vista, el neokantismo jurídico tomó como objeto el mismo concepto positivista de Derecho de la fase anterior, convirtiéndose, en palabras de WELZEL, en una teoría complementaria del positivismo jurídico⁷⁸. Más aún, se ha puesto de manifiesto que no es sólo que conservara como objeto el Derecho Positivo, sino que no consiguió desprenderlo de su integración con la perspectiva naturalista que estima consustancial a la realidad la idea de causalidad; así, ésta siguió ocupando un lugar central en el sistema de la dogmática jurídico penal.

El método del neokantismo ya no es puramente formalista, sino que, por la inclusión del Derecho entre las ciencias del espíritu, tiene como objetivo esencial la comprensión del contenido de los fenómenos y categorías jurídicas,

porque renuncia al método dialéctico y, con ello, a la razón total. Concretamente, WINDELBAND expone que el conocimiento no es sólo conocimiento de la naturaleza, sino conocimiento de la cultura, que tiene lugar mediante la aplicación de un método específico, pues las ciencias de la cultura, a diferencia de las de la naturaleza, no se encuentran frente a datos brutos que puedan captarse a través de la percepción sensorial, sino que, entre ellas y el sector de la realidad que constituye su objeto se interpone más bien un mundo ya referido a significaciones culturales; y es esta realidad cultural, y no la realidad originaria, liberada de toda clase de relación valorativa, es la que constituye el material de las verdaderas ciencias culturales. Esta concepción valorativa no surge del deseo sino del deber.

⁷⁸ Si he pretendido subrayar esa continuidad es para poner de manifiesto el fracaso de la estrategia conceptual del positivismo sociológico de Ihering y Von Liszt: proyectando sobre la materia física (en la que la voluntad penetra como un impulso sin contenido - es decir, como un hecho bruto mas-) determinados conceptos de orden (interés, fin, bien jurídico) Ihering y Von Liszt intenta presentar la finalidad y el valor como dados o, dicho de otro modo, entienden las clases - valorativamente formuladas - como meras clases naturales.

más allá de su mera definición formal o explicación causal⁷⁹. Tales reflexiones llevan a efectuar una división tajante entre las ciencias naturales que consideran su objeto como libre de valores y de sentido, y las ciencias culturales, que refieren su objeto a los valores y tienen por ende sentido. Metodológicamente la referida división implica la distinción entre ciencias del ser y ciencias del deber ser.

La filosofía de los valores que se impone en el panorama de la Europa continental, procede básicamente de Lotze y de Bretano. Pero, el momento fundacional, por así decirlo, cabe situarlo en la obra de Windelband y concretamente en su tentativa de subsumir el método de la historia en el método científico. Aunque el pensamiento de Windelband remite a Kant y a Hegel, en este punto se separa tanto de uno como otro. De Kant, porque sustrae la historia del dominio de la razón de práctica, tratando de explicarla desde la razón teórica; de Hegel, porque renuncia al método dialéctico y con ello, a la razón total. Aunque Windelband no sólo formuló detalladamente su programa, sino que lo aplicó en sus obras dedicadas a la historia de la filosofía, la difusión de la filosofía neokantiana de los valores se debe básicamente a la obra de Rickert y Lask.

⁷⁹ En la época es que se desarrollo en neokantismo, el objeto de la filosofía se halla, en tres planos diferentes: el de la realidad sensible, el de los valores y el de las significaciones o los sentidos. A este último plano pertenecen los bienes, u objetos en que se plasman los valores, y, más en general, la cultura como sentido (valor) de una realidad, realidad hecha valiosa.

Para Rickert, como para Windelband, se hace preciso sacar al conocimiento de los confines a que lo redujo la crítica de la razón pura. El conocimiento no es solo conocimiento de la naturaleza, sino también conocimiento cultural, que tiene lugar mediante la aplicación de un método específico. Pues las Ciencias de la cultura, a diferencia de las de la Naturaleza, no se encuentran frente a datos brutos, que puedan captarse a través de la percepción sensorial, sino que entre ellas y el sector de la realidad que constituye su objeto se interpone, más bien, un mundo comparable a algo semielaborado ya referido a significaciones culturales y esta compleja realidad cultural y no a la realidad originaria liberada de toda la clase de relación valorativa, es la que constituye el material de las verdaderas ciencias culturales.

El pensamiento neokantiano se desarrolló, por una parte, en la escuela de Marburgo, cuyo principal representante desde el punto de vista metodológico, fue Stammler, destacando que ésta escuela tuvo escasa repercusión en la ciencia penal; por otra, la escuela Sudoccidental, representada fundamentalmente por Lask, Radbruch, Sauer y Mayer.⁸⁰

Stammler no hace más que transportar a la ciencia del derecho la teoría del conocimiento de Kant, de ese modo, rechaza el axioma positivista de que

sólo el método empírico es un método científico. Así, Stammler señala que el método esta en función del objeto de estudio, y para ello es necesario diferenciar las relaciones causa-efecto, y la relaciones de medio-fin, que deberán ser estudiadas en base a otras metodologías más aptas, sin embargo, las teorías de Stammler, no supieron ofrecer, como el mismo reconoció, el criterio exacto para juzgar al derecho.

Los autores de la llamada Escuela Sudoccidental tomaron un rumbo distinto⁸¹. En efecto, la norma interna, tal como Ihering la concebía, consistía, según hemos visto, en un imperativo abstracto dirigido a los órganos del Estado para regular el uso de la fuerza. Su eficacia externa en la vida de los ciudadanos deriva de ese imperativo. Merkel, objetó que las normas jurídicas han de dirigirse a todos aquellos cuyas relaciones sean reguladas por ellos, pues de lo contrario los preceptos primarios, tal como se formulan frente a los individuos, no serían normas jurídicas de ningún género, sino solamente

⁸⁰ La diferencia entre una escuela y la otra, consiste en que Stammler se propuso exponer la estructura formal del conocimiento científico-jurídico, mientras la escuela Sudoccidental procuro llenar de contenido valorativodichas estructural formales.

⁸¹ La crítica de Heck rechaza la subsunción lógica como método jurídico e invoca la inordacion de interés, esto es, su ponderación según los fines del ordenamiento, como el procedimiento adecuado para subsumir los casos en los tipos legales. En esa dirección, se mueve el pensamiento del gran iusfilósofo y penalista neokantiano G. Radbruch que, al analizar la configuración de la sistemática, aduce la posibilidad de operar, de una parte, con la lógica del pensamiento y de obra, con la que llama lógica de las cosas mismas, que no es sino una lógica de los fines. Según Radbruch, la articulación de esas dos posibilidades otorgadas a la sistemática penal dan un doble fundamento: La teoría de las normas en el plano categorial, y la de los fines de la pena, en el teológico. Desde ese punto de partida, la configuración de los tipos expresa, en principio, conceptos de clase, pero la mediación de la pena, requiere conceptos de orden. Sin embargo, la separación entre unos y otros no es, para Radbruch, tan nítida como a primera vista pudiera parecer. Por eso, tras criticar la pretensión de Von Liszt (la pretensión de haber edificado un sistema unitario sobre base teleológicas), hace hincapié en la necesidad de entender *teleológicamente* (esto, es valorativamente) los conceptos categoriales: las características del tipo son, a la vez, descriptivas (categoriales) y normativas (teleológicas).

intrusiones para invocar el auxilio de los órganos del Estado. Tales concesiones dice Mayer no resultan tan contradictorias como a primera vista pudiera parecer. La armonización de ambas viene de la mano de las que llaman normas de cultura. Para Mayer, la realidad natural como tal ni es ni puede ser objeto del derecho. La realidad natural aparece ante el derecho socialmente mediada y, por lo tanto mediada por las normas de cultura que permiten conocerla y valorarla. La forma en que la sociedad plantea sus exigencias dentro de la comunidad es la norma de cultura. La norma de cultura nace, obviamente de la cultura. La cultura es a la sociedad como el creador a su obra, la conforman según valores y las concreciones de esa conformación son las normas de cultura, que nos permiten conocer los objetos culturales. Esas normas que, atendiendo a sus contenidos, podrían calificarse como reglas sociales son imperativos abstractos o concretos y expresan, así, deberes. Pero, las normas de cultura mediante las que la sociedad expresa y protege sus intereses, no son, sin más, válidas. Pues la cultura es también una instancia crítica. Y, dentro de ello, actúa el Estado, como titular del poder de dominación, no crea cultura, pero acepta o rechaza las normas culturales mediante el derecho. De ese modo, los ciudadanos resultan obligados por las normas de cultura que el derecho ha aceptado. Así pues, si queremos analizar el derecho como regla de conducta para los sometidos a él, hemos de

concebirlo no como sistema de proposición, sino como poder cultural. Por consiguiente, en la base de la sistemática penal se halla el análisis de la norma de cultura que se cumple una doble función: la de identificar y tutelar bienes o intereses cuya agresión constituye el injusto y la de dirigir la conducta, en la que se asienta la culpabilidad: la acción culpable es la acción voluntariamente contraria al deber que produce un resultado antijurídico. De ese modo, Mayer ha traducido la distinción de Ihering entre norma interna y externa al pensamiento neokantiano⁸².

En el plano metodológico es de destacar la concepción defendida por Radbruch, que recoge el concepto de Derecho como ciencia cultural, deduciendo de ello la imposibilidad de inferir valores de la propia realidad, como él mismo señala: “el reino de los valores y el mundo de los hechos coexisten como órbitas paralelas sin entrecruzarse”.

Este planteamiento, en distintos niveles, del valor y de la realidad, es lo que se dio en llamar “dualismo metodológico” que, de hecho, se encontraba ya en la base misma de la distinción entre ciencias naturales y ciencias jurídicas. Ambas ciencias pueden coincidir en el objeto de estudio, pero es tarea ineludible del jurista introducir en su método elementos valorativos por lo que concierne a las ciencias jurídicas.

⁸² VIVES ANTON, Tomás S., *Fundamentos...*cit. pp. 418-419.

Radbruch defiende la existencia de tres valores fundamentales: libertad, poder y cultura, cada uno de los cuales adquirirá una mayor o menor preponderancia en función de cada momento histórico concreto, dependiendo de la relevancia que en el mismo se otorgue a los valores individuales y a los valores sociales. No obstante, Radbruch entiende que el sistema valorativo ideal es fruto de la combinación equilibrada de los tres valores antes enunciados, si bien a su vez reconoce la gran dificultad de alcanzar dicho ideal, toda vez que dichos valores están condicionados decisivamente por la materia u objeto sobre el que inciden.

En definitiva el neokantismo reclama para el estudio del derecho un método axiológico. El dualismo metodológico de Radbruch sirvió ante todo para replantear el objeto de estudio, delimitando el ámbito propio de cada parcela de la Ciencia del Derecho penal: así el delito estudiado desde el punto de vista causal-explicativo será tarea que corresponde a la Criminología, mientras que cuando el delito sea estudiado como fenómenos jurídico vinculado a valoraciones corresponde al Derecho penal ocuparse del mismo.

Coinciden la escuela de Marburgo y la Sudoccidental en dos extremos básicos, característicos del neokantismo, en la teoría del conocimiento, a través de la distinción entre materia y forma; y en el modo de trazar la diferencia entre las ciencias naturales y las del espíritu, es decir, no por razón

del objeto sino del método. En este sentido, la dimensión de valor de una realidad, lo cultural, lo que le atribuye un sentido, surge en el seno del propio proceso de conocimiento; no está presente en aquella realidad de modo previo. Por otro lado, los procesos de conocimiento se muestran directamente condicionados por circunstancias históricas y particulares de cada sociedad, no pudiendo acogerse la idea Kantiana de una conciencia en general. Al producirse la atribución de sentido desde valores establecidos subjetivamente, la cuestión de cuál haya de ser la dimensión valorativa de los fenómenos se convierte en una cuestión absolutamente subjetiva, sobre la que cabe un control del método empleado pero no del producto del proceso del conocimiento. Todo ello, es manifestación de los conocidos subjetivismo epistemológico y relativismo axiológico del neokantismo. En efecto, mediante la referencia axiológica es el sujeto quien aporta a la realidad del Derecho positivo una concreta dimensión de sentido. Tal dimensión de sentido no constituye un "a priori" respecto al proceso de conocimiento, sino que más bien es un producto del mismo y no puede concebirse separada de él.

El sistema de la denominada etapa clásica, causalismo naturalista o causalismo psicologista, responde a pautas positivistas que trajeron como consecuencia un concepto de acción en sentido naturalístico, un concepto de tipo configurado en términos objetivo- descriptivos, la esfera objetiva

normativa de la antijuricidad y el concepto subjetivo descriptivo de la culpabilidad, conceptos todos ellos que pretendían, ante todo, seguridad jurídica, a través de una construcción objetivo formal, pero esta construcción se destruyó a partir de la aplicación del método en comento, dado que el pensamiento neokantiano influyó en la nueva conceptualización de las categorías del delito, destacando ante todo el reconocimiento de los elementos subjetivos del injusto⁸³.

Sentado todo lo anterior, dice Silva Sánchez, no puede sino concluirse que, pese a ese supuesto mantenimiento del objeto de la dogmática en los mismos términos del positivismo, el neokantismo implica una modificación esencial de los términos del sistema del Derecho penal. Al convertirse el valor

⁸³ En efecto, las tres categorías fundamentales del delito: acción, antijuricidad y culpabilidad se describían de forma insatisfactoria. La acción, en el esquema positivista se concebía como movimiento corporal que producía una determinada modificación en el mundo externo. Concepción naturalista que no podía explicar por ejemplo, la omisión, pues la esencia de ésta no es naturalista sino normativa: omitir no significa no hacer sino no hacer lo que el ordenamiento esperaba que hubiera hecho; la omisión implica una referencia a la acción esperada, una valoración desde la ley. Lo mismo sucedía con la antijuricidad a la que se privaba de todo significado valorativo (desvalorativo) en el esquema positivista. La antijuricidad expresaría, solo una relación lógica de contradicción entre el hecho sucedido y el ordenamiento, pero sin carga de desvalor alguna, neutro (concepción formal). Incluso cuando, posteriormente, se admite la concepción material de la antijuricidad con la inclusión del bien jurídico poco cambia porque el bien jurídico se entiende en términos naturalísticos interés de la vida que deba constatarse empíricamente (Liszt) y la antijuricidad pasa a hacer el peligro o lesión del bien jurídico, en el sentido de causación de un peligro o de una lesión, esto es: en el sentido naturalístico. De este modo, no se podrían comprender, por ejemplo, los elementos subjetivos del injusto, pues si lo decisivo era la lesión del bien jurídico, ésta era independiente de tales elementos; y, en consecuencia, habría que estimar antijurídica toda acción contraria a aquel, aunque no concurriese el especial ánimo requerido por la ley. Finalmente el esquema positivista incurrió en un notorio psicologismo al configurar la culpabilidad, ya que ésta aparecía como nexo psicológico entre el autor el hecho antijurídico (teoría psicologista) y el dolo y la culpa como sus especies. Esta concepción subjetivo descriptiva de la culpabilidad (a la culpabilidad pertenece todo lo que haga referencia al plano subjetivo y permite describir la relación psicológica entre el sujeto y su acción antijurídica) no permitía explicar la imputabilidad, ni las causas de exclusión de la culpabilidad, que no afectan a la relación psicológica mencionada; ni explica la propia imprudencia, concepto, por fuerza normativo, o la culpa inconsciente, donde hace falta necesariamente toda relación espiritual entre el autor y el hecho. Cfr. GARCIA PABLOS, Antonio, Derecho Penal,

en rector del contenido de las categorías sistemáticas, la elaboración conceptual se distancia hasta tal punto del <<positum>>, de la concepción de la ley como dogma, que probablemente habría que matizar algo más las expresiones welzelianas sobre la concepción neokantiana y su método en Derecho penal. Es tal método el que explica, por ejemplo, la consideración del bien jurídico, en tanto que realización del valor, y de su lesión como criterios decisivos de la interpretación de los tipos. Además, ya en el marco estricto de la teoría del delito permite fundamentar la introducción de elementos valorativos en la causalidad (antes física), de elementos subjetivos en el tipo (antes objetivo), de consideraciones materiales en la antijuricidad (antes básicamente formal) y normativas en la culpabilidad (antes entendida como relación de causalidad psicológica). Una teoría dogmática que consiguió elaborar los principios materiales regulativos de la antijuricidad en Derecho penal y extraer de ellos la fundamentación de la posible existencia de causas de justificación supralegales, una teoría que construyó el principio de inexigibilidad en el ámbito de la culpabilidad, constituye probablemente algo más que un mero complemento del positivismo. Ciertamente se trata de fórmulas regulativas, esto es, que no imponen un contenido normativo preciso; ello es, evidentemente, consecuencia del relativismo axiológico a que se ha

hecho referencia. Sin embargo, con estas y otras consideraciones, el neokantismo marcó la pauta que, de nuevo hoy, tras el paréntesis metodológico del finalismo, sigue la dogmática jurídico penal. Su mérito: mostrar las ineludibles referencias valorativas de la construcción conceptual en Derecho penal, y la caracterización de estos valores como factores no inherentes al objeto, no absolutos, universales e inmutables, sino condicionados subjetiva y culturalmente⁸⁴.

En resumen, el método neokantiano se desarrolla también en el ámbito del positivismo, sin embargo, su nota característica, es decir, los valores, son los que transforman radicalmente el contenido de las categorías del delito. Así, desde esta perspectiva, lo importante no es determinar si los valores, existen o no existen, sino sólo que valen o que no valen.

4. EL MÉTODO DEL FINALISMO

La dogmática finalista implica un cambio decisivo respecto al del positivismo formalista y a la del relativismo axiológico neokantiano. Surge en el marco de los planteamientos fenomenológicos de los años veinte, influida,

⁸⁴ SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, editorial Bosch.

como reconoce Hans Welzel, por las nuevas direcciones de la psicología del pensamiento y de la teoría sociológica de Max Weber. El hecho de que los postulados del finalismo adquieran plena difusión tras la segunda guerra mundial ha provocado que muchos autores sostengan que dicha teoría surgió como respuesta a los excesos cometidos en el terreno del derecho penal por el nazismo, sin embargo, Quintero Olivares considera que esa no es la razón, sino que el plano metodológico del finalismo surge como superación de los postulados del neokantismo⁸⁵.

Ahora bien, Polaino Navarrete afirma que la formulación de la doctrina finalista en el Derecho Penal supuso un planteamiento sistemático nuevo, y en cierto sentido antagónico, respecto de los esquemas metódicos causalistas. La doctrina finalista, continúa el autor, no se limita a aportar una sistemática puramente formal, sino que representa una innovadora construcción del sistema penal, tratando de aprehender soluciones más acordes con la lógica y con la justicia al complejo problema del comportamiento criminal, entendido como ejercicio de actividad finalista sometida a causa de su desvalor a prohibición penal⁸⁶.

En efecto, es convicción del finalismo que la dogmática no ha de ocuparse de lo contingente por razones de espacio o tiempo, y, por tanto, no

Barcelona 1992, pp. 56-57.

⁸⁵ Op. cit. p. 195.

ha de tener por objeto esencial el Derecho Positivo. Pero tampoco debe atender a valoraciones de contenido variable en función de la diversidad de sujeto o de las condiciones culturales. La dogmática, por el contrario, ha de ser, ciertamente, sistemática, pero además debe tener como objeto básico lo permanente, lo supranacional, lo suprapositivo de la materia jurídica. Para los finalistas los resultados de las ciencias culturales no dependen exclusivamente de las valoraciones que el científico introduzca en su consideración del objeto, sino que el objeto que se quiere analizar condiciona los resultados del razonamiento, en palabras de Welzel⁸⁷, el método no determina el objeto de conocimiento, sino que, por el contrario, el método de forma esencialmente necesaria tiene que regirse por el objeto como pieza ontológica del ser que se trata de investigar.

Al igual que el neokantismo, el finalismo parte de la teoría de la naturaleza de las cosas, según la cual, la aplicación del derecho no puede hacerse por una simple subsunción en una norma jurídica, puesto que el Derecho encierra unos principios reguladores de determinadas materias, los cuales respetan la naturaleza de las cosas, y es precisamente esto, lo que pone de manifiesto el finalismo, pues si el objeto de valoración de la norma es un

⁸⁶ Op. cit. p. 349.

⁸⁷ Ciertamente, para Welzel, toda teoría de los valores presupone una ontología adecuada. Por consiguiente, ha de separar el objeto de la valoración del objeto. Bajo ningún concepto puede -advierte Welzel- identificarse en ningún sentido el sustrato ontológico con el valor. El objeto ontológicamente determinado es solamente el portador del valor, pero no el valor mismo.

comportamiento atribuible a un sujeto, en cuanto ha sido objeto de la regulación por él mismo, ello incluye sólo la relación conducta-objeto, y no también la de sujeto-norma, la cual se dirige al sujeto mismo a fin de orientar su comportamiento, entendiendo por comportamiento humano o acción en sentido propio la causa del efecto mismo.

Así, dice Silva Sánchez, en el neokantismo el método determina la configuración del objeto. Para el finalismo, en cambio, todo esto no es más que una interpretación errónea del discurso Kantiano acerca de las categorías de la razón. En efecto, cuando éste se refiere a la razón como lo que prescribe las leyes a las cosas, no alude a la razón humana individual, sino a la razón pura (reiner Verstand) como unidad sintética de categorías, condiciones apriorísticas, lógicas, de la posibilidad del objeto de la experiencia, y, por ello, universales. Consiguientemente, tales categorías que ordenan la materia que se conoce, no las <<aporta>> el sujeto en el proceso del conocimiento, no son formas de su conocimiento (Denkbrillen), sino que de lo que se trata es de que él mismo las descubra en la realidad. La realidad, por tanto, ya tiene incorporada la dimensión del sentido: ésta es una dimensión ontológica, no epistemológica, del ser y no de su conocimiento. Por todo ello no sólo es posible, sino imprescindible, la separación entre el objeto y el sujeto que conoce. Este habrá de descubrir las estructuras permanentes del ser a través

del método fenomenológico. El método seguido, una vez sentadas las premisas ontológicas, será de naturaleza preferentemente deductivo- abstracta.

Luego, las estructuras lógico-objetivas, según Welzel, integran la naturaleza permanente de las cosas que vincula al legislador y a la ciencia del Derecho. La configuración de las estructuras lógico-objetivas como punto de partida de la dogmática, presupone, en la base filosófica general, la adopción por el finalismo de una actitud epistemológica radicalmente distinta a la que había sido característica del neokantismo

La reorientación operada por Welzel tiene un enorme alcance. Pues significa, en primer lugar, atribuir a las evoluciones, sentimientos e ideas, la posibilidad de alterar el curso de la naturaleza. En ese sentido, la concepción final de la acción no solo es mas causal que la heredada de los neokantianos sino que, a decir verdad es la única auténticamente causal. Pero, en segundo lugar, implica admitir que el curso de la naturaleza, unidimensional e inexplorable, puede, sin embargo, ser alterado. Esas dos consecuencias del finalismo de Welzel pueden admitirse desde otros planteamientos sistemáticos. Sin embargo, Welzel extrae una tercera, que nada tiene que ver ni con la atribución de eficacia real a los estados mentales ni con la negación del determinismo, sino que deriva de la semántica subjetivista que profesa. Pues, como vivimos en la primera parte, constituye el significado de las

acciones desde la intención subjetiva, esto es, desde la relación intencional del sujeto con el objeto. De ahí que derive de su modo de concebir la acción una nueva concepción del injusto⁸⁸.

El problema de la perspectiva neokantiana era que no enraizaba los significados en la acción, de modo que el tipo sobrevinía a la acción desde fuera, sin guardar con ella ninguna relación interna. Pero los tipos se hallaban configurados como expresiones del significado social de la conducta reelaborado por el derecho. Esa objetividad del significado se proyectaba sobre el concepto de injusto. Solo que, con los significados pertenecían a la configuración aparente del mundo, y no a la realidad auténtica -la realidad natural -, la lesión de bienes o intereses quedaba, al final reducida a la causación de un resultado externo. Sobre esta inviable reducción naturalista del injusto opera Welzel en una doble dirección. En primer lugar, analiza el problema de los valores. Los valores no son, para él, condiciones de validez del conocimiento en el ámbito de las ciencias culturales, como pretendían los neokantianos, pero tampoco son objetos irreales, como sostiene la axiología fenomenológica.

Dicho de otro modo, el finalismo se opone al subjetivismo neokantiano, pues mientras en este último los resultados dependían de las valoraciones del

⁸⁸ Cfr. Vives Antón, *Fundamentos del Sistema Penal*, cit. p. 425.

sujeto, el objetivismo del primero, funciona en base a las estructuras lógico objetivas.

Desde esta perspectiva, la acción no constituye sino el equivalente ontológico de la representación entendida como elemento gnoseológico o cognoscitivo. Los elementos subjetivos del tipo de injusto, en un principio excepcionales devienen regulares. El dolo es elemento finalista integrante de la conducta y presente siempre en la misma sin excepción, integrando un concepto genérico que se extiende igualmente a dos clases de tipos de delitos diversos: los tipos objetiva y subjetivamente configurados, es decir, con o sin elementos subjetivos específicos.

En esta tesitura, los valores se desprenden de sus lazos con la realidad social - con el mundo subjetivo - para unirse indisolublemente a la voluntad. Y la voluntad como tal no se halla lógicamente ligada a ninguna estructura objetiva: ésta vinculada, a lo sumo, a la coherencia. Esta concepción voluntarista del valor, que entronca con su modo de concebir la acción y, con ella el significado se halla en la base de su concepto de injusto personal. Pues los valores creados por la voluntad ordenadora no siempre recaen sobre un portador material un objeto de valoración que no resida en la voluntad misma, sino que tenga una realidad externa o, dicho de otro modo, en bien jurídico -.

Y, en cambio, la voluntad ordenada aparecerá, necesariamente, como el objeto primario de la valoración⁸⁹.

Por tanto, una conducta humana puede ser tomada como objeto determinado contenido de sentido final, o simplemente como acontecer causal; definiéndose el contenido de injusto que le es propio como disvalor de acción o como disvalor de resultado.

En definitiva, el finalismo sigue admitiendo la distinción neokantiana entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, las primeras pretenden el conocimiento de la realidad causal, en tanto que las segundas, estudian la realidad de las acciones humanas en su finalidad. Welzel traslada este planteamiento al derecho penal, de ahí, que la naturaleza final de las acciones del hombre y su libertad no pueden ser desconocidas al momento de conceptualizar los elementos que integran el delito. Si con una expresión se quisiera describir la metodología propia del finalismo en el derecho penal, dice Polaino Navarrete, cabría afirmar que la misma integra un sistema normativo que somete a valoración, con criterio teleológico determinadas manifestaciones del comportamiento humano, en las que se tienen en cuenta en un primer plano las actitudes subjetivas, los condicionamientos anímicos y los momento espirituales, a los que el derecho debe atender en la medida en que

⁸⁹ La concepción de la norma presupuesta por Welzel la entiende como ordenación de voluntades y remite a la doctrina del mandato desprovista, de su fundamento racional implícito.

traducen el desvalor de acto típico, para tratar de lograr soluciones más justas, por más adecuadas a la propia personalidad del comportamiento humano en sociedad⁹⁰.

5. EL MÉTODO FUNCIONAL O TELEOLOGICO

La corriente dogmática denominada funcionalista es el producto de la acentuación de los aspectos teleológico—valorativos, que, desde los años sesenta, aparece como una transición de la dogmática jurídico-penal, caracterizada por el predominio de corrientes de signo ecléctico. Tal eclecticismo produce sistemas que alcanzan diferentes grados de coherencia. En efecto, en algunos ejemplos de la dogmática dominante de la actualidad se suman sin demasiado orden consideraciones axiológicas de indudable influencia neokantiana, cuyo origen cabe atribuir a la crítica contra la dogmática deductivo—abstracta de los años sesenta, algunas referencias ontológicas y postulados de política criminal. La ciencia del Derecho Penal contemporánea, postula precisamente la mezcla entre el método ontológico y el teleológico, distinguiéndose las diversas escuelas a su vez, por el grado de normativización de los conceptos jurídico- penales.

⁹⁰ Op. cit. p. 356.

El funcionalismo retomó la orientación político criminal que desde principios del siglo XX, desarrolló Von Liszt, quien apuntó el interés en entender el contenido de la ley penal a partir de sus fines⁹¹.

Malo Camacho dice que esto significó también la necesidad de entender el contenido de la propia ley penal en relación con la realidad social, es decir, de entender que el derecho tiene un contenido social y que es esa realidad social la que tiene que ser no sólo regulada, sino eficazmente entendida y atendida por el derecho, para la consecución de sus fines de seguridad jurídica para la convivencia, sobre la base de la protección a los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad⁹².

De ahí, que le asista razón a Silva Sánchez cuando sostiene que el método funcionalista no es algo nuevo⁹³. Por el contrario, la moderna doctrina teleológica—funcionalista enlaza con la tradición metodológica del neokantismo y con quienes, a lo largo de los decenios de predominio intelectual del finalismo, mantuvieron consideraciones teleológico- valorativas

⁹¹ Cfr. Malo Camacho, *Derecho Penal Mexicano*, cit. p. 140.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Ya en 1955 señalaba GALLAS, que en contra de ciertas tendencias de la teoría final de la acción en su versión más reciente, (...) la peculiar pretensión de la actual situación de la dogmática reside en el hallazgo de una síntesis entre los nuevos impulsos que debemos al finalismo, y ciertas irrenunciables conclusiones del anterior lapso de desarrollo de nuestra ciencia, determinado por un pensamiento valorativo y teleológico. Tal metodología sintética adopta en cada autor una configuración en parte diferente. Así, en unos casos se pone de manifiesto, en efecto, la confluencia de las consideraciones ontológicas y normativas; pero en otros la <<síntesis>> integra elementos sistemáticos y elementos tópicos; en otros, referencias a una estrecha vinculación ejercida por el Derecho positivo y alusiones al ámbito teleológico, finalmente, en no pocos casos se mezclan todas estas perspectivas, si bien haciendo inflexión en aspectos diferentes, según los diversos autores. Así, la trascendencia del Derecho positivo es realizada por algunos autores, que le atribuyen una

como elemento integrante del método dogmático⁹⁴.

Al margen de lo anterior, debe ponerse de manifiesto que la postura metodológica de mérito, deriva de la perspectiva filosófica del funcionalismo sociológico⁹⁵; me explico, la base normativa es entendida por el funcionalismo sociológico a partir del resultado comparativo entre las entidades culturales y las estructuras orgánicas de un ser vivo, por ello, la idea de función hace referencia tanto al papel que desempeña un determinado elemento respecto de la estructura global cuanto al que cumple en el sentido de esa adaptación al medio exterior. Del funcionalismo en comento se derivan a su vez dos líneas de investigación, la primera se denomina funcionalismo estructural, el cual considera al sistema como una estructura rígida, como un conjunto organizado de pautas normativas orientadas a valores que tienden a estabilizarse, esto es, a lograr un equilibrio con el medio. Así, el sistema social se constituye sobre un conjunto de valores básicos, que conforman la convivencia, y de los que dimanar pautas que pueden cambiar, pero que se hallan dirigidas a asegurar la

significación mayor que la de expresar el marco---obligado por razón del principio de legalidad---que limita toda construcción dogmática. Silva Sánchez, Op. cit. p. 64.

⁹⁴ SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, editorial Bosch, Barcelona 1992, p. 67.

⁹⁵ La Sociología es otra de las disciplinas a las que, en los últimos años, se ha aproximado la Ciencia Pena. Las tesis funcionalistas americanas han ido penetrando en la doctrina alemana, gracias a la Teoría del Sistema de Luhmann primero, y a las aportaciones de Hassemer, Amelung, Callies y Jakobs, después. Característica común a todas estas orientaciones es el planteamiento de la Ciencia del Derecho como una Ciencia Social. El Derecho, se dice, no es más que forma y reflejo de una estructura social, por lo que la ciencia del derecho no ha de ocuparse del mundo formal de las normas, ni del ámbito espiritual-cultural de los valores (pretensión del positivismo formalista y de los neokantianos, respectivamente), sino de los sistemas sociales. Como afirma Amelung, sólo la observación de las concretas necesidades de funcionamiento de los sistemas sociales

supervivencia de los valores básicos, valores que, al introyectarse por los individuos, configuran la personalidad de éstos, lo que resulta tan social como el sistema mismo, de modo que la racionalidad fundamental aquí, es la racionalidad teleológica.

La segunda línea de investigación, es la que aborda el denominado funcionalismo sistémico, en el que la metáfora biológica se formula de modo post-darwinista, dado que la estructura deja de ser estable. La adaptación al entorno pasa a ser el punto de partida, el reconocimiento de la evolución de la sociedad conduce a concluir que los individuos dejan de ser los constituyentes simples del sistema, ahora lo importante son los procesos de comunicación, cambiantes por naturaleza.

En esta tesitura, el aseguramiento de expectativas por medio de normas, si bien puede ser descrito como definición de valores, no es más que un proceso de estabilización que puede fracasar, por ello, el sistema jurídico debe dar respuesta a ese fracaso.

Estas ideas fueron trasladadas al Derecho Penal, según se desprende del criterio teleológico- funcionalista aplicado a la dogmática penal, que trata de conformar un sistema abierto, analizando además cuáles son los valores de referencia de cada categoría, qué finalidades inciden en la atribución de

permite decidir que acciones han de someterse al derecho penal. Cfr. García Pablos, Derecho Penal, Introducción, cit. pp. 397-398.

contenido a cada concepto, qué valores resuelven las colisiones de fines, etc. Todo ello con la pretensión de sentar las bases calculables de la posibilidad de una modificación del contenido real de cada categoría, en función de cambios valorativos o de variaciones en la relación existente entre los fines del Derecho penal y del sistema de la teoría del delito.

No obstante lo anterior, hay que precisar, como lo hace correctamente Vives Antón, que en la dogmática penal también hay dos tipos de funcionalismo, el teleológico o moderado que se identifica con el funcionalismo estructural, y el estratégico o radical que toma como punto de partida el funcionalismo sistémico.

Representantes del funcionalismo teleológico o moderado son, por una parte, CLAUS ROXIN, quien plasmó su postura en la obra Derecho Penal y Política Criminal (Kriminalpolitik und Strafrechtssystem), cuya primera edición alemana data de 1970, y por otra, BERND SCHUNEMANN, quien compiló y publicó en 1984, la obra colectiva de nominada el Moderno Derecho Penal (Grundfragen des modernen Strafrechtssystems). En cuanto al funcionalismo estratégico o radical, destaca el tratado de Derecho Penal de GÜNTER JAKOBS.

Ahora bien, ambas posturas coinciden en contemplar la función de la norma y de ahí, parten para la conceptualización de las categorías de la teoría

del delito (acción, tipo, antijuridicidad y culpabilidad), dicho de otro modo, fundan el sistema penal sobre la categoría del fin, es decir, a través de los fines, inciden las acciones humanas en el mundo natural y social. Y el modo en que la norma penal opera como medio de control de esos fines es la pena. Como señala Vive Antón, la pena, desde la conminación abstracta hasta la imposición o cumplimiento, incide empíricamente sobre el sistema social. A la pena se atribuye el peso de la función efectiva que la norma penal cumple, por ende, para los autores que se inclinan por el funcionalismo penal, trabajan fundamentalmente en transformar el contenido de las categorías del delito desde la perspectiva de la pena.

En cuanto a las diferencias de las dos corrientes funcionalistas de mérito, sólo se mencionarán algunas de ellas por no ser objeto de la presente investigación, para tal efecto, resulta necesario, en principio, hacer referencia a Silva Sánchez, quien a este respecto señala:

El funcionalismo moderado y el radical, se distinguen fundamentalmente en el punto de partida de la normativación del sistema y sus categorías, así como en el grado de absolutización del factor metodológico funcionalista. En lo que se refiere al primer aspecto, hay que apuntar que en la base del planteamiento de la tesis moderada (cuyo representante por excelencia es ROXIN, a quien se han adherido en este punto la mayoría de sus discípulos) está la necesidad de mejorar la contraposición tradicional entre lo dogmáticamente correcto y lo político- criminalmente satisfactorio. En efecto, la dogmática tradicional, singularmente la

finalista, se había caracterizado por obtener las diversas teorías en virtud de operaciones lógico – abstractas y prescindiendo en general de sus repercusiones sobre la realidad de la aplicación del Derecho penal. Ello era, desde luego, propio del método deductivo a partir de los axiomas proporcionados por las estructuras lógico-objetivas, que caracterizaba a esta corriente. Sin embargo, provocaba una radical separación entre las elucubraciones dogmáticas y las necesidades reales – y variables- de la aplicación del Derecho penal en la sociedad. Por ello se entiende- así lo pone de manifiesto ROXIN—que es preciso superar las barreras existentes entre el Derecho penal y la Política Criminal; la forma de superarlas no es otra que la orientación del sistema del Derecho penal a las variaciones de la Política Criminal, esto es, en otras palabras, al complejo de fines de Derecho Penal en general y de cada uno de los niveles del sistema en particular. Tal orientación, sin embargo, obliga a una amplia normativización de los conceptos, algo que se ve propiciado por la constatación de que el grado << de vinculación ontológica>> de los mismos es sustancialmente menor que lo que se entendía por los autores finalistas. La normativización de los conceptos es efectivamente precisa, pues sólo ella proporciona la flexibilidad necesaria para posibilitar variaciones de contenido en los conceptos en función de cambios valorativos o del equilibrio de fines. En todo caso, debe quedar claro, en sus orígenes, la preocupación de ROXIN es <<práctica>> y se halla muy relacionada con la crítica al sistema desde la perspectiva de la Tópica. Su propuesta es, pues, un intento de salvar el sistema haciendolo , a la vez, apto para la resolución de problemas. La solución frente al sistema cerrado, por un lado, y el pensamiento tópico, por otro, se llama <<sistema abierto>> de orientación teleológica.

Por su parte, JAKOBS trata de ofrecer una sistematización del Derecho Penal que resulte plenamente <<explicativa>> del mismo, lo cual no sucede con el método ontológico de construcción de los conceptos. Ante el supuesto <<agotamiento>> de tal método de

vinculación del legislador y la ciencia a estructuras lógico-objetivas, se propone una <<refundamentación>> normativa de la teoría jurídica del delito y del método dogmático en general. En este sentido, señala JAKOBS que asistimos al declive de la dogmática de base ontológico y que << no sólo los conceptos de culpabilidad y de acción (y muchos otros en un nivel inferior de abstracción), a los que la dogmática jurídico penal ha atribuido de modo continuado una esencia o- más vagamente- una estructura (lógico – objetiva, prejurídica), se convierten en conceptos acerca de los que no pueden decirse nada sin atender a la misión del Derecho Penal, sino que el propio concepto del sujeto a quien se imputa se muestra como un concepto funcional. Con ello no se pretende afirmar que, mediante la apelación a la función del Derecho penal se haya encontrado un punto con cuya ayuda se puedan fijar proposiciones dogmáticas de una vez por todas. Por el contrario, toda proposición de la dogmática penal padece las mismas inseguridades que sufre la consecución de un acuerdo sobre la función del Derecho penal >>⁹⁶.

En efecto, para Roxin los fines de la pena determinan el concepto de bien jurídico y el propio concepto de acción, respecto al primero afirma Roxin que el fin del derecho penal es la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, los cuales son conceptualizados por él como lo útil para el desarrollo del individuo o para el sistema mismo. Ello conduce a Roxin a distinguir entre tipo sistemático, tipo de garantía y tipo de error, en el primero, incluye tanto el dolo como las causas de justificación y excluye de la imputación típica aquellas realizaciones puramente objetivas de tipo que sean consecuencia de un riesgo permitido y no resulten desaprobadas desde la perspectiva del fin de

⁹⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, editorial Bosch,

la norma.

La antijuridicidad, ya no es considerada por Roxin como el ámbito de solución de los conflictos sociales, sino que precisa ser entendida desde los fines de la pena.

Finalmente en el ámbito de la culpabilidad, es superado el concepto material, tantas veces discutido, del poder actuar de otro modo, ya que lo decisivo es que el legislador establezca criterios inspirados en la política criminal, que determinen bajo qué circunstancias se puede considerar responsable al autor de un delito, dicho de otro modo, cuando es estrictamente necesaria la aplicación de la pena para los fines del derecho penal.

En cambio, Jakobs aborda desde otro ángulo al derecho penal, pues parte de la premisa de que la pena restablece la validez del derecho, cargando sobre el infractor el coste de su rechazo de la vigencia de la norma, dado que la integración (interpretación) en nuestros sistemas sociales complejos, se produce merced a la institucionalización de expectativas, cuando esa institucionalización se estabiliza normativamente la pena, como equivalente funcional del consenso, restablece la validez de la norma, tanto para la sociedad como para el infractor.

En este orden de ideas, el delito en el plano social aparece como algo

dañoso, la lesividad social consistente en la negación de la validez de la norma es jurídicamente relevante, pero esa negación no siempre tiene lugar a través de la lesión de bienes jurídicos.

Así, el plano de la antijuridicidad queda resuelto en el marco de la función de estabilización no cognitiva de expectativas que el subsistema jurídico desempeña dentro del sistema social.

Luego, si el injusto consiste en la ausencia de la motivación requerida para el cumplimiento de las expectativas normativamente garantizadas, lo que ha de comprobarse en el juicio de culpabilidad es si la acción del autor expresa una falta de fidelidad al Derecho, o si, por el contrario, el autor se ha distanciado de la antijuridicidad de su acción. Consiguientemente, la culpabilidad para Jakobs, es un concepto que ha de construirse funcionalmente, esto es, sobre la base de las exigencias que, para la construcción de una determinada sociedad, comporta la regulación del obrar conforme a las necesidades de los fines de la pena.

Lo anterior, pone de relieve que las diferencias entre ambas posturas doctrinales no son, en primera línea, metodológicas. En este plano, ciertamente, existe una divergencia que radica en la absolutización por JAKOBS del criterio funcional y el consiguiente rechazo de toda limitación al referido principio funcional de atribución que pueda provenir de la esfera

ontológica o incluso del sentido ordinario del lenguaje; algo que, como se ha visto, no sucede en la otra corriente, para la cual poseen todavía una cierta relevancia consideraciones de tal naturaleza. Por su parte, ROXIN procede a orientar el sistema del Derecho penal a las finalidades de Política Criminal, que son varias y diversas entre sí, mientras que en este punto JAKOBS procede a una absolutización, pues el sistema dogmático según JAKOBS, se orienta exclusivamente a la idea de prevención-integración.

La moderna dogmática del signo teleológico-funcionalista ha recibido críticas en cuanto a sus perspectivas metodológicas, que se han producido en tres direcciones fundamentales: así, por un lado, se le ha reprochado el conformar un modelo opuesto a las pretensiones científicas y supranacionales de la dogmática. En efecto, se estima que, en comparación con la dogmática tradicional, muestra una menor científicidad al ser fuente de mayores inseguridades y propiciar la arbitrariedad, apareciendo además mucho más vinculado a la configuración de un determinado Derecho nacional. Por otro lado, se ha pretendido que la reconstrucción normativa de las categorías que este modelo dogmático propicia, una creciente confusión entre las mismas, acabando por llevar a la dogmática al estadio previo al naturalismo, esto es, a las viejas teorías de la imputación. Finalmente, se ha señalado que las teorías funcionalistas se prestan a ser utilizadas (instrumentalizadas) en sentido

autoritario y contrario a las garantías del Estado de Derecho⁹⁷.

En conclusión, la discusión, ya sea crítica⁹⁸ o propositiva, en torno a las teorías funcionalistas, constituyen, hoy día, el material científico del moderno derecho penal.

⁹⁷ Ibidem, p. 71.

⁹⁸ Silva Sánchez dice que debe reconocerse que la dificultad fundamental de la puesta en práctica de una metodológica teleológico – funcionalista- y que, además, es la que de hecho genera las críticas transcritas, radica en que la misma obliga a centrar la labor científica en los fines y valores de referencia de cada una de las categorías del sistema en su conjunto, así como en la fijación de los hilos argumentales que unen esos valores con la obtención de consecuencias concretas en niveles inferiores de abstracción. En otras palabras, en que la discusión de la dogmática se desplaza de sus tradicionales ámbitos de supuesta neutralidad al ámbito siempre cuestionable, variable en función de circunstancias culturales o sociales en general, de los valores y las finalidades políticos-criminales. Ello, naturalmente, produce a priori una impresión de mayor arbitrariedad y confusión categorial, a la vez que genera suspicacias de manipulación política. Sin embargo, según entiendo, ellos debido a que con el método mencionado nos encontramos muy cerca de hallar el verdadero estatus de la dogmática, tanto tiempo difuminado entre pretensiones de una desmedida científicidad o neutralidad que no estaba en condiciones de ofrecer. En todo caso, debe quedar claro, a propósito de la clasificación de utilitaristas que se dirige con frecuencia a estas doctrinas, que una cosa es la concepción funcional o teleológica de la dogmática y otra no necesariamente coincidente con la anterior en un mismo cuerpo doctrinal, la fundamentación utilitarista del derecho penal. Así, como se ha dicho, son construcciones dogmáticas teleológico-funcionalistas tanto la de la Escuela de ROXIN como la de JAKOBS y, sin embargo la entrada en el planteamiento del primero de principio y valores político criminales también garantísticos determina que el producto se diferente del de JAKOBS, en quien son decisivos los criterios de funcionalidad sistémica. Cabe, pues, una orientación teleológica de las categorías del sistema unida a una concepción en absoluto utilitarista (o no sólo utilitarista) de la legitimación del ius puniendi y, a la inversa, cabe fundamentar de modo utilitarista al Derecho penal y concebir al sistema en términos categoriales o clasificatorios, y, por tanto, completamente independientes de tal fundamentación. Como característica bastante generalizada de la tesis teleológico—funcionalistas en la dogmática puede mencionarse el intento de construcción de un sistema abierto, apto para una permanente remodelación en función de las consecuencias políticos - criminales y de la evolución de los conocimientos. Su finalidad última ha de ser la de proporcionar un modelo más explicativo de lo que en realidad hacen los juristas intuitivamente, racionalizándolo y posibilitando así la doble finalidad de la dogmática: una aplicación segura y fiable del Derecho y una reducción de la intervención penal y de su intensidad a los límites estrictamente necesarios. Idem.

TERCERA PARTE: CIENCIAS PENALES

Las ciencias que se encargan de estudiar el fenómeno criminal conforman en su sentido más amplio a la Ciencia del Derecho Penal; dentro de las más importantes podemos destacar tres, la DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL, la CRIMINOLOGÍA y la POLÍTICA CRIMINAL, éstas tienen como fin último el estudio, prevención y porque no decirlo, erradicación de la criminalidad, no obstante ello, son distintas, y esto obedece a que en cada una de ellas, el objeto de estudio y el método que se aplica en la investigación son diferentes. Particularmente, la dogmática jurídico penal aísla los principios jurídicos implícitos en el Derecho positivo vigente, expone los diversos preceptos de las leyes penales como componentes o consecuencias de estos principios, y permite así entender el orden jurídico o sus partes como una estructura de sentido de carácter concreto con una determinada pretensión de verdad¹, para la resolución de problemas.

La elaboración de conceptos, interpretación y sistematización de los mismos, ha sido determinada por el pensamiento filosófico predominante en cada época. Esto ha tenido consecuencias trascendentales en la práctica, ya que el tratamiento de un mismo asunto puede variar de resultado dependiendo

del método utilizado. Cuanto menos desarrollada está una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de los factores incontrolables la condena o la absolución². En palabras de MUÑOZ CONDE, la dogmática jurídico-penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general en un Estado de Derecho: la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encause dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites. La Dogmática jurídico-penal se presenta así como una consecuencia del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal e igualmente como una conquista irreversible del pensamiento democrático³.

Consideramos que no debe aplicarse el Derecho Penal por aquellos que no saben cómo surge, cuál es la ciencia que lo estudia y para qué sirve, pues quien carece de una sólida formación doctrinal, no está en condiciones de aportar soluciones mínimamente plausibles a los problemas de la aplicación diaria del Derecho, de ser así, apunta Silvia Sánchez, lo más probable es que

¹ SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, editorial Bosch, Barcelona 1992, p. 92.

² Citado Enrique Gimbernat Ordeig por Silva Sánchez, en *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Op. Cit. P. 44. Quien al referir que si hay algo sobre lo que no parece existir discusión alguna, esto es que la elaboración categorial y la integración de los diversos conceptos jurídico-penales en un sistema, características de los estudios dogmáticos, proporcionan – sea cuál sea el método o la concepción dogmática de la que se parta – una seguridad jurídica de otro modo inexistente; agrega el pensamiento de Gimbernat que es señalado por Welzel también en *Zur Dogmatik im Strafrecht*, "La dogmática jurídico penal, hace posible por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho Penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación..."

alejado de los modelos de razonamiento que garantizan la igualdad de interpretación del derecho penal, sucumba al intuicionismo y a las tentaciones de un sentimiento jurídico fuertemente subjetivizado⁴, hipótesis ésta última, que se advierte en la práctica del Derecho Penal Mexicano, al momento de comparar dos resoluciones jurisdiccionales que versan respecto al mismo concepto; me explico, la dogmática jurídico penal tiene por objeto el establecimiento de una serie de conceptos, previamente sistematizados, que son aceptados por la doctrina mayoritaria, y aplicados uniformemente por los jueces penales, en palabras de Roxin, la dogmática jurídicopenal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho Penal, sin embargo, se afirma que actualmente la interpretación del Derecho Penal en nuestro país, es la más arbitraria que se haya presentado en los últimos años; pues como sostiene Enrique Gimbernat, la Dogmática jurídico-penal, es una ciencia neutra, lo mismo interpreta leyes progresivas que reaccionarias, de ahí que pueda convertirse en algo sumamente peligroso, si el penalista está dispuesto a interpretar, por así decir, todo lo que le echen⁵. En virtud de lo anterior, fundamental resulta el análisis

³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, editorial Tirant lo Blanch, Barcelona, 1975, p. 136.

⁴ Silvia Sánchez, Jesús María, Casos de la Jurisprudencia Penal con comentarios Doctrinales, Parte General, Bosch Editor 1996, pag-27.

⁵ Citado por MUÑOZ CONDE, op. cit., p.203.

de las ciencias penales para estar en posibilidad de señalar, a partir de su conceptualización, las deficiencias del sistema penal mexicano y proponer, consecuentemente, una solución a corto plazo.

I. DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL

1. Concepto.

Para el tratadista español Francisco Muñoz Conde, la Dogmática Jurídico Penal es la actividad consistente en el conocimiento del Derecho, como un objeto más de esa realidad global que representa el mundo del delito, su lucha y su prevención. Se denomina Dogmática porque parte de las normas jurídicas positivas consideradas como un dogma, es decir, como una declaración de voluntad con pretensión de validez general, para solucionar problemas sociales.⁶ En este sentido, Santiago Mir Puig⁷, dice que la Ciencia del Derecho penal o Dogmática jurídico-penal, es la ciencia que estudia el contenido interno del Derecho penal, específicamente el contenido normativo.

Desde otro ángulo, el penalista alemán Claus Roxin sostiene, como ya se puso de manifiesto, que la dogmática jurídico-penal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del

⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte General*, Ed. tirant lo blanch, 2ª edición, Valencia, 1996, pp. 200 y 201.

Derecho penal.⁸

Enrique Gimbernat Ordeig, considera que la dogmática jurídico-penal es una ciencia neutra, lo mismo interpreta leyes progresivas que reaccionarias, lo que hasta cierto punto constituye un peligro, pero este peligro, dice el citado autor, puede ser aminorado si, por ejemplo, se mantiene siempre una actitud crítica frente a las normas penales, y se considera el saber dogmático como un saber parcial que tiene que ser completado con otro tipo de saberes, y no como un saber absoluto que se justifica por sí mismo. Sólo así puede cumplir la Dogmática jurídico penal también una función de control del poder punitivo estatal⁹.

Por su parte, Cerezo Mir opina que la dogmática del derecho penal tiene la tarea de conocer el sentido de los preceptos jurídico penales y desenvolver su contenido de modo sistemático. Puede decirse que la tarea de la dogmática del derecho penal es la interpretación del derecho positivo, si el término interpretación es utilizado en su acepción mas amplia, que incluye la elaboración del sistema. El término dogmática se deriva de la palabra dogma

⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*, 5ª Edición, Barcelona, 1998, p.15.

⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del delito, 1ª edición en castellano, traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 192. "Dogma" –nos dice Roxin- es un vocablo griego que significa algo así como "opinión", "disposición", "proposición doctrinal". La dogmática es la ciencia de los dogmas.

⁹ Citado por MUÑOZ CONDE, op. cit., p.203.

porque para el intérprete los preceptos del derecho positivo son como un dogma al que tiene que atenerse necesariamente¹⁰.

A nuestro modo ver, el término dogmática no es el más apropiado, pues según el diccionario de la real academia española, dogma es la proposición que se asienta por firme y cierta y como principio innegable de la ciencia, así también, el dogma es la verdad revelada por Dios, y declarada y propuesta por la Iglesia para nuestra creencia, y finalmente, dogma es el fundamento o puntos capitales de todo sistema, ciencia, doctrina y religión, empero, ninguna de estas tres acepciones se acerca a lo que en realidad hacen quienes se dedican a la investigación científica del Derecho Penal; me explico, las construcciones teóricas que se han formulado en los últimos tres siglos, no son más que una serie de instrumentos conceptuales para la interpretación del derecho penal positivo. Por tanto, no pueden ser dichos conceptos tomados como principios innegables, pues no olvidemos que las características de las ciencias exactas no se comparten con las ciencias sociales, gracias a la distinción entre ciencias naturales y ciencias del espíritu señalada en el neokantismo; no hay problema hoy para otorgar al estudio del ámbito normativo el carácter de auténtica ciencia, claro con sus propias características científicas, de ahí, que éstas no puedan establecer leyes universales como, por

¹⁰ CEREZO MIR, José, Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Introducción, Quinta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, p.62.

ejemplo, la ley de la gravedad; por el contrario, la propia evolución de la teoría del delito, permite deducir que los conceptos que se tomaron como ciertos en un lugar y tiempo determinados, ahora no lo son, luego entonces, creemos que es más apropiado hablar de ciencia del derecho penal (en sentido estricto), ya que la función de ésta es precisamente establecer un marco conceptual que permita interpretar de manera uniforme la norma penal en un sistema. Es precisamente la elaboración de un sistema lo que eleva a nuestra disciplina al rango de ciencia, pues el objetivo fundamental es conseguir la perfección sistemática para tener una mayor facilidad de conocer las leyes y poder así aplicarlas correctamente. Además, es importante señalar que el sistema en comento, no debe ser cerrado, es decir, que los conceptos que lo conformen sean ajenos a la realidad social, por el contrario, la construcción del concepto y consecuentemente su interpretación, deben estar encaminados a los fines de la pena, esto es, a la misión del derecho penal.

2. Función

La función de la Dogmática jurídico-penal, según Muñoz Conde es tratar de averiguar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias, de delimitar los hechos punibles de los impunes, de conocer, en definitiva, qué es lo que la voluntad general expresada en la ley quiere

castigar y cómo quiere hacerlo.¹¹ La dogmática jurídico penal, continúa diciendo el citado autor, cumple una de la más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general en un Estado de Derecho: la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encause dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites¹². Por su parte, Gimbernat Ordeig, afirma que la dogmática nos debe enseñar lo que es debido en base al derecho, debe averiguar qué es lo que dice el derecho. En esta tesitura, la dogmática jurídico penal averigua el contenido del derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, concluye Gimbernat, una aplicación segura y calculable del Derecho Penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena y la absolución¹³.

Al respecto, Claus Roxin agrega que la dogmática jurídico-penal no se

¹¹ MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 201.

¹² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1976, p. 136.

¹³ GIMBERNAT, Ordeig, ¿Tiene un Futuro la Dogmática Jurídicopenal?, en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed. Madrid, 1990, p. 158.

conforma con exponer conjuntamente y tratar sucesivamente sus proposiciones doctrinales, sino que intenta estructurar la totalidad de los conocimientos que componen la teoría del delito en un “todo ordenado” y de ese modo hacer visible simultáneamente la conexión interna de los dogmas concretos.

De acuerdo con este esquema, se pueden diferenciar los distintos momentos en que se desenvuelve la Dogmática jurídica-penal en una triple dimensión que constituyen estelares de toda actividad jurídica: la interpretación, la sistematización y la crítica del Derecho penal positivo.

Como puso de relieve el positivismo jurídico, mediante la *interpretación* de la leyes se deducen los elementos comunes, que permiten construir las instituciones y vincularlas a través de un sistema. Este, una vez elaborado, posibilitaría una solución fácil y segura mediante su aplicación a los casos concretos que se presenten al juzgador. El planteamiento tradicional configura la interpretación como la subsunción de un determinado hecho en un determinado precepto jurídico.

La Dogmática jurídica está inseparablemente vinculada a la idea de *sistema*. Por tanto, es preciso crear un sistema abierto a las necesidades y fines sociales, un sistema que sea susceptible de modificarse cuando se presenten nuevos problemas que no pueden ser resueltos con los esquemas tradicionales.

La última fase de la Dogmática es la de la crítica permanente y constante que debe caracterizar la actividad de los estudiosos del Derecho penal positivo. En este mismo sentido, algunos autores consideran que la Dogmática del Derecho penal tiene la tarea de conocer el sentido de los preceptos jurídicos-penales positivos y desarrollar su contenido de modo sistemático.¹⁴ Puede decirse entonces que la tarea de la Dogmática del Derecho penal es la interpretación del Derecho penal positivo, si el término interpretación es utilizado en su acepción más amplia que incluya la elaboración del sistema.

En esta misma línea de pensamiento, se encuentra Mir Puig¹⁵, quien asiente que la Dogmática cumple con una función de elaboración del Derecho, al proceder a la creación de instituciones jurídicas y a la elaboración de conceptos en el marco máximo establecido por la ley. Así, por ejemplo, mediante criterios dogmáticos se determina la diferencia entre el comportamiento culposo y el doloso, o se establecen los límites de la imprudencia, o se determina en qué casos existe una posición de garante de la que emana una obligación de actuar y en cuáles no, etc.

El planteamiento tradicional de la Dogmática entendía que la última tarea del penalista se concreta en determinar si ese derecho positivo cuyo

¹⁴ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et al. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Praxis, Barcelona, 1996, p.82.

conocimiento ya posee, es como debiera ser o si, por el contrario, precisa ser sustituido por un derecho diverso. Esta labor se realizaba en función de valoraciones meramente jurídicas, en cuyo caso es *crítica jurídica*, o por valoraciones de orden político social, en cuyo caso realiza una tarea de Política criminal.

La relación existente entre la Dogmática y la Política criminal, la podemos explicar diciendo que a la Política criminal le corresponde indicar al Estado qué conductas debe tipificar como delictivas, establecer las excepciones de aplicación de pena (excusas absolutorias), precisamente por reconocer que las circunstancias que rodean al delito, en ciertos casos hacen innecesaria la ejecución de la pena, y, asimismo, indicar cómo deben preverse y cumplirse las sanciones penales para lograr su fin preventivo, general y especial. Mientras que la Dogmática penal actúa como defensora de las libertades individuales, marcando el límite máximo de la actuación del Estado. La Política criminal en cuanto 'política' indica cómo debe actuar el Estado para hacer frente a la criminalidad, y es por tanto eminentemente utilitarista.

En otras palabras, a la Dogmática penal le interesa la imputación a un individuo de un hecho delictuoso, a efectos de hacerlo responsable conforme a un esquema o estructura de responsabilidad cuyos presupuestos establece la

¹⁵ Citado en BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et al., p.83.

ley penal positiva. A la Política criminal, los criterios a tener en cuenta en la creación del Derecho penal.

Dogmática y pensamiento sistemático serán entonces formas de la hermenéutica, o sea de la interpretación comprensiva de un texto previamente dado, mientras que la política criminal se preocupará de desarrollar e imponer nuevas concepciones de los fines jurídicos penales. En efecto, la aplicación del derecho es subsumible en el procedimiento de conclusión lógica de una ley ya determinada y sus detalles; más bien es la concreción del marco de la regulación legal, y en la elaboración creadora (desarrollo y sistematización), de las finalidades legislativas ella misma es política criminal revestida del manto de la dogmática. Por tanto, la misión interpretativa por la dogmática requiere ya una sistematización bajo aspectos teleológico-político-criminales. En consecuencia, el derecho como es y el derecho como debería ser no son aspectos interpuestos en la medida en que lo que hay que laborar interpretativamente como derecho vigente supone el resultado de la ulterior reflexión de que efectuar sobre las concepciones y finalidades del legislador, sin embargo, eso no significa que la política criminal dogmática y la legislativa tengan las mismas competencias; dicha hipótesis equipararía al juez con el legislador e infringiría el principio de división de poderes y de

legalidad. Por lo contrario la dogmática tiene que ejercer política criminal en el marco de la ley, es decir dentro de los límites de la interpretación.

De la vinculación de la dogmática a las finalidades político criminales del legislador se deriva, por ejemplo, que en el desarrollo de los principios ordenadores que en las colisiones de intereses deciden sobre la utilidad o nocividad social y, con ello, sobre la antijuridicidad de una conducta, lo decisivo son los principios deducibles del ordenamiento jurídico, y no las concepciones valorativas personales del interprete. De igual forma, suceden en la categoría de la responsabilidad, si se interpreta y sistematiza según los puntos de vista político criminales de la teoría de los fines de la pena, que no dependen de las opiniones que tenga el científico o el juez sobre los fines de la pena, sino que hay que tomar como base los objetivos que se pueden extraer de las causas de exculpación expresamente descritas en la ley y de los aspectos jurídico constitucionales que en su caso las informa.

Desde otro ángulo, HASSEMER afirma que la relación entre la Política Criminal y Dogmática jurídico-penal consiste, tradicionalmente en asignar a la primera la función de expresar los fines del sistema penal y los límites de la intervención punitiva, y a la segunda, la de realizar esos fines y fijar las características concretas de los comportamientos incriminados. Las distinciones, si bien son correctas, no son 'indiscutibles' como manifiesta el

mismo HASSEMER; así, por ejemplo, la idea de búsqueda y 'señalamiento' de 'fines' no es exclusiva de la Política Criminal y, por tanto, no es suficiente para establecer distinciones; tampoco es muy sólido el argumento de que la diferencia interior entre la Política Criminal y la Dogmática jurídica-penal sea que la primera fija el 'límite' y la segunda el 'contenido' de la punición. HASSEMER entiende que la Política Criminal propone y desarrolla instrumentos formalizados para el tratamiento y solución de los conflictos sociales, originados por comportamientos anormales, y dispone la estrategia adecuada para ello. Lo que falta saber es si el 'sistema' dogmático puede construirse prescindiendo de la Política Criminal o si, por el contrario, los postulados y la 'estrategia penal' de ésta intervienen en la edificación material del sistema jurídico-penal.

En este contexto, como dice Roxin, se puede llegar a la tesis de que el pensamiento dogmático penal y el político-criminal están estrictamente separados si se considera como objeto de la dogmática jurídico-penal el Derecho vigente (el Derecho tal como es), y en cambio como objeto de la política criminal la configuración deseable del Derecho (el Derecho como debería ser).¹⁶

¹⁶ Op cit. p. 224.

En conclusión, parafraseando Zaffaroni, en tanto que la dogmática sea un método puesto al servicio del positivismo jurídico, seguirá el destino de su amo. En tanto que el jurista dogmático olvide cuál es su función, renuncie al contenido teleológico (bien jurídico) que con el método se halla en la teoría del delito, su elaboración quedará retrotraída a la vieja *Begriffsjurisprudenz*, y contribuirá al desprestigio científico del derecho; su elaboración será *l' art pour l' art*, tendrán razón sus críticos. No obstante esto, no es problema del método mismo, sino resultado de su imperfecta aplicación. Método significa camino, vía hacia algo, y no es propiamente un método el que emplea el que ignora a dónde va. Sin una construcción dogmática, sería prácticamente imprevisible la aplicación del derecho penal, la aplicación aislada de preceptos posibilita cualquier solución, incluso la más absurda. Aclarada que sea la finalidad que persigue la dogmática, dice Zaffaroni, estos peligros quedan automáticamente neutralizados¹⁷.

¹⁷ Tratado del Derecho Penal, cit. p. 289.

II. LA POLITICA CRIMINAL.

1. Concepto.

A nuestro juicio, la Política Criminal no forma parte de la ciencia del derecho penal en sentido amplio, como se ha sostenido por algunos autores, empero, reconocemos que es una de las disciplinas que se encargan del estudio del fenómeno criminal en aras de su prevención y erradicación, aunque esta última finalidad parece ser utópica¹⁸. Por ello, debe señalarse que uno de los principales problemas de la Política Criminal es el de su conceptualización.

En efecto, José Cerezo Mir apunta que existe una gran confusión acerca del concepto de política criminal. Según algunos autores, refiere Cerezo, se trata de una ciencia independiente, que tendría por objeto la crítica y propuestas de reforma del derecho penal vigente. La crítica se realizaría en función de los datos de la criminología y de los ideales jurídico penales (fundamento y fines de la pena, principio de legalidad, principio de

¹⁸ Respecto a este punto, debe ponerse de manifiesto la tesis de CLAUS ROXIN, quien afirma que la Política Criminal ha de colocarse dentro del mismo sistema jurídico-penal (similarmente se ha pronunciado HASSEMER). Realmente, la dogmática tradicional ha permanecido largo tiempo vinculada a un deseo de perfección del sistema; tanto los finalistas como los causalistas se han preocupado, ante todo, de ser consecuentes con sus premisas metodológicas, y por desarrollar el Derecho olvidando que el rigor metodológico, como el Derecho mismo, no tiene 'valor absoluto' sino relativo y subordinado a los fines que le corresponde cumplir en sociedad. Sólo comprendiendo el Derecho penal en atención a sus fines y función, cabe construir un sistema adecuando a las necesidades que el aparato punitivo ha de cubrir. El 'furor sistemático', en vieja expresión de PETTOELLO MANTOVANI, no sólo es contrario al sentido social y

culpabilidad, humanización del derecho penal, etc.). Para otros autores la política criminal no es una ciencia independiente, sino que integraría, junto a la dogmática, la ciencia del derecho penal. Esta sería interpretación y crítica del derecho positivo. Algunos criminólogos pretenden por último, que la política criminal sea una parte de la criminología. De lo antes expuesto, Cerezo Mir se inclina por la conclusión de su maestro Antón Oneca, quien considera que la dogmática jurídico penal y política criminal se superponen y complementan siendo no disciplinas separadas, sino más bien aspectos de la ciencia del derecho penal¹⁹.

Por su parte, Zifp realiza una magnífica compilación cronológica de conceptos de política criminal, formulados por diversos autores, que a saber son:

Feurbach (en la obra de Feurbach-Mittermaier *lebrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14 ed., 1847, 40) concibe la Política criminal como la **sabiduría legislativa del Estado**. **Fran Von Liszt** (1905, t. L, 292), define la Política criminal como **conjunto sistemático de los principios fundados en la investigación científica de las causas del delito y de los efectos de la pena, según los cuales el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito por medio de la pena y de las instrucciones con ella relacionadas**. **Robert Von Hippel** (1925, 534) define la Política criminal como **consideración de la eficacia del derecho penal bajo el criterio de conveniencia**. Para **Peters** (1932, 12 y

político del derecho sino que, volviéndose contra sí mismo desposee al Derecho de su valor científico, a la vez que lo deshumaniza.

¹⁹ Op.cit. pp.77-78.

s), apoyándose en la celebre distinción de Sauer, repetida en la forma temática, entre Política Criminal y Política Criminal (cfr Peters l. C.), Política criminal es el conjunto de la actividad creadora estatal o municipal, o relacionada con el Estado o Municipio, dirigida a una configuración adecuada, con la finalidad de prevenir y reducir los delitos y sus efectos; Mezger (1942, 234), ve la Política criminal en sentido amplio como el conjunto de todas las medidas estatales para la prevención del delito y la lucha contra el delito.

La definición del concepto usual actualmente debe ser aclarada por algunas opiniones, tanto dogmáticos del Derecho penal como de criminólogos. Sax (JZ, 1957, 1) ve la Política criminal como el conjunto de las tendencias y disposiciones dirigidas a la adecuada aplicación del Derecho Penal. Shróder (en sesión del XLIII, DJT, 1960, E 3), entiende por Política criminal la suma de todos los medios de reacción de los tribunales penales, los métodos y principios con que el Estado se enfrenta con el delito. Según Jescheck (1972, 13), Política criminal se ocupa de la cuestión de cómo constituir del modo mas adecuado el Derecho penal, a fin de que pueda corresponder a su misión de proteger la sociedad. La Política criminal debe ocuparse de la remodelación de las normas jurídicopenales (en sentido amplio), y de la organización adecuada y perfeccionamiento del dispositivo estatal de persecución penal y de ejecución de la pena (GÖPPINGER, 1971, 16). Según Kaiser (1972, 31), pretende la exposición sistemáticamente ordenada de las estrategias y tácticas sociales para conseguir un control óptimo del delito.

De lo anterior, es fácil inferir, como lo hizo Zifp, que uno de los principales problemas del concepto de política criminal es la delimitación del objeto de conocimiento. Según el citado autor, dos límites son particularmente neurálgicos a tal respecto: el referente a la dogmática del Derecho penal y el que se refiere a la criminología; por ello, ambos deben distinguirse

detalladamente, empero, prescindiendo de estas delimitaciones, la Política criminal plantea ya, desde su misma denominación, el problema genérico de determinar la coordinación con el ámbito del Derecho o con el de la Política. Aquí debe hacerse resaltar claramente la palabra Política, mientras que la voz criminal designa el marco objetivo a que se refiere la política. Política criminal, según ello, es un sector objetivamente delimitado de la política jurídica general: es la política jurídica en el ámbito de la justicia criminal. En consecuencia, la política criminal se refiere al siguiente ámbito: determinación del cometido y función de la justicia criminal, consecución de un determinado modelo de regulación en este campo y decisión sobre el mismo (decisión fundamental políticocriminal), su configuración y realización practicadas en virtud de la función, y su constante revisión en orden de las posibilidades de mejorar (realización de la concepción políticocriminal en particular). En este marco se impone especialmente a la Política criminal la tarea de revisar y, en caso dado, acotar de nuevo la zona penal, así como medir la forma operativa de las sanciones según la misión de la justicia criminal.

La política es el arte, doctrina u opinión referente al gobierno de los estados²⁰, dicho de otro modo, trata del mando de la colectividad sobre la base de la posesión de poder. Con ello, la política designa una forma de actuación;

²⁰ Diccionario Larouse, París, 1969, p. 820.

esta actuación, dice Zifp, está referida al Estado. Conforme a ello, la política puede comprenderse como procedimiento de dirección y como realización de conceptos de ordenación. Así, la política criminal puede definirse brevemente, dice Zifp, como obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal.

De igual forma, Berdugo Gómez de la Torre²¹, advierte que el término de Política criminal ha sido empleado con multiplicidad de sentidos, razón por la cual dicho término se presta a confusiones. Usualmente, la Política criminal, según el referido autor, puede ser entendida como actividad del Estado o como actividad científica, que tiene por objeto precisamente el estudio de esa actividad del Estado:

a) Como actividad del Estado forma parte de la política general del mismo. A través de la Política criminal el Estado establece la orientación de todo el sistema penal, que comprende no sólo la definición de qué comportamientos considera delictivos, sino también cuál es la finalidad de la pena y cuáles con los medios que se han de emplear para poder alcanzarle. Mediante la actividad político-criminal se formaliza el control social a ejercer sobre los comportamientos desviados que se consideran delictivos. En este

²¹ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et al., p.85 y 86.

sentido amplio que comprende la política penal, habría que hablar de Política criminal.

b) Como actividad científica la Política criminal forma parte de la ciencia del Derecho penal, y tiene como objeto lo siguiente:

- Estudiar la determinación de los fines que pretenden ser alcanzados mediante la utilización del Derecho penal, así como de los principios a los que se debe estar sometido el Derecho positivo.

- Sistematizar, en función de los fines y principios preestablecidos, los medios de los que se dispone para el control del comportamiento desviado, entre ellos el Derecho penal, así como las líneas generales de su utilización.

- Examinar las distintas fases del sistema penal en función de los criterios marcados en los momentos anteriores. Respecto al derecho positivo, se concretará en la posible interpretación del mismo en función de dichos principios, o en la crítica en el caso de que tal interpretación no sea posible con la formulación de propuestas alternativas de regulación.²²

En este contexto, la Política Criminal, como disciplina que estudia las condiciones que hacen eficaz la actuación del derecho penal, en atención a los fines y funciones que a éste se le otorgan, tanto para el hombre como para la sociedad, propondrá y determinará reformas del sistema vigente por la vía de

²² Citado en BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et al., p. 86

la crítica de aquellas de sus instituciones que se consideren político-criminalmente inadecuadas o intolerables. Su ensamble con la Dogmática Penal no se traduce en actuaciones positivas 'inmediatas' sobre el sistema, sino que se reduce a operar, como criterio de la fase 'crítica', culminadora del proceso dogmático, pero apartada del ámbito del sistema positivo. La Política Criminal queda así como 'ciencia que mira al futuro' con permanente propósito de sugerir perfeccionamientos de las leyes penales, Así, por ejemplo, Givonovitch²³ entiende que la Política Criminal es una doctrina de 'lege ferenda' o 'deontológica', que busca lo que 'debe ser' a partir de la 'lex lata'. El mismo autor, considera inaceptable que la Política Criminal pueda ser vista como una ciencia autónoma, y ensaya, por su parte, una solución ecléctica que en realidad deja el problema sin resolver, perdido en un juego conceptual: la Política Criminal, para él, es una ciencia "normativa" dedicada a la investigación deontológica y, por otra parte, es un disciplina autónoma, por ser su objeto peculiar y diferente, pero constituye una 'subciencia' respecto al Derecho Penal; de tal modo que la Ciencia del derecho penal se compondrá de una ciencia de 'lege lata' más otra de 'lege ferenda', que será la Política Criminal.

²³ Citado por QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Curso de Derecho Penal, Parte General, Ed. Cedecs, Barcelona, 1997, p. 204.

En contraste a lo anterior, Pavón Vasconcelos refiere que en verdad, la Política Criminal no constituye propiamente una ciencia, sino una tendencia de doctrina, caracterizada en el empeño de propugnar por la modificación de las legislaciones vigentes, utilizando los resultados obtenidos por el estudio sociológico del delito y antropológico del delincuente. Tales disciplinas suministran material al derecho penal, para obtener nuevas metas. Se explica así su significación, en épocas anteriores, dentro de la corriente positivista²⁴.

A nuestro modo de ver, es más correcta la acepción de Muñoz Conde, quien define la Política Criminal como el conjunto de factores que ayudan al legislador a tomar una decisión sobre el merecimiento de pena de una conducta. Unos son factores normativos o de Justicia; y otros factores empíricos o de utilidad. Juntos constituyen la Política criminal, es decir, las pautas a tener en cuenta por el legislador. Ambos factores se interfieren mutuamente y son igualmente necesarios para establecer el concepto de merecimiento de pena.²⁵

²⁴ En opinión de Soler, autor citado por Pavón Vasconcelos, carece ya de sentido la expresión Política Criminal, y si debe subsistir como criterio orientador de la legislación penal y no como una tendencia de escuela. Argumenta el autor argentino que la legislación punitiva debe fundarse, sólidamente, en el preciso conocimiento de los fenómenos de cuya regulación se ocupa, deduciéndose muchas veces de tal conocimiento, que la represión por si sola no es el remedio que más conviene socialmente, de donde se debe concluir que una buena política criminal no necesariamente se limita al ámbito de la legislación punitiva, sino que también se vincula con instituciones de distinta naturaleza, pero cuyo fin indirecto es la prevención de la delincuencia. Cfr. PAVON VASCONCELOS, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, Décima Segunda Edición, México, 1995, p. 41.

²⁵ MUÑOZ CONDE, op. cit. p. 206

En definitiva, a la Política criminal le incumbe la elaboración de los criterios a tener en cuenta a la hora de adoptar decisiones en el ámbito fundamentalmente legislativo del Derecho penal, o en palabras de Roxin, el Derecho como *debería ser* en cuanto a una adecuada disposición para sus fines, es “la idea fundamental de los principios sobre la lucha contra el delito en la persona del delincuente llevada a cabo *mediante la pena y medidas análogas*”.²⁶

No obstante lo anterior, creemos que los autores que sostienen que la política criminal es una ciencia, confunden la autonomía de una ciencia, con una perspectiva metodológica que puede ser aplicada a la dogmática jurídico penal, me explico, toda actividad científica exige un sistema, una ordenación y seriación de datos, objeto de investigación, lo que no sucede con la Política Criminal. La elaboración sistemática es la característica esencial de la ciencia jurídica. En el ámbito del Derecho Penal, la vigencia del principio de legalidad, reclama una particular atención de la dogmática penal. Por ello, el éxito que ha alcanzado el pensamiento problemático (perspectiva metodológica) en la Teoría General del Derecho, no había influido en el Derecho Penal como hasta ahora sucede, a pesar de los conocidos excesos del pensamiento sistemático, como consecuencia del positivismo jurídico. El

²⁶ Citado en BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal, Parte General, Ed. akal, 3ª edición, Madrid, 1994, p. 50.

dualismo metodológico, propugnado por Liszt, destaca la posibilidad de aplicar dos métodos al derecho penal, uno característico de las ciencias exactas y otro de las ciencias sociales. Liszt afirma que el derecho penal es la infranqueable barrera de la Política Criminal, contrapone a los métodos jurídicos (elaboración y ordenación sistemático-conceptual de los presupuestos del delito), los principios del tratamiento adecuado a la conducta desviada, que descansan en fundamentos empíricos. Al Derecho Penal según Liszt, le correspondería la función liberal del Estado de Derecho, consistente en proteger la libertad individual frente al Leviathan; y a la Política Criminal, la idea de fin, la misión social del Derecho Penal y, por lo tanto, los métodos adecuados para la lucha eficaz contra el delito. La Política Criminal va orientada a la idea del fin, de la función social, mientras que el Derecho Penal es la magna charta del delincuente, que asegura el castigo de éste sólo bajo los límites y presupuestos legales.

Esta tajante diferenciación entre Derecho Penal y Política Criminal, hace afirmar al autor que la misión del trabajo sistemático es ajeno, e incluso contrario, a toda finalidad de carácter político criminal. Sin embargo, esta separación entre las disciplinas de mérito, conduce a una dogmática alejada de toda idea de fin y desconectada de las necesidades de política criminal. De ahí, se parte para criticar posteriormente los excesos del pensamiento sistemático,

que han determinado su crisis. Con razón se ha criticado la sobrevaluación del sistema y el consiguiente olvido de su carácter instrumental, auxiliar. Ha sido magnificado como si fuera un fin en si mismo, incurriéndose en un vacío formalismo, pendiente sólo de la belleza de las construcciones y de su lógica externa, de ahí, la notoria desproporción entre el esfuerzo realizado por una dogmática de filigrana y el rendimiento práctico efectivo conseguido, porque lógicamente, si solo se trata de la ordenación, proporción y dominio de la materia, la disputa sobre el sistema correcto es siempre poco fructífera penal.

La crisis del pensamiento sistemático, ha abierto paso a dos posturas contrapuestas, por un lado, la de quienes propugnan la sustitución del saber sistemático por el denominado pensamiento problemático, renunciado a las indiscutidas ventajas de todo sistema; de otro, la de quienes, sin abandonar el sistema, ni limitarse a introducir meras correcciones valorativas al mismo, proponen una potenciación del saber problemático; la orientación del sistema hacia el problema, y la configuración de sistemas abiertos a la realidad, al caso concreto, y a las necesidades de política criminal, con sus consiguientes complicaciones en el alcance y significado de todas las categorías y estadios del sistema. Esto último es lo que sugiere Roxin, para quien el camino acertado no puede ser otro que dejar penetrar las decisiones valorativas

político criminales en el sistema del Derecho Penal, de suerte que su fundamentación legal, su claridad su legitimación, su combinación libre de contradicciones y sus efectos no estén por debajo de las aportaciones del sistema positivo formal de Von Liszt. A juicio de Roxin, es necesaria una profunda síntesis del Derecho Penal y la Política Criminal, con inmediata repercusión en todas las categorías del sistema. El Derecho Penal, sostiene Roxin, es la forma en que las finalidades político criminales se trasforman en módulos de vigencia jurídica.

En este contexto, asiste razón a Hassemer cuando sostiene que un concepto dogmático que se oponga a otro concepto político-criminal, conduce a la construcción de un sistema penal 'disfuncional'. Política Criminal y Dogmática tienen una identidad de fines. Luego entonces, entre Dogmática y Política Criminal no puede haber ruptura alguna sin riesgo de disfuncionalidad con los fines del sistema. En un plano abstracto, la jerarquía sería la siguiente: la Dogmática penal desarrolla lo que la Política Criminal prescribe, y el sistema jurídico-penal -nivel máximo- marca sus objetivos a la Política Criminal. Las tres zonas o materias se encuentran reunidas en una indeclinable unidad 'lógico-sistemática'.

La unidad proclamada por Hassemer había sido antes reivindicada con mayor contundencia por Roxin, a juicio de éste último, la construcción del

sistema penal a espaldas a la Política Criminal conduce a que determinadas cuestiones se solucionen de un modo sistemáticamente intachable, pero de forma intolerable para la Política Criminal. Estos casos evidencian la necesidad de que las reglas estrictas sufran quiebras motivadas por los principios político-criminales: hay que denunciar el pretendido valor absoluto del sistema lógico y del dogma abstracto. Roxin arremete contra la tesis de Von Liszt, seguida por tantos autores, en virtud de la cual la construcción del sistema debía hacerse prescindiendo totalmente de criterios político criminales, proceder justamente calificado por Roxin como 'herencia del positivismo jurídico', cuya metodología había aceptado Von Liszt permitiéndole enfrentar el Derecho Penal con la Política Criminal. Tras estas aseveraciones, Roxin señala que los problemas político-criminales configuran el contenido propio también de la teoría del delito. No puede admitirse que la Política Criminal y la Dogmática jurídico-penal estén enfrentadas, pues ello conduce inexorablemente a reconocer que la solución dogmática extraída del puro sistema puede ser aplicada al reo aún cuando sea contraria a los principios de política criminal, y la fidelidad al rigor dogmático no puede conducir a violar las exigencias de un moderno Estado de Derecho que respete al hombre y su libertad en la misma medida en que vele por el interés comunitario, valores todos a los que se subordina la dogmática. La Política

Criminal, por consiguiente, debe alcanzar la 'unidad sistemática' con el Derecho Penal, unidad que llegará hasta la estructuración de la teoría del delito.

Contra todo lo dicho, se puede argumentar, por una parte, que la interpretación político-criminal, no está autorizada, acusación débil pues, "mutatis mutandi" se puede decir lo mismo de algunas soluciones dogmáticas no refrendadas por la letra de la ley y de cuyo valor nadie duda. Más profunda crítica será la de que, en muchos casos, el rigor de las palabras es tal que impide armonizar el precepto positivo con los fines o ideales del derecho penal. En tales situaciones, el penalista no podrá más que denunciar la "disfuncionalidad" entre el Derecho positivo y las bases teóricas y sociales del sistema. Realizará entonces la tradicional función asignada por la Política criminal: la de crítica de las instituciones del Derecho vigente para promover su reforma.

En otras palabras, la sobrevaloración del sistema conduce, con frecuencia, a resultados materialmente injustos o insatisfactorios, desde el punto de vista de la Política Criminal. La solución puede ser correcta para el sistema, pero poco convincente en la práctica. Con todo ello, no se pretende en forma alguna restar importancia a la dogmática penal. Las normas son depositarias de valores y el sistema entero construido sobre ellas es expresión

de esos valores y, en último término, del ideal de justicia que un país en un momento determinado profesa. De las virtudes del sistema dogmático no cabe en forma alguna dudar ni tampoco de la necesidad de su permanente perfeccionamiento, pues las soluciones más justas pasan por la necesidad de un sistema mejor construido. Lo único que se pretende resaltar es la importancia, ya puesta de manifiesta por MEZGER y JIMENEZ DE ASUA, de que el penalista trabaje con una multiplicidad de métodos y, añadamos, de conocimientos metapenales y extrajurídicos, que le puede proporcionar la auténtica dimensión humana y científica a su saber. El problema del método, finalmente, no es ya un dilema de opción unilateral por uno u otro método concreto, sino todo lo contrario: aceptar humildemente que ningún método por sí sólo es válido para la aprehensión de lo que es y debe ser el Derecho Penal.

La política criminal, se insiste, no es una ciencia autónoma, sino que una parte de ella se engalanarse con la dogmática jurídico penal modelando la construcción del sistema, en atención a los fines y la función del Derecho Penal, es decir, como perspectiva metodológica.

2. La Política Criminal como enlace entre la dogmática y la criminología

La Política Criminal, dice Quintero Olivares, actúa como puente de unión entre el Derecho penal y la Criminología. Si la Política Criminal busca y

pone en práctica los medios y formas más adecuados para hacer eficaz el logro de los fines del Derecho Penal, indicando las metas a las que éste debe aspirar, y los límites que no puede traspasar en su aplicación y formulación, es lo cierto que buena parte del contenido de la Política criminal es la "estrategia penal". Para un correcto planteamiento de la misma, continúa el citado autor, evidentemente se necesita un conocimiento adecuado de la realidad social y humana en el que el sistema penal va a incidir. Este dato se lo proporcionará a la Política Criminal otra ciencia: la Criminología. La Política Criminal marcará ya una interpretación ya una reforma del sistema positivo, teniendo en cuenta no sólo la función del Derecho Penal, sino también el dato criminológico. La Ciencia del Derecho penal, transforma el conocimiento extrajurídico en exigencia político-criminal, y ésta ha de plasmarse en norma jurídica-positiva²⁷.

²⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Curso de Derecho Penal. cit. pp. 206-207.

III. CRIMINOLOGÍA.

1. Concepto.

Para KAISER, la Criminología es, si se toma como base su definición más amplia, “la ordenada totalidad del saber empírico sobre el delito, los delincuentes, la reacción social negativa y el control de esa conducta”²⁸.

Desde otro ángulo, Gonzalo Quintero Olivares, entiende la criminología como “la ciencia que se ocupa de las causas del delito y de sus formas de comisión, de la prevención y de la lucha contra el mismo”.²⁹

Por su parte, Cerezo Mir afirma, que la criminología es una ciencia empírica, de carácter interdisciplinario, que estudia el delito como un hecho en la vida del individuo y de la sociedad, la personalidad del delincuente, así como la aplicación práctica y la eficacia real de las penas y las medidas de seguridad. La criminología es una ciencia empírica, y utiliza, por ello, fundamentalmente los métodos de las ciencias naturales, pero por otra parte, al ser el delito una forma de conducta humana, valorada negativamente en una sociedad y en un momento determinado, su conocimiento exige también la utilización del método comprensivo³⁰. La criminología estudia el delito como un hecho en la vida del individuo y de la sociedad. El concepto del delito le

²⁸ Citado por ROXIN, Claus. Op. cit., p. 46.

²⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Op. cit., p. 212.

³⁰ A este respecto, Muñoz Conde refiere que en cuanto al método, la Criminología es una ciencia empírica e interdisciplinaria. La Criminología parte del estudio de los datos de la realidad y aplica una pluralidad de métodos de otras disciplinas científicas. Derecho Penal, cit. p. 204.

viene dado a la criminología por el derecho penal de cada país en un momento determinado.

Por consiguiente, las normas jurídico-penales, como las sociales, tienen un factor común que las relaciona inevitablemente y las hace objeto de la misma preocupación científica. El objeto de las mismas es, ante todo, una desviación o conducta desviada de las normas de referencia, y su forma de sanción, el 'control social', refleja los mismos elementos fundamentales (norma-sanción-proceso), aunque luego existan diferencias específicas.

Por ello, se considera hoy, de un modo más o menos dominante, que el objeto de la Criminología es, por un lado, el estudio de la 'conducta desviada' y dentro de ella también del delito o de la 'criminalidad'; pero por otro, también el proceso de definición y sanción de la conducta desviada y de la criminalidad, es decir, el 'control social', bien sea un control social informal (que se ocupa de la conducta desviada en general), bien sea un control social formalizado que, como Derecho penal, se ocupa específicamente de la criminalidad.³¹

En efecto, como ciencia empírica e interdisciplinar, resulta evidente que el objeto de estudio de la ciencia en comento, difiere sustancialmente del campo de investigación del derecho penal, sin embargo, la criminología, como

³¹ MUÑOZ CONDE, op. cit. p.204.

acertadamente apunta García Rivas, no puede prescindir del derecho penal por un doble motivo. En primer lugar, porque de otro modo no sería posible concebirla siquiera, siguiendo la idea de Bustos, García Rivas refiere que a través de un mecanismo institucional y formal como es la norma penal, una organización social determinada fija objetos de protección y con ello determina qué es delito y quién es el delincuente, y al mismo tiempo, una forma especial de reacción social. Estos datos, no dogmáticos sino sujetos a una revisión crítica son el punto de partida indispensable para al criminología, salvo que se quiera hacer un planteamiento criminológico exclusivamente metafísico o meramente naturalista. En segundo lugar, las discusiones sobre el radio de acción de la disciplina no pueden ensombrecer el dato fundamental de su necesaria implicación en la tarea de evaluar estrategias político criminales³².

En este contexto, de acuerdo con el esquema de Kaiser, dentro de la Criminología pueden distinguirse fundamentalmente las siguientes corrientes³³:

- La concepción clásica de la criminología, que reduce su objeto de análisis al estudio del delito y el delincuente.

³² GARCIA RIVAS, Nicolás, *El Poder Punitivo en el Estado Democrático*, cit. p. 104.

³³ Citado en BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et al. p. 87, 88.

- Las corrientes mayoritarias, que aceptan una ampliación lógica del objeto y estudian, junto al delito y al delincuente, todo el mecanismo de control social, referido tanto a los procesos de criminalización primaria, es decir, los procesos de construcción legislativa de la definición de las conductas como delito como a los de criminalización secundaria, o de aplicación de las leyes a las personas que son condenadas.

- Las corrientes críticas, que ponen en primer lugar, el estudio del mecanismo de control social ejercido por el Derecho penal, lo que lleva a un primer plano la ideología política del criminólogo. A través del estudio de dicho proceso de control social formulan alternativas globales al modelo social.

2. Criminología Tradicional.

El nacimiento de la criminología con la escuela positiva representada por Lombroso, Ferri y Garófalo, hizo creer en la época en que surgió dicha ciencia que se había sustituido de manera definitiva el derecho penal (dogmática penal), sin embargo, es retroceso experimentado por el positivismo naturalista a principios del siglo XX, en contraste con el predominio alcanzado por el neokantismo valorativo, llevó a una nueva consideración las relaciones entre la criminología y el derecho penal.

Cierto, en sus orígenes, dentro del propio positivismo criminológico se presentaron las dos grandes tendencias de la criminología que llegan hasta nuestros días. Por una parte, la Biología Criminal, que tiende a ver las causas del hecho delictivo en causas personales del delincuente. Por otra, la Sociología Criminal, entiende que las causas del delito son externas al delincuente, y normalmente radican en la sociedad de la que dicho delincuente forma parte.

De ahí que Enrique Bacigalupo, afirme que la Criminología tradicional “es una ciencia que procura una explicación causal del delito como la obra de un autor determinado”. Agrega el autor, que “la creencia en la posibilidad empírica de explicar las causas del delito, sea por la configuración antropológica o biológica del autor o por el medio social en que vivía, generó un cambio en la concepción teórica fundamental del derecho penal del siglo pasado: la pena no debía dirigirse a reprimir justamente un *hecho*, sino a impedir que su *autor* reincidiera en el delito”.³⁴

La Criminología toma como punto de partida el concepto de delito que da el ordenamiento jurídico. Pero el que sea punto de partida no implica una subordinación total del mismo, sino que sobre esta base ha de plantearse tanto el estudio de cómo se llega a él, es decir, el proceso de criminalización, como

³⁴ BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal, cit., p. 46.

la utilización que del mismo se hace. Es decir, tanto el planteamiento de la labor de las instancias de control, policía, poder judicial, como su aplicación en la práctica, por lo que debe también abarcar los efectos de la pena y muy en particular los de la pena privativa de libertad.

Por ello, se considera hoy, de un modo más o menos dominante, que el objeto de la Criminología es, por un lado, el estudio de la 'conducta desviada' y dentro de ella también del delito o de la 'criminalidad'; pero por otro, también el proceso de definición y sanción de la conducta desviada y de la criminalidad, es decir, el 'control social', bien sea un control social informal (que se ocupa de la conducta desviada en general), bien sea un control social formalizado que, como Derecho penal, se ocupa específicamente de la criminalidad.³⁵

Como mencionamos con antelación, el objeto de estudio de la Criminología tradicional es el delito y el delincuente. Así las cosas, la Criminología de mérito se encuentra subordinada al concepto jurídico-positivo de delito; todo lo cual significa que el criminólogo está tan subordinado como el penalista al concepto legal de delito; ha de partir de él, pero, puede rechazarlo y realizar una importante y constructiva labor de reforma, proponiendo cambios en las definiciones legales de delito.

³⁵ MUÑOZ CONDE, op. cit., p.204.

Resumiendo, debe afirmarse que el estudio de la Criminología se ha de centrar en tres objetos fundamentales: el delito, el delincuente y el control social.

3. Criminología Moderna.

3.1. La criminología crítica

Actualmente, la criminología no se ha conformado con la tarea de otorgar simplemente datos al derecho penal, sino que ha pasado a investigar el proceso de control social, por consiguiente, al derecho penal desde una perspectiva legislativa y práctica.

En efecto, la moderna Criminología asigna al Derecho penal la función de control social, esto es, como uno de los mecanismos de control de que dispone la sociedad para evitar infracciones o, en su caso, reprimirlas.

Santiago Mir Puig a ese respecto advierte, que “la Criminología crítica parte del principio de que el delito no constituye una realidad natural previa a la norma que lo establece, sino que depende en su existencia de una norma que surge en un sistema social dado, como fruto de unas determinadas condiciones sociales. Lo que es delito en un determinado sistema social puede no serlo en otro distinto. según esta concepción, la Criminología ha de convertirse en *Sociología de control social*, que se ocupe del derecho penal

como uno de los medios de control social (junto a la policía, la Administración de justicia, las cárceles y otras instancias informales de control). El Derecho penal importaría a la Criminología como causa del delito, como *factor de criminalización*. De la Criminología como *teoría de la criminalidad* se pasaría a la Criminología como *teoría de la criminalización*. En el análisis del Derecho penal como producto de una Sociedad dada la Criminología crítica tiende a aplicar la metodología marxista”³⁶

En efecto, en la actualidad, la Criminología atraviesa una transformación significativa. La Criminología “nueva”, “crítica” o “radical” ha abandonado el punto de partida causal-explicativo, y ha puesto en el centro de su atención la “reacción social y jurídico-penal contra el hecho”. El objeto primario de la investigación criminológica no es, por tanto, el comportamiento del autor, sino el de los órganos de control social. Sus teorías no son teorías de la criminalidad, sino de la criminalización. En el marco del positivismo de VON LISZT y FERRI, Derecho penal y Criminología eran disciplinas que tenían un mismo interés de conocimiento. En la actualidad, los conceptos de la Dogmática penal son parte del objeto de estudio constituido por la reacción social al delito. Una concepción de la integración a nivel metodológico carece, por tanto, de sentido: una dogmática penal orientada a la prevención especial y

³⁶ MIR PUIG. Op. Cit. p.16.

que, en consecuencia, da mayor relevancia al autor que al hecho, podían plantearse la absorción de conocimientos de una criminología cuyo objeto de estudio es el autor. Pero esto, ya no es posible cuando el autor deja de ser objeto de la Criminología en el sentido de la Criminología clásica.

De ahí que Bustos Ramírez asevera, que no se trata sólo de una posición crítica en el sentido negativo, esto es, de denuncia y revelación del encubrimiento, sino también de una posición crítica constructiva, se trata, dice el citado autor, de señalar las vías de superación, la utopía en el sentido de la palabra, no de lo imaginario, sino de lo posible de llevar a cabo. Por eso, se trata de echar las bases de una visión del problema criminal crítico, esto es, que implique realmente la participación de todos en su resolución y que sea, entonces, ella el resumen del esfuerzo de todos³⁷.

En esta tesitura, Bustos Ramírez considera que la premisa básica es que desde un punto de crítico el penalista tiene al mismo tiempo necesariamente que hacer una revisión de los aspectos políticos del Estado. Su labor no puede ser neutra, sólo que el crítico lleva a cabo conscientemente una revisión de los postulados políticos tradicionalmente aceptados³⁸.

³⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Control Social y Sistema Penal*, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1987, p. 525.

³⁸ A este respecto, Bustos Ramírez expone que una de las revisiones que en el derecho penal han de darse, es lo relativo a la teoría de la pena. Ciertamente, la pena, dice el autor, no es sino autoconstatación del Estado, esto es, el Estado mediante ella confirma su propio sistema, luego el tejido de relaciones sociales que ha fijado, seleccionado, sobre la base de castigar la afectación a aquellos intereses más fundamentales y básicos (los bienes jurídicos: vida, salud, propiedad, etc.). Ahora bien, si se consideran entonces las líneas políticas

En definitiva, la criminología a pesar de ser una ciencia joven, ha ejercido una gran influencia en el derecho penal, pues el origen de instituciones de gran importancia, como lo son las medidas de seguridad, la tendencia a la desaparición de penas privativas de libertad de poca duración, de la sustitución de la pena de prisión por penas pecuniarias, la condena condicional, nuevas formas de tratamiento en los centros de terapia social, entre otros, constituyen el fruto de la investigación criminológica.

generales de dependencia y subdesarrollo ya señaladas, ya en este punto de lo que es la pena hay que entrar en un análisis pormenorizado de cada Estado Latinoamericano. Véase en Control Social y Sistema Penal, *Ibidem*, p. 528.

VICTIMOLOGIA

1. Concepto.

En el derecho penal moderno³⁹, el análisis de un hecho punible se ha realizado siempre desde la perspectiva del delito o del delincuente, esto es, tomando en consideración fundamentalmente la autoría y participación, por una parte, y las causas externas del delito, por otra, sin embargo, actualmente⁴⁰ se ha prestado una especial atención al delito pero desde la posición de la víctima, tanto es así, que se empiezan a establecer una serie de mecanismos legales que tienen por objeto proteger precisamente a la víctima⁴¹.

³⁹ Hablamos del derecho penal moderno porque la víctima ocupó en los orígenes del derecho penal un papel central. La víctima y sus familiares monopolizaron el derecho de ejercitar la venganza privada o, en todo caso, consentir en su dejación mediante una prestación en dinero o bienes negociada entre el ofendido y el delincuente. La posterior evolución del derecho penal desplaza a la víctima de su posición hegemónica hasta convertirla en un personaje olvidado en el ámbito penal. Diversas han sido las circunstancias que han sido las circunstancias que han cooperado a esta situación. En primer, lugar, con la aparición del Estado Moderno la titularidad de la potestad punitiva aparece como una manifestación irrenunciable de la soberanía del Estado. Por otra parte, el contenido cada vez más abstracto que la doctrina penal asigna al bien jurídico lleva a legislados a desplazar su interés hacia el hecho delictivo entendido no como perjuicio ocasionado a la víctima sino como puesta en peligro o lesión de determinados bienes esenciales para el normal funcionamiento de la sociedad.

⁴⁰ La Victimología tiene como referencia temporal la finalización de la Segunda Guerra Mundial, momento histórico a partir del cual tiende a expandir su influencia más allá de la Criminología (que le dio cobijo en primer lugar), hablándose ya abiertamente de una "Victimodogmática", de ahí que utilizamos el término "actualmente", dado que es una disciplina verdaderamente reciente.

⁴¹ En el Derecho Penal, la víctima es el titular del bien jurídico penalmente protegido que ha sido dañado o puesto en peligro, es decir, el sujeto pasivo, justo a la víctima se hallan los perjudicados, esto es, aquellos otros sujetos que se ven directamente afectados por el delito pero que no son lo titulares de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, sin embargo, esta distinción no es siempre satisfactoriamente desentrañada. En efecto, uno de los principales problemas que afronta la victimología es precisamente el concepto de víctima, a partir del cual se pueden presentar diversas tendencias; dicha problemática se puede apreciar con un ejemplo: en el caso de un homicidio, el sujeto al que le han quitado la vida es la víctima y su esposa, en cambio, resulta ser la perjudicada, empero, esta última aseveración esta condicionado, si tomamos en consideración que existe la posibilidad de que la muerte del marido puede representar para la esposa un

En este sentido, Joan J. Queralt apunta que en términos generales, la cultura penalística continental había dejado de lado la consideración de la víctima más allá de lo meramente indemnizatorio, y, aún así, limitadamente. Desde una perspectiva global, continua el citado autor, resulta ciertamente asistemático y, por tanto, lamentable, el mencionado olvido, puesto que, si se considera que la misión del derecho penal es procurar la indemnidad de bienes jurídicos, no cabe olvidar que esos bienes jurídicos, singularmente, los de índole individual, representan, no sólo una quiebra del ordenamiento jurídico, con su consiguiente repercusión social –y de ahí la entrada del derecho penal-, sino que, además, el delito, la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico penalmente protegido, comporta, igualmente, un menoscabo que el titular del bien no sólo percibe sensorialmente, sino que, y esto es lo más importante, sufre⁴².

La ciencia que ahora se conoce con el nombre de victimología, se consolida en la década de los ochenta, y se ocupa específicamente de la víctima del delito, atendiendo a su intervención en el surgimiento del delito y en la posterior solución del conflicto.

alivio, e incluso un beneficio al haber heredado una fortuna, de ahí que no siempre la esposa de la víctima sea la perjudicada.

⁴² El citado autor realizó un artículo intitulado Víctimas y Garantías: Algunos cabos sueltos, el cual fue publicado en el libro Homenaje a Claus Roxin denominado *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 148.

Hassemer define la Victimología como la “Teoría criminológica de la víctima del delito” evoca sin duda alguna su esencial vinculación a la Criminología, ésta abandona paulatinamente la idea de que el problema del crimen se centra exclusivamente en el delincuente y comienza a analizar la “pareja criminal”, estimando que la Victimología representa una fecunda perspectiva desde la que comprobar tanto la responsabilidad real y la peligrosidad del delincuente (determinando el papel de cada uno de los intervinientes en el crimen), como los medios de prevención de la victimización de las potenciales víctimas y de la reincidencia.

Ahora, si bien es cierto que se presta atención a la víctima en un principio gracias a la Criminología, en la actualidad –y cito a MADLENER– los victimólogos (congregados en torno a la World Society of Victimology) conciben la Victimología como una ciencia autónoma, relativa a todos los aspectos penales, procesales y criminológicos referentes a la víctima. En efecto, crece la convicción de que ésta necesita protección dentro y fuera del proceso penal y, al mismo tiempo, se abandona la creencia de que su papel en el proceso debe ser meramente pasivo (aunque siga siendo necesariamente secundario), arbitrándose fórmulas que tienden a implicarla en la solución al

conflicto social creado por la comisión del hecho delictivo; fórmulas basadas en la conciliación delincuente-víctima y en la reparación de daños⁴³.

La Victimología, entonces, se preocupa por los derechos y necesidades de la víctima, es aras de mantener el equilibrio entre los derechos de ésta última y los del delincuente. El objeto de estudio de esta disciplina constituye en oír la información acerca de las víctimas por medio de las encuestas, el estudio de las víctimas en el proceso penal, y la atención asistencial y económica de las mismas. Quienes trabajan en esta línea de investigación sostienen, que las ventajas de este sistema son muchas, por mencionar sólo algunas, consideran que una finalización anticipada del proceso penal o evitación, si ello es posible, de su inicio, vienen determinadas por el hecho de que pueden reducirse sensiblemente en número de causas penales, descargando de modo relevante a la Administración de Justicia, gracias a la reparación del daño y, consecuentemente, otorgamiento del perdón⁴⁴.

Asimismo, la víctima es una buena fuente de información sobre la efectividad de la justicia penal, ya que puede contribuir al descubrimiento de la “cifra negra”, al ser ella quien toma, como dice KAISER, “la primera decisión en el proceso de persecución penal selectiva”. Las encuestas de

⁴³ Cfr. García Rivas, Nicolás, *El Poder Punitivo en el Estado Democrático*, cit. p. 107.

⁴⁴ A este respecto, Javier de Vicente Remesal comenta que en la determinación de la posibilidad de conveniencia de introducir nuevas alternativas a las penas privativas de libertad y entre ellas la reparación del daño a la víctima por parte del culpable pueda constituir, en los delitos leves o de gravedad media, la reacción

victimización permiten evaluar científicamente el crimen real, siendo la técnica más adecuada para cuantificar el mismo e identificar sus variables.

Gracias a la Victimología surge la denominada “victimo-dogmática”, una orientación que desea llevar a los tipos penales consideraciones victimológicas. El objetivo es sobre todo, obtener una disminución de la aplicación de las sanciones penales, es decir, vincular la necesidad de protección a consideraciones relativas al papel de la víctima en el hecho delictivo, pues se ha comprobado la existencia de víctimas cuyo comportamiento actúa como factor cocausal de la producción del delito. En otras palabras, pone de relieve los supuestos en los que la provocación de la víctima puede conducir a una atenuación o compensación de culpas; o cuando el consentimiento de la víctima elimina la antijuridicidad de la conducta. Pero, como advierte con razón SILVA, este es sólo el dato empírico; a partir de ahí, es ya tarea político-criminal la de valorar si ello ha de implicar -y en qué casos- una atribución de corresponsabilidad a la víctima del delito y cómo puede repercutir en la responsabilidad criminal del autor. Finalmente, la Dogmática habrá de traducir en estructuras categoriales y sistemáticas tales valoraciones. Por consiguiente, el papel que corresponde a la Victimología, ya se considere parte de la Criminología, ya se eleve a la categoría de ciencia

jurídico penal necesaria y a la vez suficiente para la prevención de la delincuencia de esa índole. *Idem.* p. 173.

autónoma, es el de ofrecer el dato empírico como material sujeto a la posterior valoración desde la Política criminal; el legislador no puede asumir el “victimismo emocional” como criterio válido para la intervención penal o su exasperación. De ser así caería en la patología denunciada más arriba respecto al Derecho penal simbólico. La Política criminal debe orientarse siempre hacia el “norte” de la racionalidad a la hora de elaborar sus criterios.

Con relación a este tema, Roxin señala que “la Victimomología, es decir la teoría criminológica de la influencia de la conducta de la víctima en la delincuencia, ha comenzado recientemente a irradiar su influencia sobre la dogmática del Derecho penal. A ese respecto el punto central lo constituye la cuestión de cómo repercute en el injusto la corresponsabilidad de la víctima por lo sucedido, y especialmente si la misma puede dar lugar a la exclusión del tipo o de la antijuridicidad. En primer lugar –continúa Roxin- se ha intentado demostrar tal posibilidad en la interpretación de los tipos de la Parte especial. Shünemann ha desarrollado lo que denomina principio victimológico: una “máxima de interpretación, consistente en subsumir sólo en el tipo penal una acción que suponga maniobrar para eludir la posible y exigible autoprotección de la víctima potencial”.

En la parte general también se pueden apoyar con argumentos victimológicos muchas soluciones a problemas en la teoría del tipo y del

injusto. Así, los casos en que se limita la imputación al tipo objetivo mediante el alcance de éste (su fin de protección) se pueden interpretar sin dificultad victimológicamente: tanto en la autopuesta en peligro dolosa como en la puesta en peligro de un tercero consentida por él ocurre que no se produce la imputación porque la víctima tiene la misma responsabilidad por lo sucedido que el autor; incluso en los casos de asignación a una esfera de responsabilidad ajena se puede decir que el resultado no se le imputa al primer causante porque en el momento en que se produjo otras personas al servicio de la víctima eran responsables de su evitación. Y en la teoría de la legítima defensa se puede aludir a que la exclusión o restricción de las facultades defensivas que se efectúan en caso de provocación del agresor por el agredido, se basan en la implicación de la víctima en lo sucedido, es decir que son explicables victimológicamente.

Los intentos de fundamentar el enfoque victimodogmático remiten a la antijuridicidad material. En primer lugar, se puede sentar la tesis de que allí donde sea posible y exigible una autoprotección eficaz, no concurrirá una lesión de bienes jurídicos suficientemente peligrosa socialmente por parte del autor, por lo que la víctima no es merecedora de protección. Pero también se puede afirmar que hay una lesión de bienes jurídicos “en sí misma” digna de castigo y justificar, sin embargo, la impunidad a partir de la idea de

subsidiariedad del Derecho penal, afirmando que el Derecho penal es la *ultima ratio* de la política social y que su intervención no es legítima cuando se disponga de “medios más benignos” para evitar el daño social. Frecuentemente se utilizan acumulativamente ambos puntos de vista.

Sin embargo, la tesis de que nuestro Derecho penal se basa en tal principio victimológico no se puede sostener con esa generalidad. Pues no hay datos que apoyen la hipótesis de que el legislador ha querido hacer depender el merecimiento o la necesidad de pena con carácter general de que la víctima adopte las medidas de autoprotección exigibles. Un robo sigue siendo un robo aunque la víctima haya procedido de modo sumamente descuidado con sus propias cosas. Es cierto que teóricamente sería posible definir el concepto de custodia de tal modo que no haya sustracción si al autor le ha resultado especialmente difícil conseguir la cosa; pero un procedimiento así (que tampoco se ha propuesto aún en la doctrina) sería modificar la ley, y no interpretarla.

Tampoco se puede deducir directamente de la idea de subsidiariedad el principio victimodogmático, contra lo que opinan sus partidarios. Pues aunque es cierto que el Derecho penal es la *ultima ratio* de la política social, esa afirmación significa sólo que no se puede imponer una pena cuando el Estado tenga a su disposición otros medios menos gravosos para solucionar conflictos

sociales, pero no que también tenga que renunciar a intervenir cuando el ciudadano se podría proteger por sí mismo. Extender el principio de subsidiariedad a las posibilidades de autoprotección del ciudadano sería desconocer que los ciudadanos precisamente han establecido el poder estatal entre otras cosas para descargarse a sí mismo de las tareas de protección: Donde “vigila el ojo de la ley”, el particular puede dedicar sus energías al desarrollo en vez de al mero aseguramiento de su personalidad.

Pero el enfoque victimodogmático sólo es rechazable en la medida en que se le da carácter general y absoluto. Su gran mérito consiste en haber mostrado que la “necesidad de protección” es un topos que puede influir en la antijuridicidad material y que por ello siempre debe tenerse en cuenta en la interpretación junto con y dentro del contexto de las restantes circunstancias decisivas para el ámbito de la protección penal.

Ahora bien, en el caso de México, debe destacarse la reforma del artículo 20 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 21 de septiembre del año 2000, que a la letra dice:

Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido tendrán las siguientes garantías:

A. del inculpado:

I. a III.- ...

IV.- cuando así lo solicite, será careado en presencia del juez, con quien deponga en su contra, salvo a lo dispuesto en la fracción V del apartado B de este artículo;

Va X.- ...

B.- de la víctima o del ofendido:

I.- Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la constitución y, cuando lo solicite ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II.- Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III.- Recibir desde la comisión del delito, atención médica y psicología de urgencia;

IV.- Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijara procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V.- Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad; no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; y

VI.- Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.

De lo anterior, es fácil advertir que en el sistema penal mexicano, por primera vez, se reconocen a nivel constitucional los derechos de la víctima, empero, esta es una materia, como ha quedado de relieve, prácticamente reciente, de ahí que no se haya trabajado aún, sobre la interpretación y alcances de las disposiciones de mérito, trabajo que sin duda realizaremos pronto. No obstante ello, el avance es considerable, dado que la reforma de referencia implica la obligación del Estado de afrontar los fallos de su intervención en la defensa de los ciudadanos, a través de la creación de instituciones de asistencia a la víctima.

CUARTA PARTE: LA NECESIDAD DE OTRA POLÍTICA CRIMINAL EN MEXICO

Postura personal.

1. Violación a los principios que limitan el poder punitivo del Estado.

El respeto a todos y cada uno de los principios que limitan al poder punitivo del Estado, es una medida que puede ser aplicada a corto plazo, y que es garantía de resultados inmediatos en el combate a la delincuencia. En efecto, respecto al principio de proporcionalidad de las penas, es necesaria la revisión integral de la punibilidad de los tipos penales vigentes, tanto los contemplados en los códigos penales locales, como los previstos en el Código Penal Federal y las leyes especiales, pues el simple ejercicio comparativo, permite advertir la flagrante violación a dicho principio; por ello, debemos reconducir la incorrecta tendencia legislativa de aumentar las penas privativas de libertad, bajo la falsa expectativa de que esa es la solución del problema delictivo. En México debe establecerse, en principio, como pena máxima de prisión 25 años, y a partir de esta medida, prever, proporcionalmente, el equivalente a cada uno de los delitos, tomado como criterio rector la importancia del bien jurídico. Así, el orden de los valores de mayor a menor, a

nuestro juicio, es el siguiente: la vida, la libertad personal, la seguridad de la nación, la integridad física, la libertad sexual, la salud, el medio ambiente, el patrimonio de la nación, la seguridad pública, el servicio público, la administración de justicia, el patrimonio individual, etc.

En este sentido, tendríamos, por ejemplo, que la punibilidad del homicidio calificado (considerando este delito como el más grave), sería de 15 a 25 años de prisión.

La revisión de mérito ayudará a detectar todos aquellos tipos que no tengan razón de ser, ya sea por que no protejan un bien jurídico, o porque soslayan el principio de mínima intervención penal. El resultado conduce necesariamente a la descriminalización de tipos penales que transgreden los referidos principios que limitan el poder punitivo del Estado, empero, la revisión en comento, debe ser, se insiste, integral, es decir, tomando en consideración todos y cada uno de los tipos penales, incluyendo la infinidad de tipos que se encuentran previstos en las leyes especiales, verbigracia el Código Fiscal de la Federación, la Ley General de Población, la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, etc. Al margen del tema en comento, creemos oportuno poner de relieve que no hay justificación alguna, a nuestro modo de ver, para que siga el esparcimiento de los delitos en diversas legislaciones federales, lo ideal, que también es susceptible de realizarse a

corto plazo, es la codificación de todos los delitos del orden federal, con ello, se evitaría el concurso de normas, esto es, dos disposiciones que sean perfectamente aplicables al mismo caso. Dicho de otro modo, para los fines de la prevención, resulta indiferente que una misma conducta sea sancionada por dos legislaciones diferentes, consideramos que existen una infinidad de delitos que quedarían contemplados en otros, por ejemplo, la destrucción del puente de una carretera mediante explosivos, puede encuadrar en el artículo 397 del Código Penal Federal, en virtud de que se causó la destrucción de una cosa ajena, también en el artículo 533, de la Ley de Vías Generales de Comunicación, que en la parte conducente, prevé que cometen el delito los que destruyan las vías generales de comunicación, así como en el artículo 139, del código penal, siempre y cuando la explosión del puente haya causado alarma en un grupo de la población, con la finalidad de presionar a la autoridad para que tome una determinación. El examen en cometo, evidenciará aquellas normas que coincidan en la materia de la prohibición, obligando al legislador a formular otras hipótesis más amplias o claras en la protección de un bien jurídico específico, o bien, suprimir los tipos que por estar materialmente repetidos, ya no tendrían razón de ser. Además, la compilación de todos los delitos, ayudaría a los fines de la prevención general.

Cierto, los efectos de la prevención general surtirían eficazmente y de manera pronta, pues en la medida en que se conozca la prohibición y fundamentalmente, su consecuencia jurídica, en esa medida se apreciará estadísticamente la disminución de los delitos; estamos convencidos que un gran porcentaje de sujetos activos, ignoraban por completo la gravedad de la sanción, consecuencia de su acción, pena que de haber conocido, seguramente hubiera influido al momento de la decisión de realizar el injusto.

Regresando al punto de la proporcionalidad de las penas, exclusiva protección de bienes jurídicos y mínima intervención, consideramos que el éxito radicaría en armonizar dichos principios con la ejecución de la pena. En efecto, proponemos la desaparición de los sustitutivos penales, la libertad preparatoria y la remisión parcial de la pena, porque estas figuras jurídicas se contraponen a los fines de prevención general, creando un círculo vicioso, pues por una parte, dichos beneficios penitenciarios se otorgan bajo el discurso de la readaptación, la cual, como es sabido, es utópica, de modo que actualmente se conceden aún cuando los beneficiarios no están readaptados socialmente, y obtienen su libertad, por otra, dicha libertad tiene como efecto la nulidad de la prevención general, pues la pena no intimida, si se parte de la premisa de que no se cumple. Luego, el resultado es un alto índice de reincidencia (readaptación social nula- prevención especial), e incremento de

la delincuencia, pues los efectos de la amenaza penal, día con día se están mermando.

De esta forma, no existiría contradicción entre la norma constitucional y la secundaria, me explico, el concepto de readaptación social al estar previsto en el artículo 18 constitucional constituye una garantía individual, luego, cualquier reo tiene derecho a ser readaptado socialmente, objetivo que al ser alcanzado hace que la pena privativa de libertad sea innecesaria, de ahí la justificación de la preliberación y la remisión parcial de la pena, sin embargo, a pesar de ser garantía individual, existen diversas disposiciones que limitan este derecho, por ejemplo, el artículo 85 del Código Penal Federal que a la letra dice:

No se concederá la libertad preparatoria a:

I. Los sentenciados por alguno de los delitos previstos en este Código que a continuación se señalan:

- a) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 bis, párrafo tercero;
- b) Contra la salud, previsto en el artículo 194, salvo que se trate de individuos en los que concurren evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica;
- c) Corrupción de menores e incapaces, previsto en el artículo 201;

- d) Violación, previsto en los artículos 265, 266, 266 bis;
- e) Homicidio, previsto en los artículos 315, 315 bis y 320;
- f) Secuestro, previsto en el artículo 366, salvo los casos previstos en los párrafos antepenúltimo y penúltimo de dicho artículo;
- g) Comercialización de objetos robados, previsto en el artículo 368 ter;
- h) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 bis;
- i) Robo, previsto en los artículos 371, último párrafo, 372 y 381, fracciones VII, VIII, IX, X y XIV, y 381 bis;
- j) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis; ...

¿ Por que se limita por ciertos delitos, el derecho a readaptarse socialmente, cuya consecuencia inmediata sería salir de la cárcel bajo la justificación de haberse cumplido el fin de la pena ?

El fin de la pena no puede tener excepciones, si un sentenciado demuestra haberse readaptado socialmente, no debe permanecer privado de su libertad, pues si el objetivo de su internación fue precisamente esa, una vez logrado ya no se justifica la prisión, y esta regla debe ser general, para cualquier delincuente, sin importar el ilícito cometido, de modo que la citada disposición es inconstitucional.

Pero la readaptación social no es la solución al problema (delito), por ello, consideramos que debe cambiar la premisa constitucional, no podemos seguir manteniendo como fin de la pena la readaptación social, que como ya expusimos anteriormente (ver Teoría de la Prevención Especial), es un concepto que deriva de una teoría que tiene muchas deficiencias teóricas y prácticas, pues al tener un sistema penal que estudia la culpabilidad por el hecho y no por el autor, se contraponen de manera directa a la prevención especial, me explico, aquel que haya sido sentenciado a 50 años de prisión, aún cuando demuestre a los cinco de su condena haberse readaptado socialmente, no puede salir de la cárcel, en virtud de tener que cumplir su condena, de conformidad con el principio de culpabilidad, ni siquiera la libertad preparatoria es congruente en este caso, ya que las tres quintas partes de 50 años son 30 años, tiempo que excedería injustificadamente a los cinco primeros años de prisión que fueron suficientes para readaptarlo socialmente; lo mismo sucede cuando la pena privativa de libertad es insuficiente para readaptar socialmente al delincuente, pensemos en una pena de 3 años de prisión, en principio, es una pena que será sustituida, en términos del artículo 70 del Código Penal Federal, por tratamiento en libertad, tratamiento que en la práctica consiste en ir a firmar un libro de registro cada determinado tiempo,

luego, tenemos un delincuente que a pesar de no estar readaptado socialmente esta libre, propiciando con ello la reincidencia.

En el caso de los sustitutivos penales, es importante destacar que dicha figura jurídica no comparte las características ni de la preliberación ni de la remisión parcial de la pena, a diferencia de ellas, la justificación no es la readaptación social, sino tener la posibilidad de salvar la consecuencia necesaria de un sistema dogmático cerrado; me explico, todo aquel que cometa un delito tiene, necesariamente, una consecuencia jurídica, salvo las excusas absolutorias, que fueron creadas precisamente para contar con la posibilidad jurídica de prescindir de la pena en casos cuyas circunstancias harían absurda la aplicación de una pena, por ejemplo, el aborto respecto de un embarazo que fue consecuencia de una violación, este caso tan discutido, evidencia claramente que el derecho penal no puede reprochar todos los injustos penales, por ello, para los fines de la pena se considera innecesaria la aplicación de la misma; lo mismo sucede con los sustitutivos penales, ya que la pena privativa de prisión es la más severa con la que cuenta el sistema penal mexicano, salvo el fuero castrense en donde sigue vigente, desafortunadamente, la pena de muerte, es por ello, *per se* una pena severa, que el sistema penal consideró oportuno dejar la posibilidad de sustituir la pena más severa por otra consecuencia jurídica, cuyos efectos preventivos son

hasta cierto punto innecesarios, dado que el sustitutivo operará en casos verdaderamente especiales, esto es, en casos en lo que resulte también absurdo meter a la cárcel al activo, dicho de otro modo, alternativas para evitar la prisión, cuando ésta no sea estrictamente necesaria, pero desafortunadamente esta justificación ha sido distorsionada, al grado que podemos afirmar que actualmente, que todos los delitos cuya punición no exceda de cuatro años de prisión, nunca se ejecuta, pues en todos los casos se sustituye, lo que se traduce a que el autor del delito ahora sabe (después de que se le ha concedido un sustitutivo terminado el proceso penal), que la conducta que realizó cuya consecuencia normativamente era una pena de prisión, se traduce al pago de una multa, o el tener que estar firmando en una oficina de la Secretaría de Gobernación, consecuencias que, a nuestro modo de ver, no tienen efecto intimidatorio alguno.

En definitiva, el respeto de los principios que limitan el poder punitivo del Estado, debe armonizarse tanto con la aplicación de un método uniforme para la interpretación del derecho penal sustantivo vigente, como con los fines de la pena, estos tres factores son de igual importancia, la disfuncionalidad de cualquiera de ellos, trae como consecuencia la crisis del derecho penal en sentido negativo.

2. La desvinculación entre las resoluciones judiciales y la ejecución de la pena.

En principio debe ponerse de manifiesto, un vez más, que el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece 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.

De lo anterior, es posible inferir que el fin de la pena, en el sistema penal mexicano es la prevención especial, teoría que, como ya se expuso, tiene graves deficiencias teóricas y prácticas, de modo que podemos concluir que es un fin inalcanzable, al menos en nuestro país, tanto es así, que hay una serie de investigaciones que han demostrado que no existe en términos generales la readaptación en México; pero lo grave del caso es que a pesar del reconocimiento expreso por parte de las autoridades, respecto al fracaso penitenciario, siguen vigentes diversas instituciones jurídicas cuya naturaleza obedece precisamente a la readaptación, luego, como es posible que un sentenciado obtenga su libertad antes de cumplir la pena que le fue impuesta, aún cuando no se haya readaptado socialmente.

Cierto, es evidente que el esfuerzo jurisdiccional es en vano, cuando después de haber llevado un proceso, generalmente de cuatro meses a un año, haber estudiado y graduado la culpabilidad, e individualizado, finalmente, la pena, supongamos de 10 años de prisión, resulta que una simple resolución administrativa, soslayando la judicial, conceda un beneficio libertad anticipada a un reo, sin haber conseguido verdaderamente el fin establecido en la constitución; me explico, los requisitos que señala el artículo 84 del Código Penal Federal, para obtener la libertad preparatoria, entre otros, son: haber cumplido la tres quintas partes de la condena, si se trata de delito intencional, buena conducta durante su reclusión, **presunción** de estar socialmente readaptado, comprometerse a reparar el daño causado, etc. De modo que el autor de un enriquecimiento ilícito por un monto indeterminado, pensamos en muchos millones de dólares, en perjuicio de erario federal y por ende, del capital de los mexicanos, puede salir libre a los seis años, sin más que un papel elaborado generalmente por gente que no está preparada, que dice que se presume que ya se readaptó.

Entonces, qué caso tiene que un juez determine la pena de 10 años de prisión en una sentencia debidamente fundada y motivada, si una resolución administrativa puede modificar, valga la expresión, dicha determinación, al momento en que autoriza la libertad anticipada del sentenciado.

Esto tiene consecuencias negativas en el ámbito de la prevención general del delito, en virtud de que el sujeto activo sabe perfectamente (salvo los delitos graves enumerados en el referido artículo 85), que va salir de la cárcel, antes de cumplir la condena que le fue impuesta. Los efectos de la prevención general negativa, a nuestro modo de ver, son nulos en el caso planteado, ya que desde un plano objetivo, no se intimida al sujeto que sabe que estará seis años en la cárcel, pero cuando salga se quedará con todos los millones de dólares que no le fueron detectados. En cambio, el plano cambiaría en cuanto a la intimidación de la pena, si se partiera de la inmodificable premisa de que se tiene que cumplir 10 años en la cárcel, creemos que así los efectos de la intimidación (prevención general negativa), surtiría en pro de la prevención del delito con mayor eficacia.

De igual forma, en torno a la prevención general positiva, pues uno de los principales factores por los que la sociedad ha perdido la confianza en las instituciones de procuración e impartición de justicia, es precisamente la facilidad con la que los sujetos activos, aún cuando habiendo sido detenidos en flagrancia, obtienen su libertad bajo caución. La sociedad mexicana no comprende que el sujeto que está en libertad bajo caución, se encuentra sujeto a un proceso penal que puede culminar en una pena privativa de libertad, simplemente aprecian que inmediatamente fue puesto en libertad; si esto es

así, cómo esperan un efecto de confianza, cuando el común denominador de la ciudadanía entiende que a pesar de que cometió un delito lo dejaron libre.

En este orden de ideas, tenemos un fin de la pena que no se cumple (readaptación social), una sentencia judicial que establece la aplicación de la pena, que no se ejecuta en términos reales (preliberación), y una prevención general tanto positiva como negativa, cuyos efectos son nulos, dado que el delincuente no se intimida con la pena, ni la sociedad confía en el Estado.

En definitiva, por una parte, la crisis de la ideología del tratamiento, por otra, la incompetencia por parte del Estado para mantener y robustecer la confianza en la fuerza estabilizadora y prevalente del ordenamiento jurídico, impiden que se materialice el fin del derecho penal, esto es, la protección subsidiaria de los bienes jurídicos. De nada sirve que se integre correctamente una averiguación previa (actividad que no es el común denominador en la procuración de justicia), que se lleve un proceso penal garantizador de la defensa del inculgado, que se aplique una pena con la finalidad de que el autor sea tratado y no vuelva a delinquir (evitar la reincidencia), si a final de cuentas, el juez que conoció del asunto, se desentiende de la real ejecución de la pena que impuso, y lo más importante, es que ya no le da seguimiento para valorar si efectivamente se cumplió con el fin de la pena, que tiene por objeto en última instancia prevenir la comisión de nuevos delitos.

Sustenta la consideración anterior, el último acuerdo que realiza un juez federal, en un expediente que culminó con una sentencia condenatoria, concretamente privativa de libertad, que ha sido confirmada por el tribunal de alzada causado y respecto de la cual se negó en amparo directo.

**MEXICO, DISTRITO FEDERAL, A DIEZ DE JULIO DEL
AÑO DOS MIL.**

Con fundamento en el artículo 21, del Código Federal de Procedimientos Penales, téngase por recibido y agréguese a los autos, para que obre como corresponda el oficio de cuenta, signado por el Secretario de Acuerdos del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, con el cual remite copia autorizada de la resolución pronunciada en el toca RP-0000/98, del índice del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, relativo al juicio de amparo 000/98-D, promovido por **GUILLERMO**, de cuyo punto resolutivo segundo se advierte que la Justicia de la Unión no ampara ni protege a **GUILLERMO**; acútese el recibo correspondiente.

Por otra parte, téngase por recibido el oficio 111111, signado por el Juez Noveno de Distrito en Materia Penal en el Distrito Federal, con el cual informa el contenido de la resolución dictada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

**NOTIFIQUESE AL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO DE
LA FEDERACION.**

Así lo proveyó y firma el Juez Décimo Segundo de Distrito en Materia Penal en el Distrito Federal, asistido del Secretario quien da fe.

**SECC.PENAL
SRIA. "A"
AUX.000/97
OF.NUM.0000**

**C. MAGISTRADO DEL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN
MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.
P R E S E N T E .**

En cumplimiento a lo ordenado en proveído de esta fecha, acuso recibo de su oficio 000, con el cual remitió copias certificadas de la resolución dictada en la revisión penal 0000/98.

Lo que comunico a Usted para los efectos legales a que haya lugar.

**A T E N T A M E N T E .
México, D.F., a 10 de Julio del 2000.
EL JUEZ DECIMO SEGUNDO DE DISTRITO EN
MATERIA PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL.**

De lo anterior, se desprende que efectivamente el juez de instrucción, se desentiende de la ejecución de la pena y, por consiguiente, de su seguimiento, únicamente se hace sabedor del resultado de los medios de impugnación y de control de constitucionalidad, respectivamente, agrega los oficios correspondientes y archiva el asunto como totalmente concluido.

Pero habría que preguntarnos, ¿El juez natural que dicta una sentencia condenatoria concluye el asunto y con ello se previenen los delitos? ¿La sentencia condenatoria garantiza la prevención de los futuros delitos? ¿Una

sentencia condenatoria crea efectos de confianza en la sociedad? A nuestro modo de ver, la respuesta en todas las interrogantes de mérito, es en sentido negativo, pues para conseguir una verdadera prevención de delitos, se requiere la integración exitosa de los tres ámbitos en los que se desarrolla el Derecho Penal, que a saber son: La Procuración de Justicia, la impartición de justicia y la ejecución de pena en aras a conseguir el fin previamente establecido.

3.- La falta de uniformidad en la aplicación de un método de interpretación del derecho penal sustantivo vigente.

Las reformas constitucionales de los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los últimos siete años representan, claramente, la confusión que prevalece actualmente en torno al análisis dogmático del delito y sobre todo respecto de los requisitos que se deberán exigir para el libramiento de una orden de aprehensión o el dictado de un auto de formal prisión.

En este sentido, se ha pronunciado el profesor doctor Luna Castro, quien después de haber realizado un estudio de campo, respecto a la diversidad de opiniones en torno al contenido o estructura del tipo penal, concluyó que un considerable número de entrevistados en realidad no tienen una sólida concepción dogmática de tipo, pues aún cuando dicen concebirlo de

acuerdo a la teoría finalista; con la cual se logra una mayor garantía y que, en su caso, su legislación local sigue ese modelo, al mismo tiempo contestaron que el dolo es un elemento de la culpabilidad, lo que viene a reflejar un desconocimiento inclusive sistemático de dicha figura de acuerdo a las diversas concepciones teóricas tradicionalmente controvertidas... también se evidencia que no se captan cabalmente, el alcance y los efectos de la reforma penal sobre todo respecto del estudio de las llamadas circunstancias calificativas como integradoras del tipo penal para efectos de la orden de aprehensión o el auto de formal prisión¹.

Pero la confusión y el desconocimiento no es exclusivo de los órganos jurisdiccionales, sino también, y principalmente de los poderes ejecutivo y legislativo. Ciertamente, en el informe de gobierno del 1º de septiembre de 1998, el Presidente de la República dedicó un apartado especial al problema de seguridad pública que aqueja a la sociedad mexicana:

“Combate más amplio y eficientemente a la impunidad y la inseguridad: La seguridad pública y la justicia constituyen una obligación esencial del Estado. Por eso **si hasta ahora hemos fallado**, debemos hacer todo lo necesario para no fracasar.

1 LINA CASTRO, José Nieves, *El Concepto del Tipo Penal en México*. Un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional, Editorial Porrúa, México, 1999, p. 169.

Cada uno, las autoridades del Gobierno Federal, de los gobiernos estatales y del Distrito Federal, los legisladores y los miembros del Poder Judicial, debemos asumir la tarea que nos corresponde. La seguridad pública es una deuda del Estado con los Ciudadanos.

Para dar un impulso firme al combate contra la delincuencia, el Presidente enviará al Congreso de la Unión nuevas iniciativas con reformas adicionales. Propondrán penas más severas para los delitos mas frecuentes y más graves y propondrán nuevas reglas a fin de que las penas para una persona que ha cometido varios delitos se acumulen. Además propondrán que en los casos de los delitos de más peligrosidad y frecuencia, se supriman los beneficios de la libertad preparatoria y de reducción parcial de penas.

No basta reformar las leyes para contar con la justicia y la seguridad pública que merecen los mexicanos. Por eso, hace algunos días el Gobierno Federal convocó a una cruzada contra el crimen y la delincuencia como parte del Programa Nacional de Seguridad Pública. En 1998, el Gobierno Federal estará

invirtiendo en seguridad pública dos veces más que en años pasados”.

A este respecto, Díaz Aranda, señala que es evidente la preocupación del Ejecutivo Federal por el incremento desmesurado de la criminalidad en México, ello ha llevado a afirmar a González de la Vega que “quien haya vivido durante los últimos treinta o cuarenta años, notará el cambio en su entorno. La criminalidad se ha hecho parte de nuestras vidas, de lo cotidiano; hemos aprendido, paulativamente, a vivir con ella”. De ahí la intención de tomar distintas medidas para solucionar el problema. El citado autor, pone de manifiesto que los motivos argüidos por el legislador para reformar el artículo 16 de la Constitución son que a partir de la reforma de 1993-94”...a las autoridades encargadas de la procuración de justicia se les exigieron mayores requisitos para obtener una orden de aprehensión.... Ello demuestra, a decir de la iniciativa presidencial, que el grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al Ministerio Público en la averiguación Previa evita el enjuiciamiento debido de muchos presuntos responsables, provocando en consecuencia mayor delincuencia e impunidad. De ahí que la iniciativa proponga flexibilizar los requisitos establecidos en este proceso para obtener una orden de aprehensión. Solicita que sea suficiente la acreditación de la

probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como la probable responsabilidad del indiciado.

De lo anterior se deduce que tanto el poder ejecutivo como el legislativo pretenden, a través de la reforma de 1999, disminuir la criminalidad en México mediante la consignación y procesamiento de mas personas; ¿Radica en la impartición de justicia el origen del incremento de la criminalidad en México?, y todavía mas, ¿Se mejorará esa situación con la reforma realizada?; de ello me ocupo a continuación.

Las respuestas son todas negativas, absurdamente creen, desde una perspectiva estadística que a mayor consignaciones menor delincuencia, formula falaz que va en detrimento de la seguridad de las personas, pues no interesa si está plenamente acreditado que un sujeto realizó un hecho punible, lo que interesa es que él se defienda en un proceso para demostrar su inocencia. De ahí que consideremos que la reforma de enero de 1994, encabezada, esto otros, por el profesor doctor Ricardo Franco Guzmán², establecía correctamente, los presupuestos mínimos que debería exigir la ley para someter a un ciudadano a un proceso penal, esto es, la realización de una acción u omisión y la respectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico, la

² Nació en México en el año de 1928, realizó la licenciatura en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México con la tesis "*Delito e injusto*", los estudios de doctorado los realizó en Roma, presidente del Colegio de Profesores de Carrera en la Facultad de Derecho, Subprocurador de la Procuraduría General de la República,

intervención de sujeto activo, el dolo o la culpa, la calidad de los sujetos activos o pasivos, la atribuibilidad de la acción u omisión al resultado, el objeto material, los elementos normativos, los elementos subjetivos específicos, las circunstancias externas de ejecución (tiempo, modo, lugar), requisitos todos ellos que deben, necesariamente, acreditarse para procesar a alguien, lo que no sucede en la actualidad, legalizando con ello, la posibilidad de procesar penalmente a alguien, incluso privado de su libertad hasta en tanto no culmine el proceso, aún cuando desde el inicio se advierta que el inculpaado no cometió delito alguno.

Moisés Moreno Hernández³, apunta que una dogmática anclada en realidades causales, pretendidamente inmutables es incorrecta. La tendencia debe ser en aras a la construcción de un sistema penal referido a las finalidades político-criminales que debe legitimar el Derecho Penal. A primera vista, cuando se analizan los contenidos de la reforma, no se observa de pronto esa nueva orientación filosófica y política que tienen, como tampoco se ven de inmediato cuáles son sus implicaciones prácticas, y de ahí que no falte quien pueda de pronto decir que se trata simplemente de cambios de palabras, de cambios de artículos, que no tienen mayor trascendencia. Lo cierto es que se

³ Hizo sus estudios de Licenciatura en la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana y el Doctorado en la Universidad de Bonn, Alemania, bajo la dirección del profesor Hans Welzel. Presidente del Centro de Política Criminal y Ciencias Penales.

trata, como señala Moisés Moreno⁴, de reformas muy importantes, que tienden precisamente a mejorar el sistema de justicia penal en nuestro país.

En el pensamiento del autor hay algo importante: propone que dentro del conjunto de medidas o estrategias político-criminales, que el Estado puede adoptar para luchar contra el delito, pueden encontrarse aquellas que son de índole preventiva, o bien las que pueden cumplir una función mixta, tanto preventiva como retributiva; pudiéndose, a su vez, observar la prevalencia de alguno u otro tipo de política criminal, según el carácter predominante de las medidas. El Estado puede partir de la idea de que una política criminal eminentemente represiva es la que puede garantizar el combate adecuadamente la delincuencia y lograr establecer la paz y la seguridad pública, por lo que el único instrumento para ello lo sería el Derecho Penal (entendido para el autor en un sentido amplio, esto es, abarcando no solamente el ámbito sustantivo, procesal y ejecutivo, sino también otros sectores del sistema de justicia penal)⁵. Así como también múltiples posibilidades político-criminales, con son: creación de nuevas figuras delictivas; incremento de las penas existentes; aumento de las causas de agravación de las penas; disminución de las posibilidades de defensa; reducción de beneficios para

⁴ Conferencia dictada los días 8 y 10 de febrero de 1994 en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Págs. 3 y 4.

⁵ Moreno Hernández, Moisés. *Principios rectores en el Derecho Penal moderno*, en Revista Criminalia, No. 3, sep-dic. México. 1998. Pág. 153.

cierto tipo de delitos; ampliación de la oportunidad en la actuación del ministerio público y de sus auxiliares, en detrimento de ciertos derechos, como sería el de defensa; mayor número de policías, ministerios públicos, jueces, etc., propiciando cantidad y no calidad.

Moisés Moreno refiere que la implantación de la pena de muerte son tendencias que obedecen a mentalidades retrógradas, que se cierran frente a alternativas más racionales, así como la adopción de otras medidas irracionales⁶.

Por su parte, el profesor Márquez Piñero acoge la postura de Jakobs al entender, que en su pensamiento el ordenamiento jurídico penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto a lesión de un bien jurídico, sino solo frente a un hecho en cuanto a quebrantamiento de la norma, esto es, -siguiendo a Márquez Piñero- un quebrantamiento de la norma no es un suceso natural entre los seres humanos, sino un proceso de comunicación, “de expresión de sentido entre personas”.

Es por ello que Jakobs⁷ al formular su consideración en base a un análisis causal escalonado, se aparta de esta dirección y destaca la necesaria

⁶ Moreno Hernández, Moisés. *Principios rectores en el Derecho Penal moderno...* op. cit. pág. 154.

⁷ Márquez Piñero, Rafael. *La fundamentación básica del Derecho penal*, en *Revista Criminología*, No. 2, Mayo-Agosto, México. 1999. p. 39. resume el pensamiento Jakobs de manera extraordinariamente clara en la siguiente manera.

ligazón de la sociedad, la norma y la persona en una teoría de un Derecho penal funcional que, escéptica respecto a la demostrabilidad de la voluntad correcta en relación con las normas jurídicas, y también morales, entiende que su vigencia ha de garantizarse de otro modo precisamente a través de un sanción⁸.

-
1. las reglas de imputabilidad y de exigibilidad se explican a partir de condiciones comunicativas: el delincuente es incompetente o se expresa sólo en una situación alternativa que no es posible generalizar;
 2. las alternativas volitivas no eximen de responsabilidad, ya que el Derecho no puede fundamentar la necesidad de que se quiera su observancia.
 3. las alternativas cognitivas (del tipo no dirigidas) eximen de responsabilidad porque se puede probar la necesidad de una base correcta; ello afecta tanto al conocimiento del tipo como al conocimiento del injusto;
 4. la interpretación funcional del aspecto subjetivo se refiere a la aplicación actual fáctica del Derecho vigente. La objeción de que con este planteamiento no sería posible limitar de alguna forma pena no es por tanto correcta.
 5. la capacidad real de determinación espontánea del sujeto en la dirección establecida por la norma, no aparece en la base del juicio de culpabilidad, sino que este lugar es ocupado por el hecho de que la actuación del sujeto y su situación se adecuen a un tipo normativo de sujeto actuante y de situación.
 6. en presencia de lo anterior, la conciencia social y el ordenamiento no están más dispuestos a razonar sólo cognoscitivamente ante las violaciones de expectativas legales, sino que reaccionan normativamente contraponiendo la pena, entendida como hecho simbólico contrario al significado del comportamiento delictivo.
 7. la exigencia funcionalista de restablecer la confianza en el Derecho mediante la contraposición simbólica de la pena no sólo constituye el fundamento de ésta sino contemporáneamente es el verdadero y último criterio de comprobación de los ingredientes subjetivos del delito, y por otra parte, el fundamento para determinar el grado de culpabilidad y para individualizar la medida punitiva.

⁸ Véase *La fundamentación básica del Derecho penal*, p. 55.

CONCLUSIONES

1.- El Derecho Penal es la parte del ordenamiento jurídico que limita el poder punitivo del Estado, y define como delitos determinadas conductas a cuya verificación asocia como consecuencias jurídicas penas y/o medidas de seguridad, para proteger bienes jurídicos con relevancia constitucional.

2.- El legislador debe en lo sucesivo prescindir de las normas penales en blanco, porque la motivación producto de la amenaza de la pena, sólo surtirá sus efectos en la medida en que la materia de la prohibición este perfectamente establecida en la ley penal, de manera clara y precisa, de lo contrario el destinatario de la norma seguirá siendo susceptible de desconocer el mandato o la prohibición, conocimiento que resulta esencial para la formulación del juicio de reproche.

3.- El concepto del delito responde a una doble perspectiva: por un lado un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano y, por otro, es un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho. Al primer juicio se le llama injusto penal o antijuridicidad, y al segundo culpabilidad, responsabilidad o imputación personal.

4.- La pena es, efectivamente, la privación de bienes jurídicos o restricción de derechos prevista en la ley, impuesta coactivamente por el Estado al responsable de un hecho delictivo. Consideramos que es la forma

más grave de reacción de que dispone el ordenamiento jurídico y no importando cual sea la finalidad de aplicar una pena, siempre será materialmente un castigo.

5.- La teoría de la retribución y la teoría de la prevención especial, ya no se pueden sostener científicamente, pues si la finalidad del derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescinda de todos los fines sociales, por una parte, y en cuanto a la segunda teoría, no se puede seguir soslayando que su eficacia depende al cien por ciento de la voluntad o disposición del reo, para someterse o beneficiarse del tratamiento de resocialización, lo que se reduce a una prevención prácticamente nula, según se desprende de las estadísticas que demuestran un alto índice de reincidencia.

6.- La teoría de la prevención general, debe ser la premisa del sistema penal mexicano, de modo que tendrá de reformarse la parte conducente del artículo 18 constitucional que establece lo relativo a la readaptación social.

7.- Deben desaparecer los sustitutivos penales, la libertad preparatoria y la remisión parcial de la pena, porque estas figuras jurídicas se contraponen a los fines de prevención general, creando un círculo vicioso, pues por una parte, dichos beneficios penitenciarios se otorgan bajo el discurso de la

readaptación, la cual, como es sabido, es utópica, de modo que actualmente se conceden aún cuando los beneficiarios no están readaptados socialmente, y obtienen su libertad, por otra, dicha libertad tiene como efecto la nulidad de la prevención general, pues la pena no intimida, si se parte de la premisa de que no se cumple. Luego, el resultado es un alto índice de reincidencia (readaptación social nula- prevención especial), e incremento de la delincuencia, pues los efectos de la amenaza penal, día con día se están mermando.

En el caso de los sustitutivos penales, obedece a otra razón, pues dicha figura jurídica no comparte las características de las otras dos referidas, a diferencia de ellas, la justificación no es la readaptación social, sino que es una posibilidad de salvar la consecuencia necesaria de un sistema dogmático cerrado; me explico, todo aquel que cometa un delito tiene, necesariamente, una consecuencia jurídica, salvo las excusas absolutorias, que fueron creadas precisamente para contar con la posibilidad jurídica de prescindir de la pena en casos cuyas circunstancias harían absurda la aplicación de una pena, por ejemplo, el aborto respecto de un embarazo que fue consecuencia de una violación, este caso tan discutido, evidencia claramente que el derecho penal no puede reprochar todos los injustos penales, por ello, para los fines de la pena se considera innecesaria la aplicación de la misma; lo mismo sucede con

los sustitutivos penales, ya que la pena privativa de prisión es la más severa con la que cuenta el sistema penal mexicano, salvo el fuero castrense en donde sigue vigente, desafortunadamente, la pena de muerte, es por ello, por se una pena severa, que el sistema penal consideró oportuno dejar la posibilidad de sustituir la pena más severa por otra consecuencia jurídica, cuyos efectos preventivos son hasta cierto punto innecesarios, dado que el sustitutivo operara en casos verdaderamente especiales, esto es, en casos en lo que resulte también absurdo meter a la cárcel al activo, dicho de otro modo, alternativas para evitar la prisión, cuando esta no sea estrictamente necesaria, pero desafortunadamente esta justificación ha sido distorsionada, al grado que podemos afirmar que actualmente, que todos los delitos cuya punición no exceda de cuatro años de prisión, nunca se ejecuta, pues en todos los casos se sustituye, lo que se traduce a que el autor del delito ahora sabe (después de que se le ha concedido un sustitutivo terminado el proceso penal), que la conducta que realizó cuya consecuencia normativamente era una pena de prisión, se traduce al pago de una multa, o el tener que estar firmando en una oficina de la Secretaria de Gobernación, consecuencias que, a nuestro modo de ver, no tiene efecto intimidatorio alguno.

8.- En nuestro país se violan todos y cada uno de los principios que limitan el poder punitivo del Estado.

9.- Falta uniformidad en la aplicación de un método de interpretación del derecho penal sustantivo vigente.

10.- Existe una absoluta desvinculación entre las resoluciones judiciales y la ejecución de la pena, lo que se traduce en la falta de seguimiento al fin de la pena.

BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Dominio del Hecho por Dominio de Voluntad en virtud de Aparatos Organizados de Poder, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

ANTOLISEI, Francesco, Manual de Derecho Penal , Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1988.

BACIGALUPO, Enrique, Estudios de Derecho Penal y Política Criminal, Editorial Cárdenas Editores, México, 1989.

BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1994.

BECCARIA, Cesare, De los Delitos y de las Penas, Traducción de Juan Antonio de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1996.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis, FERRE OLIVE, Juan Carlos, GARCIA RIVAS, Nicolás, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Editorial Praxis, Barcelona 1996.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Control Social y Sistema Penal, Editorial Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1997.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1996.

CARRANCA y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, UNAM, México, 1937.

CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Trigésima Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, D.F. 1992.

CEREZO MIR, José, Introducción a las Bases del Derecho Penal, editorial Tecnos, Barcelona, 1976.

CEREZO MIR, José, Curso de Derecho Penal Español, Editorial Tecnos, 5ª. Edición, Madrid, España, 1997.

DAZA GOMEZ, Carlos, Teoría General del Delito, Editorial Cárdenas, México, D.F. 1999.

DEL ROSAL, Juan, Derecho Penal Español (Lecciones), editorial Bosch 3ª. edición, Madrid, 1960.

DIAZ ARANDA, Enrique. Dolo. Causalismo, finalismo y funcionalismo y la reforma penal, Porrúa, México. 2000.

DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Código penal comentado, Porrúa, México. 1999.

ESTRADA VÉLEZ, Federico, Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1986.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, Derecho Penal Fundamental, volumen II, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1989.

FERRAJOLI. Luigi, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

FERRI, Enrique, Los Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal, trad. I. Pérez Oliva, Madrid, Góngora, 1887.

FRANCO GUZMAN, Ricardo. Delito e injusto, Escuela Nacional de Jurisprudencia, México. 1950.

FRANCO GUZMAN, Ricardo. Manual de introducción a la ciencia penal, INACIPE, México. 1976.

GARCÍA PABLOS, Antonio, Derecho Penal, Introducción, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1995.

GARCIA RIVAS, Nicolás, El Poder Punitivo en el Estado Democrático, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, España, 1996.

GIDDENS, Anthony, Un Mundo Desbocado, Los efectos de la globalización en nuestras vidas, ed. Taurus, trad. Pedro Cifuentes, Madrid, 2000.

GIMBERNAT ORDIGEIG, Enrique, Estudios de Derecho Penal, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?, 3ª. Edición, Madrid, 1990.

GOMEZ TOMILLO, Manuel. Libertad de información y teoría de la codelincuencia, Comares, Granada, España. 1998.

GORTARI, Eli, El Método de las Ciencias, editorial Grijalbo, México, 1978.

GRACIA MARTIN Luis, BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel, ALASTUEY DOBON, M. Carmen, Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Español, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1996.

GÜNTHER, Jakobs, Sobre la Teoría de la Pena, Manuel Cancio Melia (traducción), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1998.

HASSEMER, Winfried/MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1989.

HASSEMER, Winfried, Fundamentos del Derecho Penal, editorial Bosch, Barcelona, 1994.

HERNANDEZ PLASENCIA, José Ulises. La Autoría Mediata en Derecho Penal, Editorial Comares, Granada, 1996.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Editorial Losada, Buenos Aires, 1950.

JIMENEZ de ASUA, Luis, Lecciones de Derecho Penal, editorial Pedagógica Iberoamericana, Obra compilada y editada en México, 1995.

KAUFMANN, Armin, Teoría de las Normas, Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna, traducción de E. Bacigalupo y E. Garzón Váldes, editorial Depalma, Buenos Aires 1977.

LANDROVE DIAZ, Gerardo, Las Consecuencias Jurídicas del Delito, Editorial Tecnos, 4ª. Edición, Madrid, España, 1996.

LARENZ, Metodología de la Ciencia del Derecho, trad. Rodríguez Molinero, 2ª. Edición, Barcelona, 1980.

LARROYO, La Lógica de las Ciencias, editorial Porrúa, México, 1985.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, Historia de la filosofía del Derecho clásica y moderna, Tirant lo Blanch, Valencia, España. 1998.

LUNA CASTRO, José Nieves, El Concepto del Tipo Penal en México, Un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional, Editorial Porrúa, México, 1999.

LUZON PEÑA, Diego Manuel, Curso de Derecho Penal, Parte General I, editorial Universitas, Madrid, 1996.

MANTILLA PINEDA, Benigno, Filosofía del Derecho, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996.

MAPELLI CAFFARENA Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan, Las Consecuencias Jurídicas del Delito, Editorial Civitas, Madrid-Esapaña, 1993.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, Derecho Penal, Parte General, editorial Trillas, México, 1997.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *La fundamentación básica del Derecho penal*, en Revista Criminalia, No. 2, Mayo-Agosto, México. 1999.

MARQUEZ PIÑERO, Rafael. El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo, UNAM, México. 1990.

MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Filosofía del derecho, trillas, México. 1995.

MAURACH, Reinhard, Tratado de Derecho Penal, trad. Cordoba Roda, Barcelona, 1962.

MIR PUIG, Santiago, Política Criminal y Reforma del Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1982.

MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría del Delito, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984.

MIR PUIG, Santiago, Función de la Pena y Teoría del delito en el Estado Social y Democrático del Derecho, Editorial Ariel, Barcelona, 1994.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General, 5ª Edición, Barcelona, 1998.

MORENO y BRAVO, Emilio. Autoría en la Doctrina del Tribunal Supremo, Coautoría, Autoría Mediata y Delitos Impropios de Omisión, Editorial Dykinson, Madrid, 1997.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, Manual de Derecho Penal, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1992.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción al Derecho Penal, editorial Tirant lo Blanch, Barcelona, 1975.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal, Parte General, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, editorial Tirant lo Blanch, 3ª edición, Valencia 1998.

MUÑOZ R, Carlos. Fundamentos para la Teoría General del Derecho, SERSA, México. 1996. ELLSCHEID, Günter, El Pensamiento Jurídica Contemporáneo, El problema del Derecho Natural. Una Orientación Sistemática, Editorial Debate, edición a cargo de Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer, trad. Gregorio Robles, Madrid, 1992.

OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, Derecho Punitivo, Editorial Trillas, México, 1990.

PAVON VASCONCELOS, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Décima Segunda Edición, México, 1995.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. La Participación en el Delito y el Principio de Accesoriedad, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.

PEREZ MANZANO, Mercedes, Culpabilidad y Prevención: Las Teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de

la imputación subjetiva y de la pena, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1986.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, Derecho Penal, Parte General Tomo I, Fundamentos Científicos del Derecho Penal, Editorial Bosch, Barcelona 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Curso de Derecho Penal, Parte General, editorial Cedecs, Barcelona 1997.

RODRIGUEZ DEVESA, J.M Derecho Penal Español, Parte General, Madrid 1973.

RODRIGUEZ MUÑOZ, Notas al tratado de Derecho Penal de Mezger, tomo I, 3ª.ed., Madrid, 1955.

ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito, trad. Diego Manuel Luzón Peña,

Miguel Días y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal,
Editorial Civitas, 2ª. Edición, Madrid, España, 1997.

ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal,
Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1998.

ROXIN, Claus, Dogmática Penal y Política Criminal, traducción Dr.
Manuel A. Abanto Vázquez, Editorial Idemsa, Lima- Perú, 1998.

SILVA SANCHEZ, Jesús María, Aproximación al Derecho Penal
Contemporáneo, editorial Bosch, Barcelona 1992.

SILVA SANCHEZ, J.M. (ed.) Política Criminal y nuevo Derecho
Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, Wilfred Botke, La actual
discusión sobre las finalidades de la pena, J.M.Bosh Editor,
Barcelona 1997.

VIVES ANTON, Tomás S., Fundamentos del Sistema Penal, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1996, p. 412.

VON LISZT, Franz Tratado de Derecho Penal, (3 tomos), trad. Jiménez de Asúa, Madrid, 1916.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, En Busca de las Penas Perdidas, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1997.

ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel, Fundamentos de Derecho Penal, editorial Tirant lo Blanch, 3ª. edición, Valencia 1993.