

4. LA PENA.

4.1 La importancia del estudio de la pena en el presente trabajo.

En la práctica en cada caso concreto, la prisión preventiva precede a la pena, al grado de que, en el cómputo del cumplimiento de la pena privativa de libertad, debe tomarse en cuenta el tiempo pasado en prisión preventiva; además la prisión preventiva constituye un sufrimiento para el procesado al ser privado de un bien, lo que le da un carácter punitivo; por lo anterior es por lo que se estima ineludible en el presente trabajo abordar el tema de la pena.

4.2 Conceptos.

El vocablo pena procede del griego y del latín *poena*, *punio*, *punire* del cual derivó el verbo español punir, cuyo significado es castigar, ¹² por lo que la pena tiene como carácter principal el de ser un sufrimiento que consiste en la privación o disminución de un bien individual.

Para ¹³ Von Litz, *“La pena es el mal que el juez inflige al delincuente a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y a su autor”*.

Para este mismo autor ¹⁴ dos caracteres esenciales forman el concepto pena:

1. Una lesión sufrida por el autor en sus intereses jurídicamente protegidos, una intromisión en la vida, la propiedad y el honor del delincuente,
2. Es al mismo tiempo una reprobación tangible del acto y del autor.

También para Eugenio Cuello Calón¹⁵ la pena es un mal, y dice que ésta siempre es causa de aflicción para el que la cumple, que *“La pena es la*

¹² Ojeda Velásquez, Jorge. *Derecho Punitivo*. Editorial Trillas. México 1993. Pág. 69

¹³ Citado por Centeno Vargas, Julio. *Derecho penal. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Chile, 1990. Pág. 243

privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes al culpable de una infracción penal”.

De lo antes expuesto se desprende que el vocablo *pena*, evoca el sufrimiento que debe experimentar el sujeto delincente al privársele o restringírsele alguno de sus bienes jurídicos como puede ser el patrimonio, en el caso de las sanciones pecuniarias, la libertad o hasta la muerte en los países en que esta última pena se aplica.

4.3 Fundamentos filosóficos de la pena.

De acuerdo con la doctrina, toda disciplina jurídica tiene sus raíces en la Filosofía, el estudio del fundamento de la penalidad sirve para tener una idea de los criterios directivos en el desarrollo del derecho penal. Según se fundamente este en la retribución o en la defensa social se resolverán de un modo distinto cada uno de sus problemas particulares¹⁶.

Raúl Carrancá y Trujillo¹⁷ refiere que la filosofía de todos los tiempos ha reconocido la justificación del Estado para castigar, aunque fundamentándola en forma diferente, alude a Platón quien justificaba la pena en el principio de expiación en nombre e interés de la comunidad y como necesaria retribución consecuente al delito.

Para Serafín Ortiz Ortiz ¹⁸son dos las justificaciones filosóficas en que se ha sustentado la pena: por un lado, principios de justicia absoluta basados en la retribución y por otro en principios utilitarios dirigidos a alcanzar fines de prevención.

¹⁴ Citado por Reynoso Dávila, Roberto. *Teoría General de las Sanciones Penales*. Editorial Porrúa. México 1996. Pág. 7

¹⁵ Cuello Calón, Eugenio. *La Moderna Penología*. Bosh Casa Editorial Barcelona, 1958. Pág. 16

¹⁶ Jiménez de Asúa, Luis. *Derecho Penal*. Editorial Reus. Madrid 1929. Pág. 473

¹⁷ Carrancá y Trujillo, Raúl. *Derecho Penal Parte general*. Editorial Porrúa. México, 1990 Pág.154

Para abundar en lo que se refiere a las teorías absolutas y relativas de la pena, se menciona a continuación la opinión de diversos autores que se han ocupado del tema.

Dolores Eugenia Fernández ¹⁹expresa que las teorías absolutas son las que consideran a la culpabilidad como fundamento de la pena, a ésta como un fin en sí misma y que al imponer la pena no se buscan fines prácticos sino realizar la justicia.

²⁰Para las teorías absolutas la pena es retribución, es decir quien ha violado la ley debe ser castigado, la pena es una compensación del mal causado por el delito. Se pena, no para alcanzar una determinada finalidad en el campo de lo empíricamente demostrable, sino porque tiene un valor ya de por sí el que se ocasione un sufrimiento a alguien que ha quebrantado el Derecho (*poena absoluta est ab effectu*). Kant fundamentó el principio absoluto de la pena de la siguiente manera: “*La pena judicial no puede ser impuesta como simple medio para procurar a los otros bienestar, ya sea para el delincuente, ya sea para la sociedad civil, sino que tiene que ser impuesta todas las veces solamente porque él ha delinquido. El hombre no es una cosa, por lo tanto no es algo que pueda ser usado como mero instrumento, sino que tiene que ser tenido en todas sus acciones siempre como fin en sí mismo*”.

Para Hegel²¹, el Estado persigue el mantenimiento del orden jurídico; el delito causa una aparente destrucción del derecho, que la pena inmediatamente restablece, realizando la compensación jurídica.

¹⁸ Ortiz Ortíz, Serafín *Los Fines de la Pena*. Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República México 1993 Pág. 99

¹⁹ Fernández Muñoz, Eugenia. *La pena de prisión. Propuestas para sustituirla o abolirla*. UNAM. México 1993. Pág. 47.

²⁰ H. Lesch, Heiko. *La función de la pena*. Editorial Dykinson Madrid 1999. Págs. 8 y 9.

Novoa Monrreal²² opina que la mayoría de los juspenalistas tienden a aceptar la teoría de la retribución, concibiendo a la pena como necesario contrapeso de la acción antijurídica; ella sería la afirmación de la juridicidad destinada a restablecer la violación de la norma jurídica. Esta pena retributiva, importa por su misma naturaleza, un propósito de justicia absoluta que opera mediante la inflicción de un mal al delincuente.

Por su parte las teorías relativas buscan el fundamento de la pena en el fin que esta realiza, se castiga *ut nec peccetur*, para que no se delinca²³, se basan en la necesidad de prevención de futuros delitos y esta prevención puede ser de dos maneras: la prevención general y la prevención especial.

El Profesor Hans Heinrich²⁴ menciona que mientras que el punto de referencia de la retribución es la culpabilidad, en la prevención el fundamento es la peligrosidad que radica en el delincuente (prevención especial) y en un sentido más amplio en la disposición constitucional de toda persona a cometer acciones punibles (prevención general).

²⁵La prevención general se considera como una amenaza o conminación penal dirigida a los ciudadanos para evitar que delincan, opera como coacción psicológica en el momento de la tipificación penal

Este último tipo de prevención es relacionado sobre todo con Anselm von Feuerbach ²⁶ quien afirma que *“El fin del Estado es la libertad recíproca de todos sus ciudadanos, o en otras palabras la situación en la que todos pueden*

²¹ Citado por Fontan Balestra, Carlos *Derecho Penal. Introducción y Parte general* Editorial Abeledo Perrot S.A. Buenos Aires, 1991. Pág. 90

²² Novoa Monrreal, Eduardo. *El poder penal del Estado*. Homenaje a Hilde Kaufmann Directores y Compiladores Roberto Bergalli y Juan Bustos. Ediciones Depalma Buenos Aires 1985. Pág. 192.

²³ Jiménez de Asúa, Luis. Obra citada. Pág. 27

²⁴ Heinrich Jescheck, Hans. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Traducción de Mir Puig. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona 1981. Pág. 93

²⁵ Villarreal Palos, Arturo. *La función de la pena*. Revista Criminalia. Año. LIII Enero- Diciembre 1987. No. 1-12 Editorial Porrúa. Pág. 186.

²⁶ Citado por H. Lesch, Heiko. *La función de la pena*. Editorial Dykinson Madrid 1999. Pág. 22

ejercer sus derechos en su totalidad, y se encuentren seguros frente a las injurias, por lo que el fundamento de la pena es el delito. Urge la finalidad del efecto disuasorio en primer lugar no con la pena, sino con la amenaza de la pena”.

Al respecto dijo Cesar Beccaria,²⁷ “*¿Queréis prevenir los delitos? Haced que las leyes sean claras, sencillas y que toda la fuerza de la nación se concentre para defenderlas, haced que los hombres las teman y teman solo a ellas”*

Por otro lado, con la prevención especial la pena trata de evitar que quien la sufre vuelva a delinquir.

El principal exponente de las teorías de la prevención especial es Fran Von Liszt, este autor ²⁸ menciona que si el Derecho tiene como fin principal el amparo de los intereses de la vida humana, el derecho penal tiene como función peculiar la defensa más enérgica de los intereses especialmente dignos y necesitados de protección por medio de la *amenaza* de la pena, pero la totalidad de la fuerza que le es propia la desarrolla la pena en la *ejecución*, en el mantenimiento de la voluntad del orden jurídico por medio de la coacción penal. La misión de la pena de acuerdo con el mismo autor, es hacer del delincuente un hombre útil para la sociedad (adaptación superficial). Puede actuar influyendo sobre el carácter del autor para transformarlo (corrección); puede tener también como misión suprimir, perpetua o temporalmente al criminal que ha llegado a ser inútil a la sociedad (inoculización)

Para Jiménez de Asúa²⁹ un tercer grupo de teorías son las mixtas que tratan de hermanar los dos puntos de vista de las teorías absolutas y relativas, asociando la justicia absoluta con el fin socialmente útil. Pretenden que se castigue *quia*

²⁷ Beccaria, Cesare. *De los delitos y las penas*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Editorial Temis. Bogotá Colombia 1990 Pág. 82

²⁸ Von Lizt, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Traducido por Luis Jiménez de Asúa. Instituto Editorial Reus S.A. Madrid Pág. 10

peccatum est y ut nec peccetur conciliando el concepto de retribución y el fin utilitario. El delito es la razón de la pena y la retribución su esencia; pero también son fines de la penalidad el mantenimiento del orden y bien social futuro.

También se dice y con razón que la retribución y la prevención son inseparables³⁰ que mientras se hable de pena, necesariamente habrá que aceptar el contenido retributivo, independientemente de si el juzgador al momento de la punición, además de tocar música de represión, también entona la de prevención, por lo tanto el carácter retributivo es inarraigable de la pena.

Al hablar del tema Hernán Hormazabal Malarée³¹ se refiere a los límites del poder punitivo del Estado, límites que él mismo manifiesta se concretan en garantías del ciudadano. *“Estos límites están establecidos justamente a partir del reconocimiento de la situación de desigualdad del individuo frente al poder y se trata justamente a través de las garantías penales de equilibrar de alguna manera esa desigualdad”*. Se señalan aquí como límites al *jus puniendi*, los principios de necesidad de la pena y de proporcionalidad, así como la dignidad de la persona.

En este punto la posición que se apoya es de que efectivamente a cada delito debe corresponder una sanción, misma que debe ser proporcional tanto a la gravedad del hecho cometido como a la personalidad o peligrosidad del delincuente, pues se considera que la finalidad de la pena debe ser la prevención, principalmente la especial es decir la dirigida a corregir y readaptar al sujeto; actividad que debe ser realizada de forma que no acarree

²⁹ Jiménez de Asúa, Luis. *Obra citada*. Pág. 27

³⁰ Moreno Hernández, Moisés. *Sobre la Culpabilidad El Poder penal del Estado*. Homenaje a Hilde Kaufmann. Ediciones Depalma. Buenos Aires 1985. Pág. 416.

³¹ Hormazabal Malarée, Hernán. *Revisión de los límites al jus puniendi a la luz de las modernas teorías criminológicas*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Volumen XVIII-NÚMERO 59-Mayo Agosto 1996. Pág. 55

sufrimientos innecesarios y que en realidad la aplicación de esa sanción sea útil para el mantenimiento del orden jurídico.

4.4 Las funciones de la pena en la Constitución y en la legislación

Tomando en consideración las doctrinas filosóficas sobre las penas, la Comisión redactora del Código Penal federal de 1931 asumió una actitud pragmática al estimar que:

Ninguna escuela, ni doctrina puede servir para fundar íntegramente la construcción de un código penal. Sólo es posible seguir una tendencia ecléctica, o sea práctica y realizable. La fórmula "No hay delito sino delincuentes", debe completarse así: "No hay delincuentes sino hombres". El delito es principalmente un hecho contingente. Sus causas son múltiples...La pena es un mal necesario. Se justifica por distintos conceptos: por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada etc., pero fundamentalmente, por la necesidad de conservar el orden social.³²

Efectivamente el Código penal federal, se rige por la idea retributiva al señalar sanción para cada uno de los tipos penales, de todas las penas y medidas de seguridad que prevé en su artículo 24 utiliza principalmente la pena de prisión.

El artículo 16 constitucional establece: " *No podrá librarse orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal*".

Lo anterior como dice Serafín Ortiz³³, se interpreta en el sentido de que la pena corporal es un castigo y esto le da un carácter retribucionista, ya que la idea de castigo parte de un principio de justicia absoluta.

³² González de la Vega, Francisco. *Código Penal comentado*. Editorial Porrúa. México 1985. Pág.24

³³ Ortiz Ortiz, Serafín. *Los fines de la pena*. Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República. México 1993. Pág. 67

El código mencionado también establece la individualización judicial de las sanciones humanizando con ello la represión, al ordenar al juez tomar en cuenta no solamente las circunstancias exteriores de ejecución del delito sino también las peculiares del delincuente (artículo 21); refleja así mismo la idea de prevención al completar la función de las sanciones (que de acuerdo con el legislador es fundamentalmente la de conservar el orden social) con la readaptación de los infractores a la vida social con figuras como la libertad Preparatoria (artículo 84) contemplada también por la Ley de Normas Mínimas sobre readaptación social de sentenciados, que es un beneficio de libertad anticipada, y en el que un requisito en caso de delitos dolosos es el de haber cumplido las tres quintas partes de la condena.

El criterio ecléctico mencionado se observa también en el Código Penal del Estado de Nuevo León el cual en su artículo 48 señala que la privación temporal de la libertad es con la finalidad de ejercer sobre el interno una acción readaptadora.

Ello es acorde con lo que establece la Carta Magna del Estado en su artículo 17: *“El ejecutivo del Estado organizará el régimen penitenciario sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente”*.

Por su parte el artículo 3 de la Ley que regula la ejecución de sanciones penales en Nuevo León se expresa en similares términos.

De lo anterior se entiende que en nuestro Derecho Penal, la finalidad de la pena es la retribución, pero se busca también que sus efectos actúen sobre el delincuente para que no vuelva a delinquir.