

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS LÍMITES A LA POTESTAD DE PUNIR

— I —

Los fundamentos que limitan la potestad de punir

¿Cuáles son los límites del poder punitivo del Estado? El contestar que esos límites son las garantías que formalmente se establecen en la Constitución, o que son los que se deducen de ella para sustentar los presupuestos jurídico-formales del hecho punible, sería una buena e importante respuesta, pero incompleta. Pues ante esa contestación, cabe entonces reflexionar acerca de las interrogantes siguientes:

¿Tiene el Estado legitimación —si es que se ajusta a los cauces formales— para sancionar penalmente cualquier manifestación de lo que podría ser conducta? ¿Y acaso la tiene para señalar con pena cualquier ámbito de prohibición y de castigar con la intensidad y de la forma que él desee? ¿Qué, porqué y para qué se debe punir? ¿Y cuáles son los fundamentos de los límites sustanciales a la potestad de punir que se puedan derivar de la C. en el contexto de un estado de derecho?

Siguiendo a Roxin: (...) estas preguntas acerca del sentido de la pena estatal se plantean en todas las épocas.¹⁰⁸ Y el tema se vuelve de acuciante actualidad cuando se trata de fundar un nuevo código penal. —Y agrego por mi parte— al igual que cuando se intenta una reforma legislativa en ese ámbito o se analiza a uno u otra. Roxin agrega: (...) ¿Cómo y bajo qué presupuestos se puede justificar que el grupo de hombres que se asocia en el Estado prive de su libertad a alguno de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, su existencia social?¹⁰⁹ Esa es una pregunta acerca de la legitimación del Derecho Penal y los límites de la fuerza estatal. De ahí que —afirma Roxin—: (...) sea difícil contentarse con las respuestas del pasado. Pues la situación histórica, constitucional y social del presente, exige que se penetre intelectualmente en situaciones complejas. Para encontrar respuestas que den sentido y fin a la legislación penal.¹¹⁰ Las que a la vez que justifiquen los límites al poder punitivo, le den a aquélla contenido programático coherente con la C. Y —de nueva cuenta— la respuesta correcta dependerá de los fundamentos de la política criminal que se adopte por el Estado. O mejor dicho, de la que se deba acoger por un Estado que aspire a los ideales de un estado de derecho. Misma que es, precisamente, la que le corresponde favorecer al Estado Mexicano. Y ello es así por virtud de la propia carta fundamental del país, la cual atiende a aquél anhelo en sus artículos 1° a 29 y en especial los artículos 3°, 25, 39 y 40 como normas de primer nivel según ya se vio. Por lo tanto, se requiere de una política criminal que con base en las aspiraciones de un estado de derecho trace los fundamentos y límites formales y sustanciales al poder punitivo estatal. De fundamentos y límites que concuerden con el espíritu «democrático» del estado de derecho: en los que se respete la esencia del ser humano y a la vez se cumplan las aspiraciones de justicia, beneficio y paz social. Por ser personas a las que se dirige directamente la pena. Al menos las penas que afectan a las personas de la manera más drástica, cuales son las de la privación o la limitación severa de la libertad personal. Y por ser la sociedad la que se afecta con el delito y la que se debe

¹⁰⁸ Claus Roxin, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Editorial Reus, S. A., Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Madrid, 1976, p. 11.

¹⁰⁹ *Idem.*

¹¹⁰ *Ibid.* p. 12.

beneficiar con esas medidas de control, respecto de las cuales —personas y sociedad— la pena debe tener un fin dentro de ciertos cotos que limiten los excesos más irracionales del poder punitivo.

Y ese fin y dichos cotos se proyectan —o se debieran proyectar— en cuatro esferas. **La primera:** es en la de las conminaciones penales. Es decir, en la razón y límites para la creación legal de los delitos y de sus penas. **La segunda:** es en los fundamentos y los límites a la concepción jurídica del delito. **La tercera:** es en los fundamentos y los límites de la imposición y medición judicial de la pena que se deba aplicar. Es decir, la que en la práctica judicial se conoce como declaración de responsabilidad penal e individualización de las penas. **Y la cuarta,** de ejecución penal: que es la fase de cumplimiento de esas penas, la que también ha de atender al fin y los límites de punir.¹¹¹

De aquí entonces que, de entrada, se deba insistir que si bien el poder punitivo del Estado está implícito en la C., a la vez aquél también se cife por las garantías individuales y el espíritu de los artículos 3°, 25, 39 y 40 de la carta fundamental y por todos aquellos otros preceptos de la carta fundamental de los que se deriva el reconocimiento de los derechos humanos y de la necesidad —dentro de esa tendencia— de que el Estado proteja las condiciones esenciales para su disfrute y, por ende, de que en ese ámbito realice actos benéficos para la gente. De lo que se sigue que si se aspira a un estado de derecho —hacia el cual se orienta nuestra Constitución política en sus artículos 3°, 25, 39 y 40—, el poder de punir que el pueblo concede al Estado debe ser un poder que se limite por el respeto a los derechos de las personas y en beneficio de la sociedad. Y de ningún modo que se ejerza en detrimento de ellas. En tal contexto hay que enfocar entonces el carácter antropocéntrico que debe regir la valoración del sistema penal y que se apoya en la misma protección constitucional de los derechos individuales y colectivos del ser humano a los que se sujeta al poder punitivo. Porque por un lado, de allí debe sostenerse la idea de fundamentar en la misma C. la existencia de los bienes jurídicos que haya que proteger. Pues aun cuando los bienes jurídicos en sí mismos no son los valores y los derechos personales y sociales que garantiza la C., sí son las situaciones y condiciones mediante las cuales se hace posible el ejercicio o la disposición de aquellos para el pleno desarrollo personal en el ámbito social. Y porque, por el otro —y por más que el poder penal tienda a proteger bienes jurídicos para la convivencia pacífica en la comunidad— esa función sólo podrá aceptarse en la medida en que se dé la grave lesión de esos bienes jurídicos a través de la concreción del tipo penal y aquella medida respete la dignidad del ser humano y a la vez favorezca una convivencia en la que cualquier persona —y, por tanto, todas las personas— puedan auto realizarse y desarrollarse. Dicen Muñoz Conde y García Arán: (...) La autorrealización humana necesita de unos presupuestos existenciales que en tanto son de utilidad para el hombre, se denominan «bienes» y, concretamente, en tanto son objeto de protección por el Derecho, «bienes jurídicos».¹¹² Y agregan: (...) Así pues, «bienes jurídicos» son aquellos presupuestos que las personas necesitan para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social.¹¹³ Y más aún, porque lo que realmente importa como primer criterio limitador del poder punitivo es la «lesión grave» al bien jurídico; la cual sucede —en sentido amplio y siguiendo la idea de Zaffaroni—: (...) cuando se afecta la relación de disponibilidad de una persona con un objeto¹¹⁴ (vida, salud, libertad, dignidad, patrimonio etc.). Y en tal contexto se conciba un Derecho Penal

¹¹¹ Esta diferenciación fue hecha por Claus Roxin, en *Problemas Básicos de Derecho Penal*, op. cit., p. 20. Sin embargo, Roxin la reduce a tres ámbitos: el del derecho de punir, el de aplicación de la pena y el ejecutivo penal. Ver, además, los números III y IV de este Capítulo y el número I del Capítulo Tercero.

¹¹² Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal*, 4ª edición, revisada y puesta al día, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 85.

¹¹³ Ídem, op. cit. Las "negritas" son mías.

¹¹⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Sliokar, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 446 y ss.

limitador. Un Derecho Penal que con base en la realidad jurídica y dentro de ella conforme a los valores y derechos que la C. reconoce al ser humano, de convivencia libre y responsable en la sociedad, cerque racionalmente los afanes punitivos estatales a límites tolerables en su irracionalidad.

Es entonces insoportable un Derecho Penal que en el entendimiento de sus normas desconozca la indispensable lesión seria a los bienes jurídicos como condición esencial para admitir la posibilidad de que actúe el poder punitivo. O que entienda a aquellos bienes más como mero fruto de los intereses de la sociedad o del Estado y no de las condiciones que requiere toda persona para su autorrealización y desarrollo en la vida social. Las que se deben concebir en el marco de las garantías individuales y los derechos humanos consagrados en la C. O igual todavía serán inaceptables aquellas ideas que supriman o sustituyan el ataque grave a los bienes jurídicos que se derivan de esas garantías y derechos, en aras de la mera «funcionalidad» del sistema social» o para el «restablecimiento de la vigencia de la norma». Porque con ello el Derecho Penal no solo se desentiende de los límites del estado de derecho en los que se enmarca la Constitución —como son los derechos humanos y las condiciones que hacen posible su realización—, sino que, además, los expone a que se les cancele por concepciones autoritarias.

Por el contrario, el ejercicio del poder punitivo debe suponer la grave lesividad a los bienes jurídicos de las personas y de la gente y por igual respetar a los derechos humanos. Un poder en el que sus límites sean la esencia misma del ser humano como «sujeto» y no como «objeto» del Derecho Penal. Y en el cual no sólo la conducta en el tipo penal y la antijuridicidad sino la culpabilidad y la responsabilidad individuales sean lindes a la potestad de punir y no sólo los detonantes para aplicar la pena en cualquier caso y en cualquier intensidad. Un poder penal que se aplique con criterios garantistas. Y en esos marcos se busque su eficacia. Un poder penal del que su ejecución se corresponda con esas bases y con los fines de la readaptación social del sentenciado. La que sea digna y en la medida de lo posible benéfica para la sociedad. Y todo ello es así porque si el mismo poder punitivo del Estado se prevé en el marco de las garantías individuales, por lo tanto, ante él debe concebirse un Derecho Penal de protección de las personas frente a los excesos del poder punitivo del Estado. Sin que se le pueda trastocar en una omnímoda facultad de injerencia estatal contra las personas. Mas de aquí se sigue igualmente que la función protectora, preventiva y retributiva de la pena que surgió en parte del Estado liberal —por la cual es importante buscar su eficacia y de éste modo cumplir aquellos fines— se debe atemperar con ciertos límites que eviten a un Estado más preocupado por la capacidad de sí mismo que por servir a todos los ciudadanos por igual. Porque de no ser así, se cierne el peligro de que la búsqueda de la eficacia de la pena se trueque en terror punitivo estatal. (...) Como toda arma peligrosa —comenta Mir Puig— la pena preventiva ha de someterse a un control riguroso.¹¹⁶

De aquí pues que sea preciso examinar con esa luz las ideas tradicionales que pretenden fundar el poder punitivo estatal.

— II —

Los fundamentos tradicionales de la potestad de punir

Cuando oímos de un delito que afecta nuestros sentimientos de piedad y de justicia es natural que reaccionemos con indignación. Y es normal que pensemos que se deba castigar al culpable. A veces, el hecho simplemente conmueve nuestros sentimientos de justicia muy personales. En otras, el delito es de por sí atroz.

¹¹⁶ Santiago Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 36.

O en los medios de información al público se maneja el caso de manera sensacionalista. Ante ello surgen las voces que claman penas más severas en la ley y para el culpable. Para que éste escarmiente. Y para que las penas duras sirvan de ejemplo a otros. Así se amedrentará a los futuros delincuentes. A tal grado que la salida fácil u obvia para muchos políticos, empresarios y líderes sociales en general, es la de pedir esos castigos dechados. E incluso la de decir que se estudien las reformas legales para ello. No falta tampoco que se sugieran hasta plebiscitos o consultas populares; o al menos el que se deba acudir a encuestas que revelen la opinión pública sobre la necesidad de sanciones más severas o de que las existentes se materialicen con prisión preventiva antes de la sentencia de condena. En ocasiones —las menos— el hecho no es siquiera un delito pero conmueve los sentimientos morales o religiosos de algunos o de muchos. Pero brota la barahúnda que pide pena por la inmoralidad del acto o lo indeseable de la conducta y que la cárcel sirva para se castigue o se corrija al sujeto indecente o al indeseable. Muchas de esas reacciones son genuinas y válidas en gran parte, pues no podemos desconocer que dentro de la naturaleza humana late siempre el sentido de justicia; que se deriva quizá en algo del instinto de conservación de nuestra especie. Y, además, como un valor que surge de una aspiración natural del ser humano.

¿Pero será ello bastante para legitimar el poder de punir?

¿Será ello suficiente para que se sancione penalmente cualquier conducta o para que se agraven y se impongan las penas en cualquier medida?

O ¿será la pena la medida necesaria para corregir a los que se aparten de lo indeseable o inmoral? O simplemente, ¿será sólo ella el medio para promover la fidelidad al Derecho y la vigencia de la ley?

En realidad esas posturas no son ajenas a las principales tesis que han gobernado durante siglos al pensamiento juspenalista para fundar la pena. Y las cuales todavía prevalecen. Y las que casi siempre tienden a descollar. Pues tradicionalmente a aquella pregunta inicial de ¿cuál debe ser el fundamento de la pena?, se le proponen cuatro respuestas alternas: La de la justa retribución. La de la prevención general. La de la prevención especial. Y la de la adición compensadora. A las cuales se les suman ahora las de la prevención social positiva y la de la compensación dialéctica. Y frente a las cuales se alzan la garantista del utilitarismo reformado y la de un Derecho Penal reductor.

A. La tesis de la retribución. La tesis de la retribución en realidad se manifiesta en la historia, la filosofía y la cultura a través de un elemento común en sus posiciones con relación a la facultad de punir. Las tesis retributivas conciben a la pena como fin en sí mismo; esto es, como castigo, compensación o reparación por el delito. Las tesis retributivas asumen así una postura absolutista acerca de la pena. Ellas justifican el erigir las penas e imponerlas como un deber meta jurídico. El cumplimiento de ese deber mira al pasado, al delito cometido. Y funda las conminaciones penales en la culpabilidad de su autor, el que —en correspondencia— deba sufrir la pena. Para la llamada tesis de la retribución el sentido de la pena estriba en que la culpabilidad del autor se compensa con imponerle un mal penal. Éste mal cumple en sí la función del sistema penal. (...) La justificación de tal procedimiento —nos dice Roxin—, descansa en la realización de una idea: la justicia.¹¹⁶ La pena, pues, lleva su fin en sí misma. Tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia. Kant lo formuló de un modo más expresivo: (...) incluso aunque la sociedad civil con todos sus miembros acordara disolverse; por

¹¹⁶ Claus Roxin, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, p. 11

ejemplo, el pueblo que vive en una isla decidiera separarse y dispersarse por todo el mundo. Se tendría que ejecutar antes al último asesino que se hallara en la cárcel. Para que cada uno sufra lo que sus hechos merecen. Y para que no pese la culpa de la sangre sobre el pueblo que no insistió en su castigo.¹¹⁷ La conocida fórmula dialéctica de Hegel sobre la esencia de la pena, como “[u]na negación a la negación del Derecho”,¹¹⁸ significa exactamente lo mismo: El delito se aniquila, se niega y se explica por el sufrimiento de la pena. La que de ese modo restablece al Derecho que se le lesionó. Empero, antes y después de estos ilustres pensadores, muchos otros destacados filósofos y juristas en el orden penal sostuvieron la idea de que infligir penas tiene un valor intrínseco y de que no persigue otro fin que la justa retribución de los delitos. Ferrajoli señala entre los más conocidos a Rossi, Pessina, Maggiore, Bettiol y Binding.¹¹⁹

Asimismo, Roxin destaca que (...) la teología cristiana sustenta de manera predominante, hoy como ayer, ese punto de vista, al considerar a la realización de la justicia como mandato de Dios y a la pena como ejecución de la función judicial divina.¹²⁰ En su turno Ferrajoli explica que —en el fondo e históricamente—: (...) las doctrinas retribucionistas se fundamentan todas en la máxima de que es justo devolver mal por mal. Y el maestro italiano añade: (...) Se trata de un principio que tiene vetustos orígenes y que está en la base de esa institución arcaica, común a todos los ordenamientos primitivos, que es la «venganza de la sangre». Presente ya en la tradición hebraica, transmitida a pesar del precepto evangélico del perdón, a la tradición cristiana y católica desde san Pablo, san Agustín, y santo Tomás hasta Pío XII. Esta concepción gira en torno a tres ideas elementales de corte religioso: La de la «venganza» (ex parte argentias); la de la «expiación» (ex parte patientis); y la del «reequilibrio» entre pena y delito.¹²¹ La circunstancia de que concurra en una poderosa corriente la tradición filosófica del idealismo y la cristiana —que en el siglo XIX penetraron la cultura de múltiples maneras— es en definitiva, en concepto de Roxin, (...) la causa de que la teoría de la retribución haya sido reinante y, todavía hoy, cuente con el mayor número de adeptos. Y es igualmente incuestionable que la idea de la compensación retributiva —al intentar traer un reflejo de armonía superior a nuestra frágil existencia terrena— tiene una fuerza triunfalmente sublime. A la cual es muy difícil sustraerse.¹²²

B. La tesis de la prevención general. La segunda de las respuestas tradicionales al sentido y fin de la pena la encontramos no en la influencia —sea retributiva, sea correctiva o asegurativa— sobre el autor mismo, sino en sus efectos intimidatorios sobre la generalidad. Es decir, en la llamada prevención general. La tesis utilitarista de la prevención general rechaza el retribucionismo. La pena, dice Grocio, (...) debe perseguir utilidades futuras, entre ellas —señala—: la prevención de los delitos mediante el ejemplo.¹²³ Esta tesis tuvo en Anselmo Von Feuerbach —fundador de la moderna ciencia alemana del Derecho Penal— a su más famoso representante. A principios del siglo XIX Feuerbach basó su influyente sistema en el pensamiento de la intimidación general. Con arreglo a esa idea, Feuerbach sostuvo que: (...) el fin de la imposición de la misma es fundamentar la efectividad de la amenaza legal, en cuanto que sin ella esa amenaza sería vana e ineficaz.

¹¹⁷ Emmanuel Kant, cit. por Roxin en *Problemas Básicos del...*, p. 12

¹¹⁸ Hegel, cit. por Roxin, ídem.

¹¹⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, p. 255.

¹²⁰ Claus Roxin, op. cit., p. 13.

¹²¹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón...*, p. 254.

¹²² Claus Roxin, op. cit., p. 14.

¹²³ Hugo Grocio, *De Jure Belli et Pacis*, citado por Luigi Ferrajoli, op. cit., pp. 259 y 297.

Consecuentemente, el fin último de la imposición de una pena es, en su opinión, (...) asimismo mera intimidación de los ciudadanos por medio de la ley.¹²⁴

Pero hoy en día la concepción de la prevención general mantiene su importancia. En el Estado de Coahuila — como en muchos otros estados y en la misma federación— fuimos testigos de que en 1994 el legislador aumentó de modo radical las penas para prácticamente cualquier clase de robos. Todo ello bajo la idea de que con la ayuda del código penal se puede motivar a la generalidad a comportarse con arreglo al orden y así se disminuya el número de delitos. Ellas fueron y son obvias consideraciones de carácter preventivo-general. En suma, (...) la tesis utilitarista de la prevención general —como dice Ferrajoli—: ajusta el fin de la pena a la máxima utilidad posible que quepa asegurar a la mayoría, formada por los no desviados.¹²⁵

C. La tesis de la prevención especial. La tercera solución que pretende fundar la pena estatal la brinda la tesis de la prevención especial. Ésta no quiere retribuir el hecho pasado, sino que ve la justificación de la pena en que ella debe “prevenir nuevos delitos del autor”. En tal sentido se le califica —igual que a la tesis de la «prevención general»— como una tesis utilitaria. Ya Tomás Moro aludía en su *Utopía* a la idea de un carácter terapéutico para la pena de prisión, según la cual (...) los hombres que delinquen pueden ser no sólo castigados sino también constreñidos por el estado a hacerse buenos.¹²⁶ En tal virtud, Moro llegó a postular en su *Utopía* la indeterminación de las penas y la sustitución de la de prisión por la de muerte para el reo que se revelara irrecuperable.

Mas esta tesis, en su forma moderna, procede de la época de la ilustración. En el siglo XIX retrocedió ante la tesis de la retribución. Pero a finales de ese siglo resurgió con fuerza gracias al penalista Franz Von Liszt y a su escuela, (...) con su Programa de Marburgo de 1892 que elaboró un modelo de Derecho Penal como instrumento flexible y multifuncional de resocialización, neutralización e intimidación.¹²⁷ En las dos primeras vertientes funcionales se apuntan la enmienda terapéutica o correccionalista para los socializables y la segregación para los irrecuperables; todo ello, lógica y necesariamente, a través de medidas indeterminadas en su duración e intercambiables en su naturaleza específica de tratamiento, a efecto de lograr la defensa social. En ruta análoga —en cuanto a los fines preventivos especiales de la punición, pero con motivación distinta e incluso opuesta en cuanto a la fundamentación— se inscribió también el positivismo italiano que nació con Lombroso, Ferri y Garofalo.¹²⁸ Aunque en ese sendero también se pueden anotar en cierta medida a Florián y Grispigni.¹²⁹ El positivismo basó su tesis en la «peligrosidad social» del autor, que tanta influencia tuvo en el Derecho Penal Mexicano durante más de seis décadas del siglo XX —y de la cual todavía existen signos

¹²⁴ Cit. por Roxín, *Problemas Básicos...*, p. 15

¹²⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón...*, p. 261.

¹²⁶ Tomás Moro, *Utopía*, trad. P. Rodríguez Santidrián, Libro I, Editorial Alianza, Madrid, España, 1984, p. 88.

¹²⁷ Cit por Gustavo Malo Camacho en *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 2000, pp. 85 y 86.

¹²⁸ Cit por Ignacio Villalobos en *Derecho Penal Mexicano*, cuarta edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1983, pp. 36 a 40.

¹²⁹ Rafael Lombroso, *La criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión* (trad. Pedro Dorado Montero), Editorial La España Moderna, Madrid, 1890, pp. 23 y ss. Enrico Ferri, *Sociología Criminal*, cit. por Gustavo Malo Camacho, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa S. A., México, 2000, p. 64; Eugenio Florián, *Del delito y de las penas en general*, y Filippo Grispigni, *Derecho Penal Italiano*, citados por Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, p. 266.

trascendentes—. ¹³⁰ La prevención especial tuvo un gran ascendiente en gran parte del mundo occidental del siglo XX. Ese influjo fue a veces dominante durante las dos primeras décadas de la segunda mitad del siglo pasado gracias al movimiento internacional de la defensa social y tuvo su reflejo en México en muchas leyes de ejecución penal. Pero antes de él, el positivismo italiano se extendió en México con eficacia y mucho más prontitud desde el segundo cuarto de esa centuria en la legislación penal federal de 1931 y en las legislaciones estatales que le siguieron. Esos códigos fundaron la pena en la peligrosidad o la temibilidad social del delincuente. En vía paralela —aunque con razonamientos diversos y a partir de cierto punto más temerarios— podemos anotar al Derecho Penal de Autor. ¹³¹ Él se basa en la caracterología del delincuente o antisocial y ve en los tipos penales a los medios en los que se describen los síntomas de la personalidad delincuencia o la de aquella que es opuesta a la sociedad. La idea de la pena, pues, es la de incidir en la personalidad delincuencia o insociable.

De lo expuesto se puede concluir que las tesis de la prevención especial no quieren retribuir el hecho pasado; ni que se amedrente con penas ejemplares. Sino que ven la justificación de la pena en que ésta debe “prevenir nuevos delitos del individuo”. Ello puede ocurrir de tres maneras: 1. Corrigiendo al corregible. Esto es lo que muchos llaman erróneamente “readaptación”. 2. Intimidando al que por lo menos todavía es intimidable. Y, 3. Haciendo inofensivo, mediante la pena de privación de libertad, a quien ni es corregible ni es intimidable.

D. La tesis de la adición compensadora. Esta tesis pretende fundar la pena a través de superponer las tesis tradicionales. Así, podría formularse de la manera siguiente: La pena no sólo debe compensar la culpabilidad del delincuente; sino que junto con ello tiene también el sentido general de hacer prevalecer al orden jurídico. Además, sirve a determinados fines de política criminal. En primer término, a fin de prevenir futuros delitos. Esto puede ocurrir intimidando al delincuente y a los demás para que no cometan tales hechos. Y ello se puede lograr de modo más duradero, al actuar sobre el delincuente para volverle a ganar para la comunidad. Todos estos fines se consiguen en parte por sí mismos mediante la pena. Pero en el caso concreto se puede también procurar conseguirlos de modo especial con la clase y medida de la pena. ¹³²

III

Los fundamentos modernos del Derecho Penal

Por su parte, a partir de Roxin hasta Jakobs, en el último cuarto del siglo XX se elaboraron tesis nuevas que intentan fundamentar con un enfoque diferente la potestad punitiva del Estado. Ellas partieron de la crítica a la

¹³⁰ Piénsese en la fracción I del artículo 20 C., que concede la facultad al juez de negar la libertad caucional con base en que la libertad del inculpado represente un «riesgo» para la sociedad. Al igual que en el artículo 52 del CPF que aludía a la “peligrosidad” del sujeto como base para individualizar la pena de prisión; artículo que no se reformó sino hasta el 10 de enero de 1994, de acuerdo con el Diario Oficial de la Federación.

¹³¹ Roxin considera a Liszt como aliado en parte de un Derecho Penal de Autor, en cuanto propugnaba la introducción de «sentencias penales indeterminadas», en las que la duración de su cumplimiento dependería de que se alcanzara el fin de la pena, según la personalidad del autor. Pero Roxin se cuida de precisar que fue en los años treinta cuando se dio realmente un retroceso en los esfuerzos por desarrollar un Derecho Penal de Autor Preventivo siguiendo la orientación de Liszt, surgiendo otros enfoques, como los de Erik Wolf en la doctrina que llama al autor como miembro personal de la comunidad jurídica con una actitud interna corrompida y describe esa depravación de la actitud interna como «tipos de autoría», asimismo, a la Ley de delincuentes habituales de 1933. Roxin apunta, además, que la explicación más influyente, con su teoría de la “culpabilidad por la conducción de la vida”, que debía añadirse a la culpabilidad por el hecho concreto. Igualmente, Roxin destaca que una transformación de carácter totalmente distinto del Derecho Penal de Autor se dio con las regulaciones del Derecho Penal de Guerra del régimen nazi, que introdujo las expresiones de sujeto nocivo para el pueblo para imponer penas draconianas a tipos de personalidad que encuadraran en la susodicha expresión. (Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*; traducción por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, reimprisión, Editorial Civitas, S. A., Madrid, España, 1999, pp. 178 a 182.)

¹³² Citada por Claus Roxin, en *Problemas Básicos...*, p. 27.

tradicional función represiva o preventiva del Derecho Penal, la que tiene sólo el carácter negativo de negar la negación al Derecho o de concretarse a la prevención de los delitos mediante la amenaza de la pena o a su función preventiva especial.

A. La tesis preventiva del fin de la vigencia de la norma: —en función del sistema social de convivencia—. En vez de aquellas funciones de represión o de prevención negativa, Jakobs apunta que [El Derecho Penal y dentro de él el poder punitivo] (...) debe tener una función de prevención positiva de reestablecer la vigencia de la norma y de internalización al responsable en la conciencia de la comunidad jurídica. El Dr. Jorge Robledo Ramírez cita también como exponentes de esa tesis desde a Hassemmer, Armin Kaufmann y Luzón, hasta los que él llama: (...) los representantes de la sociología jurídica alemana: desde el mismo Jakobs, hasta Otto, Amelung y Luhmann, que defienden que el lugar de la resocialización debe ser ocupado por la prevención general positiva y cuyo origen se remonta a fines del siglo XIX gracias a la teoría funcionalista de Durkheim.¹³³ Aunque las concepciones sobre esa clase de prevención general "positiva" difieren entre sus adalides, para un sector relevante se podrían sintetizar en la idea de sustituir las tradicionales tesis sobre la prevención por las funciones de restablecer la vigencia de la norma jurídica, en tanto que el Derecho Penal promueve por un lado la estabilidad social y la confianza en el Derecho, y por el otro, la fidelidad al mismo.

De los principales expositores de esa teoría, Günter Jakobs y Köhler son dos de sus ponentes más destacados. En esencia, Jakobs sostiene que las distintas categorías del delito se deben enfocar de acuerdo con su funcionalidad para el sistema social de convivencia. En su Derecho Penal¹³⁴ Jakobs define al delito como la frustración de las expectativas sociales normativas y a la pena como la afirmación de la vigencia de esas normas —en las que se consagran las expectativas sociales—. Como las normas penales expresan aquellas expectativas, nada parece más adecuado que organizar la fundamentación del Derecho Penal y el sentido de la pena en un contexto esencialmente socio-normativo. Para ello, Jakobs acude —al igual que Köhler— a la filosofía jurídica y a las teorías de la normatividad formal de Kant y de Hegel. En tal sentido la tesis preventiva funcionalista se adscribe a la corriente neokantiana. Así, Jakobs entiende que no se puede conceptualizar al delito y a la pena sino en función de la reafirmación (comunicativa) de la norma.¹³⁵ Y —según lo cita Bernd Shünemann— Köhler sostiene —con relación a la magnitud de la pena— que: (...) su base necesaria se constituye por el efectivo restablecimiento de la misma relación jurídica, incluso en las penas más leves.¹³⁶ Todo ello en función del sistema social de convivencia que exista en cada país. De aquí que Jakobs y los demás funcionalistas del mismo corte no sometan a valoración crítica al sistema de expectativas sociales que se refleja en el ámbito de la normatividad jurídico-penal. Sino que elaboran las categorías o elementos del delito desde el punto de vista de su funcionalidad social intrasistemática. Es decir, de su funcionalidad dentro del sistema normativo que se conciba como reflejo de las expectativas de una sociedad. Ello es válido

¹³³ Jorge Robledo Ramírez, "La prevención general positiva", *Criminología*, año LXI, N° 3, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Pomú S. A., México, D. F., septiembre-diciembre 1995, pp. 3 y ss.

¹³⁴ Günter Jakobs, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, 2ª edición, corregida, traducción: Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, España, 1997, pp. 13 y ss.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ Michael Köhler, citado por Bernd Shünemann, en Claus Roxin, Günter Jakobs, Bernd Shünemann, Wolfgang Frisch y Michael Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra)*; Civitas Ediciones S.L., Madrid, España, año de 2000, pp. 117 y 118.

cualesquiera que sean los sistemas en los que se apliquen aquellas concepciones. En tanto que los criterios ordenadores se dan por el mismo sistema de que se trate según las diversas sociedades. La concepción preventiva del Derecho Penal es así neutra —aunque con un marcado acento normativo— y de base sociológica en la tesis de Jakobs. Y, en general, se adopta similar sentido en las tesis funcionalistas que le siguen. En suma, la función del Derecho Penal sería la de promover en la sociedad la vigencia de la norma penal a través de la pena.

B. La tesis de la función preventiva dialéctica. Mas para otra parcela importante de esa doctrina, el Derecho Penal es en sí el conjunto de principios jurídicos que se introyectan en el poder punitivo del Estado y lo limitan. Así, primero sobrevino la tesis de que la prevención positiva estaría limitada por los principios de un estado de derecho. De tal suerte que a la función de prevención positiva se le añade por otros estudiosos las restricciones que provengan de un estado de derecho y democrático. El Dr. Jorge Robledo Ramírez —en un breve análisis crítico que hace de la postura inicial de la prevención positiva— señala que: (...) todo tipo de prevención positiva ha de ajustarse a los límites del estado de derecho, de tal suerte que se presente como superadora de las denominadas «antinomias de los fines de la pena» en los diferentes momentos de su concreción.¹³⁷ Robledo Ramírez cita a Mir Puig: (...) lo que puede resultar aconsejable para la prevención general puede oponerse a lo exigible por el principio de culpabilidad o por el de proporcionalidad, o ambas cosas, a su vez, pueden entrar en colisión con las necesidades de prevención especial. Con ese enfoque, Robledo Ramírez cita de nuevo a Mir, quién afirma que se busca: (...) exigir que la pena, además de necesaria para la prevención de delitos, respete aquellos límites fuera de los cuales no supone ya la afirmación de un derecho social y democrático, sino precisamente su negación.¹³⁸

Podemos colocar sin duda a Roxin como precursor de esta corriente. Él la llama teoría unificadora preventiva o mixta¹³⁹, en la cual las tensiones que se dan entre los distintos fines que se derivan de las tesis tradicionales del poder punitivo se deben resolver dialécticamente siempre y de tal modo que tiendan a limitar a aquél a través de los principios de un estado de derecho. Así, sostiene que: (...) el punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo. Puesto que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio, también la pena concreta sólo puede perseguir esto, es decir, un fin preventivo del delito. De ello resulta, además, que la prevención general y la especial deben figurar conjuntamente como fines de la pena. Puesto que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular como sobre la colectividad, ambos medios se subordinan al fin último al que se extienden y son igualmente legítimos.¹⁴⁰ En tal virtud, el pensador alemán explica que la prevención general y la especial, sujetas a los límites del estado de derecho, operan a su vez como cercos al poder punitivo. Pues

¹³⁷ Jorge Robledo Ramírez, "La prevención general positiva", pp. 5 y ss.

¹³⁸ S. Mir Puig, "Función fundamentadora y limitadora de la prevención general positiva", en *Poder y Control, Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social*, N° 0. También *Prevención y Teoría de la pena: presente y alternativas*. Editorial Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, ambas op. cit. por Jorge Robledo Ramírez, en: "La prevención general...", p. 6.

¹³⁹ Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier De Vicente Remesal; reimpresión, Editorial Civitas, S. A., Madrid, España, 1999, p. 85.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 95.

siempre que sea superfluo imponer una pena o cierta clase de pena a efectos de prevención general o especial, a la sanción misma le faltará la legitimación de su necesidad social. Esto se debe manifestar, en primer lugar, en cuanto al proceso de selección legal de las conductas punibles a través del principio de intervención mínima como se verá el apartado siguiente.

Mas Roxin rechaza a la retribución como un fin plausible del Derecho Penal. Contra ella aduce, (...) es cierto que en el castigo reside un reproche 'ético-social', como hoy es admitido generalmente. Pero sea como fuere, del hecho de que en el castigo radica un "reproche social" no se deduce que la pena sea esencialmente retribución ni tampoco únicamente causación de un mal. Pues de la desaprobación de una conducta se puede derivar igualmente la consecuencia de que tiende a su futura evitación en el sentido de influencia motivadora.¹⁴¹ Por lo demás, en concepto de Roxin, la razón de crear las conminaciones penales no estriba en la retribución que se deriva de la culpabilidad, sino que las conminaciones penales tienen una función preventiva general y especial a las cuales se les limita, precisamente, por una noción de culpabilidad ajustada a los lindes de un estado de derecho. Según esto, sólo podría haber pena si a la postre hubo culpabilidad y sólo hasta la medida de gravedad de esa culpabilidad. Y aún así, cuando las circunstancias del caso concreto evidencien la irracionalidad de la pena a efectos de prevención se debe entonces prescindir de aquella por falta de responsabilidad a la que el jurista alemán considera como categoría inmersa en la propia culpabilidad o complementaria a ella. Y de existir un remanente escaso de ésta, al menos se debe atender a la entidad o incluso a la clase de la misma pena para disminuirla o sustituirla por una menos severa. En lo cual también entra en juego la preponderancia de la resocialización en el marco de un estado de derecho y cuya misión de prevención especial se reconoce constitucionalmente.

C. Las tesis garantista y reductora del poder punitivo. Luigi Ferrajoli es el preclaro precursor de esta corriente. Ferrajoli asigna tres acepciones a la expresión "garantismo". (...) La primera —dice Ferrajoli—, designa un *modelo normativo de derecho*: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de «estricta legalidad» propio del *estado de derecho*, que en el plano epistemológico [como explicativo de los fundamentos y métodos del conocimiento científico] se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es «garantista» todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y tiende a satisfacerlo de manera efectiva.¹⁴² En una segunda acepción, —según Ferrajoli— (...) garantismo designa una *teoría jurídica* de la «validez» y de la «efectividad» como categorías distintas no solo entre sí, sino también respecto de la «existencia» o «vigencia» de las normas.¹⁴³ El contraste entre estos dos extremos permite denunciar normas vigentes, pero ineficaces o inconsecuentes con un estado de derecho. En una tercera acepción, (...) garantismo designa una *filosofía política* que impone al derecho y al

¹⁴¹ Idem, p. 99.

¹⁴² Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón...*, pp. 851 y 852.

¹⁴³ Idem, p. 853.

estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos.¹⁴⁴

La idea central que se mece en esas tres acepciones es siempre buscar —o propugnar— para que las normas converjan con los postulados constitucionales de un estado de derecho y estos operen a manera de instrumentos reductores de la violencia en contra de los desviados y de los no desviados. Esto es, con los principios y fundamentos políticos y filosóficos que sustentan a aquél, buscando la aproximación de la ley y la práctica a esos postulados, minimizando la violencia y maximizando la libertad —en la medida de lo plausible y racionalmente posible—. Mary Beloff, parafraseando a Ferrajoli, al referirse a la postura de éste apunta que, (...) la tesis presentada depende de que sea aceptado como fin del derecho penal no sólo la máxima ventaja de los no desviados a través de su defensa contra los delitos, sino también del mínimo daño a los desviados por medio de su defensa frente a daños más graves.¹⁴⁵ Este modelo —dice Beloff— (...) se diferencia de los anteriores en que no suministra una justificación en abstracto del derecho penal, sino que únicamente consiente justificaciones de los sistemas penales concretos. Además, este tipo de justificación es histórico y, por lo tanto, relativo.¹⁴⁶ Esto es, el sistema penal carecería de justificación en sí mismo. A él sólo se le puede admitir en cuanto se conciba un Derecho Penal que exprese o tienda a una minimización racional de la violencia y a un mayor grado de eficiencia en la tutela de los derechos humanos; tanto en la protección de los no desviados como en la de los desviados.

Zaffaroni se inscribe en senda similar, con la diferencia primordial que él distingue con claridad entre el poder punitivo del estado —que se expresa en el sistema penal a través de leyes, la aplicación de estas y la ejecución de sus consecuencias— y el Derecho Penal mismo, al cual concibe como un sistema ordenado de principios y derechos sustentados en una C. que se oriente al ideal del estado de derecho, capaz de reducir racionalmente las manifestaciones irracionales del poder punitivo. La fuente del Derecho Penal —a diferencia de las normas penales formales— no es así nada más la ley —la cual posibilita el poder punitivo—, sino, además y sobretudo, el conjunto de derechos, garantías y principios jurídicos que manan de las constituciones que aspiran a un estado de derecho y por medio de los cuales se construye un Derecho Penal que reduce y contiene al mismo poder punitivo.¹⁴⁷

— IV —

La crítica a las tesis tradicionales y modernas de la potestad de punir

Ahora bien, cabe preguntar: ¿Son adecuadas a un estado de derecho las concepciones tradicionales y modernas del Derecho Penal? Porque sólo la respuesta a esa pregunta nos puede ofrecer una medida razonable, funcional y respetuosa del sentido del ius puniendi con espíritu democrático. Por ello, cabe ya sostener que no serán válidas las tesis que representen respuestas lógicas en apariencia para los numerosos planteamientos que surgen en la discusión de una reforma penal y de la política criminal a seguir, si acaso no

¹⁴⁴ Ídem., p. 853.

¹⁴⁵ Mary Beloff, *Teorías de la pena: La justificación imposible*, en *Determinación Judicial de la Pena*, compilación de Julio B. J. Mayer, Editores del Puerto, S. R. L., Buenos Aires, Argentina, 1993, p. 86.

¹⁴⁶ Ídem., p. 86.

¹⁴⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Euzen, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 353 y ss.

se fundan a la vez en los principios de un estado de derecho. Porque sólo las tesis que sean coherentes con un Derecho Penal que condicione el poder coercitivo penal a las bases, los límites y los fines del estado de derecho, podrían luego legitimar su existencia. Ya que aquellas bases, esos límites y esos fines al sustentarse y orientarse en los derechos de los seres humanos y en actos benéficos para la gente son esenciales para el desarrollo de un Derecho Penal congruo con aquellos. A tal virtud —como veremos a continuación— destacan entre otras las reflexiones de Roxin, Ferrajoli y Zaffaroni tanto en las críticas a las tesis tradicionales, como en las razones para fundar la pena y limitarla en un estado de derecho; a tal punto, que Roxin marcó con ellas nuevos derroteros al Derecho Penal —del que se decía ya había agotado su discurso— y dio pauta a una nueva corriente juspenalista: el funcionalismo.

Como ya se vio, dicha corriente en su expresión moderada aboga por un Derecho Penal que en su fundamentación atiende a la función preventiva —general y especial— de las conminaciones penales y de las penas, mas con el sustento, los límites y las directrices que se derivan de un estado de derecho y democrático; de tal manera que las funciones asignadas al Derecho Penal operen dialécticamente evitando los excesos a los que las mismas tienden a través de los filtros que se derivan de las concepciones y los derechos del estado democrático. Ferrajoli y más aún Zaffaroni se apuntan por igual con un espíritu de crítica positiva permanente de las aporías que se den entre la realidad y las normas fundamentales que se deriven de un estado de derecho. Espíritu que tienda al empleo mínimo racional de los recursos tradicionales del poder punitivo que de por sí es irracional, lo cual —agrego por mi parte— se puede complementar si en lo posible se acude a vías y medidas alternas para el logro de los fines del ius puniendi. Esto es, en el fondo y en la práctica ello se puede lograr en la medida que se construya un Derecho Penal reductor o de intervención mínima —lo que en gran parte apareja a un Derecho Penal Alternativo junto al Derecho Penal tradicional o dentro de él—. El cual —equilibrando los postulados constitucionales de un estado de derecho— reconozca y respete tan las características y derechos del ser humano, como la necesidad de implementar medidas que —al modificar el conflicto que se dio por la grave lesión de bienes jurídicos— sean benéficas para la sociedad.

Pero antes de ello, hay que ver cuáles son en realidad los puntos débiles y las fortalezas de las teorías de la pena.

A. Las objeciones a la tesis de la retribución. Con esta sola tesis no se podría justificar a plenitud la pena estatal dentro de un estado de derecho. Porque es cierto —en mi opinión— que a través de la pena se busca justicia, pero no lo es que el fin sea para retribuir un delito —si es que se quiere actuar con racionalidad— sino sólo en la medida indispensable que preserve la paz social y antes dicho poder penal se limite por el principio de culpabilidad. Como también es verdad que la idea de retribución es insuficiente por sí para decidir «qué» conductas del ser humano se deben considerar como delito. Y menos aún «qué» penas serían las adecuadas. Esto es, la tesis omite responder ¿qué y con qué se debe punir? Pues no dice bajo qué presupuestos y hasta qué medida que sean respetuosos de los principios de un estado de derecho, la culpabilidad humana autoriza al Estado a castigar por justicia con penas. La tesis de la retribución omite así trazar un "límite" a la potestad penal estatal. Roxin dice que (...) la tesis permite incluir en el código penal a cualquier conducta: "da un cheque

en blanco al legislador". Y otra sería objeción —siguiendo al autor alemán— consiste en que la idea misma de retribución compensadora y para negar la negación del derecho sólo se puede hacer plausible mediante un acto de fe. Pues en un sentido racional no se puede comprender: ¿cómo se puede remediar un mal que se hizo, añadiendo un segundo mal, que es sufrir la pena?¹⁴⁸

Aún así hay que coincidir con la tesis en cuanto hay en ella una idea válida: De que se haga justicia y de que la pena lleva siempre la idea de reproche. Y —como el mismo Roxin señala— es verdad que la pena no se sustrae históricamente de esos estímulos. Pero ello en nada quita la validez de la objeción central: ¿Qué acaso se ha de punir sólo por justicia y nada más que por justicia respecto de una conducta culpable? Porque en verdad, todo acto contra Derecho conlleva una consecuencia jurídica adversa en nombre de la justicia. Una secuela cuya necesidad se deriva del sentimiento y el valor mismo de justicia. Mas no son «penas» todos los efectos jurídicos desfavorables que proceden del Derecho en nombre de la justicia. Ni menos aún todos tendrían porque serlo. Al menos en su expresión más común que es la de que se sufra prisión. Una clara señal de ello es la prohibición de la fracción X del artículo 20-A C. de que: *"En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo"*.

Por lo tanto, aunque es verdad que se debe buscar que toda pena sea justa. Y de que es válido que por justicia se declare merecedor de pena al delincuente culpable de delito. Como igual es un hecho que ésta origina aflicción. Esos motivos son insuficientes para asumir que la retribución quite "la culpa de la sangre del pueblo"; o que su única función fuere "negar" a la "negación del derecho"; ni menos el que por ella se "expié al delincuente". Ya que esto último —como afirma Roxin— (...) sólo es concebible por un acto de fe.¹⁴⁹ Y éste conforme al artículo 24 de nuestra Constitución no se le puede imponer a nadie. Por lo tanto, es inválido para una fundamentación de la pena estatal. Roxin añade que (...) tampoco puede cambiar nada de esto el invocar el mandato de Dios. Pues como se sabe, las sentencias de los jueces no se pronuncian en nombre de Dios sino en nombre del pueblo. Por ello, en una época que todo poder estatal deriva del pueblo ya no es admisible legitimar las medidas estatales con la ayuda de poderes trascendentes.¹⁵⁰ Además, señala con elocuencia el autor alemán: (...) No me parece que se corresponda tampoco con la esencia de una verdadera religiosidad. Pues ¿qué sabemos nosotros de la justicia de Dios, como para podemos arrogar la capacidad de expresar con nuestras sentencias no sólo el honrado esfuerzo de nuestra defectuosa justicia terrena, sino simultáneamente la voluntad de Dios? El «no juzguéis, para que no seáis juzgados» bíblico es, si se le entiende así, precisamente un veto contra la híbrida creencia de conocer el juicio divino sobre la culpabilidad humana y poder ejecutarlo.¹⁵¹

La tesis de la expiación, retribución o venganza tiene pues en mi concepto una premisa válida: la pena es en parte un reproche al culpable en nombre de la justicia. Y no se puede desconocer que dentro de la naturaleza humana late siempre el sentimiento de justicia como una aspiración natural del ser humano. Pero la tesis

¹⁴⁸ Claus Roxin, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, pp. 14 y ss.

¹⁴⁹ Claus Roxin, *op. cit.*, pp. 14 y ss.

¹⁵⁰ *Idem*, p. 16.

¹⁵¹ *Ibidem*.

retributiva sigue siendo incompleta. Ella no puede valer como única ni principal proposición, porque deja sin acotar los presupuestos del delito y de la punibilidad conforme a un estado de derecho. Y porque asigna a la pena misma una función que en realidad nada compensa. Simplemente porque el daño no puede compensarse con otro. Eso es irracional. Porque en ese sentido la tesis apareja no más pero no menos que añadir un daño a otro daño. Y sin que se deba desatender que *de la misma tesis se desprenden dos principios —de los que ella parte— que son válidos si se les desarrolla debidamente. El primero: Sin culpabilidad no hay delito. Y el segundo: La justicia conlleva límites de proporcionalidad y valores de equidad que impiden la generalización y la discriminación que no se deben rebasar por el poder punitivo, más aún cuando el principio de igualdad se protege por el artículo 1° C.*

B. Las objeciones a la tesis de la prevención general. Al igual que la tesis de la retribución, la tesis de la «prevención general» mediante la amenaza de la pena tampoco salva la interrogante fundamental: ¿Sobre cuáles comportamientos tiene el Estado la facultad de intimidar con pena? Pero, además, las premisas de la tesis extienden sin límite el poder de punir y propician el autoritarismo. Más allá, quizá, que el retribucionismo, el que al menos funda la pena —aunque de manera inconclusa y negativa— en la culpabilidad individual.

En efecto, el punto de partida preventivo-general muestra tendencia al autoritarismo del Estado. Pues quien quiere intimidar mediante la pena tenderá a reforzar ese efecto castigando tan duro como le sea posible. Piénsese sino en las recurrentes tendencias de penas severas para delitos fiscales o para ciertos delitos como el robo y el secuestro. O en la propuesta de la cadena perpetua para ciertos delitos graves. Ferrajoli señala certeramente con relación a la tesis de la prevención general que: (...) está claro que no es apta para exigir algún límite o garantía a la intervención punitiva y, por tanto, es idónea para fundamentar modelos de derecho penal máximo.¹⁵² Además, en las palabras del mismo Roxin: si se parte de que tampoco para el Estado el fin justifica cualquier medio, por ende, algo así no puede ser conforme a Derecho. La prevención general necesitaría, por tanto, de una delimitación. Y ésta, ciertamente, no se desprende de su punto de partida teórico.

Una tercera objeción consiste en que hasta ahora no se ha podido probar el efecto de prevención general de la pena en muchos grupos de delitos y de delincuentes. Por el contrario, hay datos que apuntan en sentido opuesto. Un claro ejemplo es que no obstante el drástico aumento en Coahuila para las penalidades de casi toda clase de robos desde 1994, ello no trajo como consecuencia que disminuyera el número de aquellos. Más bien, éste se incrementó en los años subsecuentes, en los que tal intimidación general ya habría de surtir sus efectos.¹⁵³ Estudios del año 2000 en los Estados Unidos de Norteamérica confirmaron que la mejoría económica y el desarrollo comunitario reducían más la delincuencia que aumentar las penas. Incluso en mayor grado que la persecución y las detenciones eficaces. Las que sí tienen el efecto positivo de reducir la criminalidad. Pero una cosa es la persecución eficaz y otra la es el aumentar las penas fundándolas en la ejemplaridad. Charles J. Wahlen reportó que en 1999 los estudios de los economistas Richard B. Freeman de

¹⁵² Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, p. 281.

¹⁵³ Informes de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Coahuila de 1994, 1995 y 1996, Gobierno del Estado de Coahuila, Saltillo, Coahuila, México, en sus anexos estadísticos SIn.

la Universidad de Harvard y de William M. Rodgers III del Colegio de Guillermo y María, concluyeron en el primer sentido anotado. Esos economistas recomendaron —en vez de penas altas o de la mera eficacia que sólo tiene un límite preventivo estacionario— que junto con ésta última se adoptara una política constante de mejoría en el empleo y que se incrementara la capacitación a los jóvenes en situación de riesgo.¹⁵⁴

Ahora bien, quizá se puede aceptar que el hombre medio en situaciones normales se deje influir por la amenaza de una pena. Pero en todo caso esto no ocurre con delincuentes profesionales. Ni tampoco con delincuentes impulsivos ocasionales. Como es el caso de las personas que actúan bajo emoción violenta. Por otra parte, en delitos graves —como en los delitos contra la vida, la libertad personal o sexual— es especialmente escasa la fuerza intimidatoria de las amenazas penales. Incluso de las penas draconianas. Así, las crueles penas de muerte norteamericanas o las corporales de los siglos pasados que con frecuencia se practicaron en Europa —como imponer el suplicio de la rueda, del descuartizamiento y del garrote— en nada pudieron, ni pueden aún, disminuir la criminalidad. En resumidas cuentas, el mismo Roxin apunta que (...) cada delito es ya, por el hecho de existir, una prueba en contra de la eficacia de la prevención general. Ciertamente que a esto se puede objetar que, según la naturaleza de las cosas, sólo resultan visibles los casos en que la intimidación fracasa y no aquellos en los que tiene éxito. Pero prescindiendo de las causas citadas por las que este éxito ya es dudoso en muchos delitos. Además, sería paradójico en cierto modo que el Derecho Penal careciera de significación precisamente para los delincuentes. Es decir, para los que no se intimidan. Y, además, para los que son sencillamente "inintimidables". Más aún, que frente a ellos tampoco hubiera de prevalecer, ni legitimar la pena.¹⁵⁵

Una cuarta objeción se añade a las anteriores: "¿cómo se puede justificar el que se castigue a la persona ya no en consideración a ella misma, sino en consideración a las demás?". En el fondo, esta cuarta réplica contra la prevención general es la más importante, ya que aun cuando fuera eficaz la intimidación, es difícil comprender: ¿Cómo puede ser justo que se imponga un mal a alguien, para que otros omitan cometer un mal? Kant criticó esa postura por atentar contra la dignidad humana e hizo constar que: (...) al individuo no se le puede manejar nunca como «medio» para las intenciones de otros, ni mezclado con los «objetos» del Derecho de cosas. Lo cual va en contra de su connatural personalidad.¹⁵⁶ Ciertamente, se debe coincidir con Roxin y Ferrajoli que —siguiendo en este punto a Kant— razonan que tal instrumentación del hombre es inadmisibles para un orden jurídico que estime al ser humano como portador, completamente equiparado a todos los demás, de un valor como persona. Valor que es previo al Estado y que se debe proteger por éste. De aquí que la interpretación del principio de culpabilidad —como juicio de reproche al autor porque pudo actuar conforme a Derecho— sólo pueda admitirse si a la vez se vincula ese juicio con la dignidad del ser humano, la cual reconoce nuestra C. en sus artículos 1º y 2º, 3º-C, 4º-párrafo sexto y 25-párrafo primero. Así como con la

¹⁵⁴ Esos economistas descubrieron que la disminución de 2.8% entre 1982 y 1987 en la tasa de desempleo en los Estados Unidos de Norteamérica, redujo 3.8% los crímenes de jóvenes. En comparación, el incremento en la eficacia de la persecución redujo esa clase de delitos en cerca de 3.7%. Es más, un nuevo análisis de los economistas Judd Bernstein y Ellen Houston del Instituto de Política Económica de Washington, indicó que el descenso de los delitos por el primer factor era sólo la primera manifestación. El mayor impacto estaba aún por venir. Porque la mayoría en el mercado de trabajo para ese año apenas tomaba impulso. Y sin que todavía se reflejara en las estadísticas de 1988 al año 2000. Ver a Charles Whelan J., *It's about jobs, stupid*, Economic Trends, en *Business Week*, Latin American Edition, august 21-28-2000, p. 18.

¹⁵⁵ Claus Roxin, *Problemas Básicos...*, p. 18. Así mismo, Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón...*, p. 288.

¹⁵⁶ Tomado de Roxin, *idem*, pp. 18 y ss.

garantía de "igualdad" que también protege nuestra C. en sus artículos 1°, 2°, 4°, 12, 13 y 17. Y de las cuales se deriva que a las personas se les considere en sí mismas y no como medio para obtener otros fines. Al igual que la pena se imponga en virtud de la culpabilidad por el «hecho» que cometió el autor, lo cual también se deriva de los artículos 14, 16 y 19 C. Como también al principio mismo de "justicia" — valor que también recoge el artículo 17 C. —. Principio del que se deriva que la pena sea acorde a la gravedad de esa culpabilidad en el hecho cometido. (...) Un ordenamiento así —dice Roxón— rechaza considerar a las personas como «objetos» a disposición de la coacción estatal, o como material humano utilizable.¹²⁷ La teoría de la prevención general, por tanto, no puede dar un fundamento del *jus puniendi* estatal en sus presupuestos. Ni lo limita en sus consecuencias. Es, además, discutible como política criminal absoluta. Y carece de una legitimación que concuerde con los fundamentos de un orden jurídico que se sustente en un estado de derecho.

C. Las objeciones a la tesis de la prevención especial. La idea de un Derecho Penal preventivo, de seguridad y corrección, seduce por su sobriedad y su característica tendencia constructiva y social. Pero así como es clara en sus metas, en cambio, al igual que las tesis restantes omite justificar o legitimar dentro de un estado de derecho los presupuestos de las medidas estatales necesarias para su consecución. En ello radica un serio punto débil de esta teoría. El que Roxón objeta así: (...) ya no es sólo que todos somos culpables. Sino, además, que todos necesitamos corregimos.¹²⁸ Ciertamente que según esta concepción, el esfuerzo terapéutico-social del Estado se debe dirigir solo contra los inadaptados en medida extrema a la sociedad. Pero el punto de partida sigue siendo suficientemente peligroso. Por ejemplo, a un régimen en el poder le hace posible el que someta a «tratamiento» penal a enemigos políticos en calidad de inadaptados socialmente. Pero incluso si se dirige la vista a los «asociales» en sentido tradicional —como los mendigos, vagabundos, vagos y prostitutas— caen en el ámbito de la potestad punitiva grupos de personas cuyo tratamiento como delincuentes apenas se puede fundar en un orden jurídico-penal como el que tenemos.

Pues éste —agrego por mi parte— se dirige a conductas humanas concretas y no a las «propensiones», «condiciones», «modos de ser» o «estados sociales» de las personas. Este punto de partida preventivo especial en realidad es discriminante y abre un juicio sobre toda la vida anterior del autor para declararle culpable por lo que él es y no por lo que él hizo al juzgarse a través del debido proceso. Así pues, cuando a un tipo penal se le hacer residir en el modo de ser o el estado social de las personas se atenta contra la garantías de libertad y de igualdad del artículo 1° C. y cuando a la culpabilidad o la agravación de la pena judicial se le finca en la personalidad según la conducción de la vida, se convierte al libre desarrollo de la personalidad en una excepción contra la persona, en vez de lo que aquél es: un derecho. Todo ello contraría los derechos fundamentales que se protegen en la C. en el capítulo de las garantías individuales. Como ya sucedió en México, pues así como el Derecho Penal Mexicano sustentó la imposición de la pena en la

¹²⁷ Claus Roxón, *ídem.*, p. 18.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 18.

peligrosidad social,¹⁹⁸ ese criterio también se deslizó a la tipificación de los llamados delitos de "vagancia y malvivencia". Los que junto con la temibilidad social como fundante de la pena perduraron durante más de seis décadas en el pasado siglo XX. Bien señala Ferrajoli que: (...) toda prefiguración normativa de «tipos «subjetivos» de desviados no puede dejar de referirse a diferencias personales, antropológicas, políticas o sociales y, por tanto, de concluir en discriminaciones apriorísticas.¹⁹⁹

La tesis de la prevención especial también propicia al Derecho Penal de Autor. El mismo que sustentó el poder punitivo del nacionalsocialismo. El Derecho Penal de Autor funda la potestad para punir según la personalidad del sujeto activo evidencie su asociabilidad en los términos que indique el Estado. El grado de la misma decidirá la sanción y su medida.²⁰⁰ Asimismo, la idea de prevención especial tampoco posibilita que se delimite en tiempo la intervención estatal mediante penas fijas. Sino que, consecuentemente y según ella, se debería perseguir un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección o se elimine la peligrosidad del sujeto; incluso aunque su duración sea indefinida. El instituto de la "retención" en sede de ejecución penal —que aún perdura en México en algunas leyes estatales— es muestra de ello. Todo ello pugna con el principio constitucional de penas que se han de delimitar no sólo en su naturaleza, sino en su duración máxima, que se deriva del artículo 14 C. y, además, desafía a la garantía de readaptación social correctamente entendida. Misma que postula el artículo 18 C. como fin del sistema penal. Pero, igualmente, desde el punto de vista de dicho Derecho Penal «correcionalista» ni siquiera se hace inteligible la vinculación a descripciones exactas del hecho. Ni se excluye a la analogía. Lo cual también contraviene el citado artículo 14 C.²⁰¹ En pocas palabras, la tesis de la prevención especial tiende —todavía más que un Derecho Penal con carácter retributivo o de prevención general— a dejar a las personas a merced de la intervención estatal de manera ilimitada. Y ello, sin lugar a duda, propicia el autoritarismo. Además, con todo ello se contraría las aspiraciones hacia un estado de derecho con sustento democrático.

Es cierto que todas las consecuencias de la tesis preventivo-especial sólo las extraen los representantes más radicales. Ciertamente también que la mayoría de ellos sigue al Derecho Penal del hecho; a la precisión del tipo penal y a la exactitud de la pena. Pero ello demuestra, como dice Roxín: (...) que los defensores de la prevención especial son incapaces de explicar, desde su punto de partida, los fundamentos del Derecho Penal. Por lo tanto, también ellos dan por supuesta una extensión sin límites jurídicos de la potestad penal estatal.²⁰² En tanto que Ferrajoli apunta que: (...) las tesis que consideran al delito como patología, poco importa que sea moral, natural o social, y las penas como terapia política a través de la curación o amputación. Todas ellas son, además, francamente sustancialistas, dado que no separan la legitimación interna con la legitimación externa del derecho penal... y en todos los casos es la persona del delincuente más que el hecho delictivo —el

¹⁹⁸ En el artículo 52 del CFF, la peligrosidad o temibilidad fue hasta 1994 el criterio determinante para la individualización judicial de la sanción. En el artículo 182 del CPC esa peligrosidad o temibilidad fue hasta ese año el criterio determinante para fijar la sanción judicial; y aún desde 1995 hasta septiembre de 1999 fue uno de los tres criterios que en su conjunto determinaban el grado de punibilidad judicial —como medida de la pena de prisión—.

¹⁹⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, p. 36.

²⁰⁰ Ver al respecto el inciso C del núm. II del CAPÍTULO SEGUNDO de este trabajo.

²⁰¹ Ya desde 1977, en mi trabajo *El Sistema de Readaptación Social en Coahuila*, mencioné que: "Es de recusarse a la defensa social como concepto que responde a una dogmática nueva o neopositivista, que repugna y pone en duda las expresiones 'delito', 'delincuente' y 'pena', y rechaza los criterios de responsabilidad y culpabilidad individual. Pero si concebimos a la 'defensa social', como noción de política criminal sólo en cuanto atiende a un tratamiento resocializador y asistencial". (Universidad Autónoma de Coahuila, Saltillo, 1977, p. 29.) Ahora debo añadir, que aún la última idea —"tratamiento resocializador"— merece precisión jurídica en el sentido que más adelante preciso en este trabajo.

²⁰² Claus Roxin, *Problemas delictivos...*, p. 20.

pecador, más que el pecado, el enfermo más que el síntoma de enfermedad— el que pasa a primer plano, a los fines y cantidad de la pena.¹⁶⁴ De todo ello, el jurista itálico concluye que las posturas de la prevención especial sin los límites que se imponen por un estado de derecho: (...) son las más antiliberales y antigarantistas que históricamente hayan sido concebidas y justifican modelos de derecho penal máximo y tendencialmente ilimitado.¹⁶⁵

Contra la concepción de la prevención especial se alega con frecuencia otra objeción. La que todavía no se refuta de manera concluyente. Consiste en que aun en los delitos más graves no se tendría que imponer pena si falta el peligro de repetición. Roxin señala como uno de los ejemplos más contundentes en su momento, el de los asesinos de los campos de concentración en Alemania: (...) Algunos de ellos mataron cruelmente por motivos sádicos a innumerables personas inocentes. Esos asesinos vivieron luego en su mayoría de una manera discreta e integrada socialmente. Por lo tanto, no necesitaban de «resocialización» alguna. Tampoco existía en ellos el peligro de una repetición; es decir, por el que se les hubiera que intimidar y asegurar. ¿Realmente, por ello debían quedar impunes?¹⁶⁶ Por lo demás, el problema es independiente de esa mirada histórica. También en otros casos se dan delitos graves de sangre —y aun otros delitos— que con frecuencia se deben a motivos y situaciones irrepetibles. Y nadie, sin embargo, extrae en serio la consecuencia de la impunidad. De los delincuentes pasionales, por ejemplo, De la Barrada Solórzano señala que (...) se ha anotado que es sumamente difícil que las circunstancias que originan el crimen pasional (adulterio del cónyuge, muerte por homicidio de su ser querido, etcétera), se repitan.¹⁶⁷ Pero la tesis de la prevención especial no puede fundamentar desde su perspectiva la necesidad de la pena en esos casos.

Por otra parte, es cierto que la idea de la «corrección» indica un fin a la pena —no legitimable en un estado de derecho como enseguida se verá—. Pero también lo es, que la tesis de ningún modo justifica ese fin. Es decir, no decide los criterios por los que se deba sancionar a ciertas conductas con penas, como creen en forma errónea la mayoría de los partidarios de esa teoría. Así Roxin se pregunta: (...) ¿Qué legitima a la mayoría de una población que obligue a la minoría a que se acomode a las formas de vida gratas a aquélla? ¿De dónde obtendremos el derecho de educar y someter a tratamiento contra su voluntad a personas adultas? ¿Por qué no ha de poder vivir del modo que desee el que lo haga al margen de la sociedad? Bien se piense en mendigos o prostitutas; bien en homosexuales o en otros grupos de "indeseables". La circunstancia de que son incómodos o molestos para muchos de sus conciudadanos: ¿es causa suficiente para proceder contra ellos con penas discriminantes? Preguntas tales suenan algo provocadoras; pero con ello sólo se prueba lo que la mayor parte de la gente considera como algo evidente: el que se reprima violentamente lo distinto, lo discrepante. ¿Pero en qué medida existe en un estado de derecho una facultad para esto? Porque ese es el verdadero problema. Problema que es incapaz de resolver la concepción preventivo-especial, por caer fuera de su campo visual.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón...*, p. 279.

¹⁶⁵ Idem.

¹⁶⁶ Claus Roxin, op. cit., p. 20.

¹⁶⁷ Luis de la Barrada Solórzano, "Algunas Reflexiones sobre la resocialización", *Criminología*, año XLVI, N° 1-12, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Porrúa S. A., México, D. F., enero-diciembre 1980, p. 128.

¹⁶⁸ Claus Roxin, *Problemas Básicos...*, p. 17.

Expresándolo en pocas frases: la tesis de la prevención especial es inidónea para justificar al Derecho Penal porque no puede fijar sus presupuestos, ni señalar lindes seguros a sus consecuencias y que sean congruos con un estado de derecho. Porque no explica la punibilidad de delitos sin peligro de repetición. Porque la idea de corrección social forzosa mediante una pena no contiene en sí misma su legitimación. Por lo demás, la idea de que nuestra Constitución apoya esa forma de pensar parte de un desconocimiento de los fundamentos de la readaptación como lo que en verdad es, un sistema jurídico penológico de reincorporación social responsable y humanamente digno. Muy lejano al de un sistema terapéutico-correctivo de la personalidad. Incluso al término «readaptación» se le emplea equivocadamente y, con ello, se da pie a que se parta de promisas falsas. El vocablo indica volver a socializar. Como dice Barrera Solórzano: (...) Volver a los valores de la sociedad a un individuo que, por la razón que fuere, se desocializó o se desadaptó. Porque en términos generales los delincuentes no se desadaptan, porque jamás estuvieron desadaptados y, por lo tanto, es imposible readaptarlos.¹⁶⁹

Porque en su contexto jurídico el significado del término "readaptación social" es menos absurdo y más accesible de lo que se deriva de su interpretación correccionalista, pues aquél encarna el deber que tiene el Estado de facilitar la integración responsable y digna del inculpa-do o sentenciado en la sociedad.

En tal tesitura el "sistema penal"¹⁷⁰ —y no sólo el penitenciario— con fines de readaptación social —y con real apoyo en nuestro artículo 18 C. — también se puede concebir como un conjunto de métodos racionales por los que es permisible —a través de instituciones jurídicas que miren a los medios y al fin de aquél sistema— el evitar, sustituir, modificar o acortar las penas —lo que implica la posibilidad legítima de acudir a vías y medidas alternas— para procurar o facilitar una socialización responsable. Dichas instituciones jurídicas se han de sustentar conforme al artículo 18 C. Esto es, apoyarse en bases racionales que se orienten «del y hacia el trabajo y la educación» —como promotoras de esa incorporación social responsable—. A partir de tal idea de readaptación social es posible establecer vías que instrumenten esa incorporación social responsable. Mas no aquellas que vean a la misma como re-educación, trabajos forzados o tratamientos con carácter terapéutico. Porque de ningún modo nuestra Constitución autoriza al Estado a que "readapte" al delincuente por la vía de que se le corrija su personalidad o se elimine de esa forma su supuesta peligrosidad social. Ideas que, además de ilusas y de evidente fracaso, atentan contra la dignidad personal y van en perjuicio de una garantía acorde con el interés jurídico-constitucional de una incorporación o reincorporación social benéfica con respeto a la dignidad de las personas que tutela nuestra C.

D. Las objeciones a la tesis de la adición compensadora y a la tesis preventiva del fin de la vigencia de la norma —para el funcionamiento de un sistema social de convivencia—. La tesis adiconista, al superponer las tesis de la retribución, de la prevención general y de la especial —sin que subsane, limite y reoriente sus omisiones y desvíos— no hace más que multiplicar los inconvenientes de las

¹⁶⁹ Luis de la Barrera Solórzano, op. cit., p. 125

¹⁷⁰ Sobre los alcances de la expresión "sistema penal", véase Raúl E. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Primer Informe del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984, pp. 7 a 10. En ese "sistema" se incluyen los subsistemas relacionados con las comisiones penales, la procuración y la administración de justicia penal, la aplicación y la ejecución de sanciones, según se explica en este CAPÍTULO y el siguiente.

demás tesis. Por lo tanto, en la misma medida se amplían las objeciones que le son oponibles, por los evidentes peligros potenciadores de autoritarismo y de lesión a los derechos humanos que les son inherentes a las tesis restantes. El adiconismo no presenta pues una nueva visión que permita fundar al Derecho Penal y a la vez encauzar de manera racional y funcional al poder punitivo estatal. Tan solo suma los argumentos de las posturas tradicionales y, con ello, aumenta y extiende sus riesgos autoritarios y sus inconvenientes disfuncionales.

Por su lado, las tesis extremas funcionalistas de una prevención positiva presentan serios inconvenientes. Esto es, en cuanto a la función que asignan a la norma penal y por tanto, a la pena, cual es "garantizar el sistema social de convivencia mediante la afirmación de la vigencia de la norma penal". Con lo que esas posturas —quieránlo o no lo quieran— tienen un fuerte tufo retribucionista. Schönemann les critica: (...) La superación del mal se consigue sólo mediante la reparación y no con la causación de un nuevo mal, pues solo el mal y el bien —o planteándolo subjetivamente, el dolor y el placer— pueden compensarse, mientras que de un mal redoblado, o de un dolor redoblado, resulta un saldo negativo doblemente negativo. Y Bernd Schönemann continúa: (...) Para eludir esta aporía, los partidarios de la teoría absoluta de la pena se refugian, ya desde los tiempos de HEGEL, en el discurso abstracto de la mera «negación de vigencia». Pero con ello pierden de vista la especificidad del Derecho penal y sólo consiguen caer en una nueva aporía. En efecto, cualquier comportamiento antijurídico que, sencillamente no respete las normas del Derecho civil o del Derecho público, contiene también una negación de vigencia. Los partidarios de la teoría absoluta de la pena deben, pues, o bien adoptar la simple antijuridicidad en lugar de la dañosidad social como punto de vinculación con la pena, o bien admitir que la negación de la vigencia no constituye en absoluto el factor decisivo de la necesidad de la pena. De esta trampa ya no pueden escapar.¹⁷¹ Sin que se pase por alto que afirmaciones como la de Michael Köler, en el sentido de que la necesidad de la pena (...) se constituye por el efectivo restablecimiento de la misma relación jurídica, incluso en las penas más leves,¹⁷² se condice mal con un "sistema penal" como el Mexicano donde el artículo 18 C. le asigna el fin de la readaptación social. Y, por ende, la C. en México implica la necesidad de brindar alternativas a las penas leves de prisión para la reinserción social. Además, la fórmula de los funcionalistas extremos —como el mismo Schönemann apunta—: deja sin explicación porqué las conminaciones penales amenazan con menor o mayor pena la realización de ciertas conductas según el bien jurídico que aquellas protegen.

Así pues, las tesis de los funcionalistas extremos no parten de los fundamentos y límites que impone el estado de derecho. Y en el fondo son retributivas al sostener el fin de la pena en la mera vigencia de la norma. Pero su visión implica, además, mera prevención general o simple especial adosadas con terminología diferente. Pues ¿cómo esperan promover la fidelidad al Derecho y lograr la "internalización" de los postulados de la comunidad jurídica que provienen del Derecho? ¿Qué acaso en aras de la mera «funcionalidad» del «sistema social» o el de «restablecimiento de la vigencia de la norma»? Como así lo predicán. Y ello sin sujetar ni hacer depender esa funcionalidad penal y ese restablecimiento de la norma jurídica en la lesión de bienes jurídicos,

¹⁷¹ Bernd Schönemann, en Claus Roxin, Günter Jakobs, Bernd Schönemann, Wolfgang Friedl y Michael Köler, *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminarie an der Universität Pompeu Fabra); Civitas Ediciones S.L., Madrid, España, año de 2000, p. 117.

¹⁷² Michael Köler, cit. per Bernd Schönemann, en op. cit., *Sobre el estado de la teoría del delito...*, p. 116.

sino e la mera infracción a la norma como expresión de las expectativas sociales de determinado sistema; ni tampoco con sustento en el respeto a los derechos humanos, ni de sus garantías individuales, ni de su compaginación con actos benéficos para la sociedad. El punto de partida de la prevención positiva —sin los fundamentos y los límites que el estado de derecho impone al poder punitivo— se acomoda, pues, indistintamente, tan a las pretensiones de un estado autoritario como a las de un estado democrático. Y ello es así, en tanto que la dogmática jurídica del delito tiene un carácter neutro para las tesis funcionalistas extremas de prevención. En la que cualquier crítica o valoración del sistema está excluida de antemano. Lo que importa es la funcionalidad de las distintas categorías o elementos del delito según el sistema normativo al que se refieran ubicadas como categorías intrasistémicas de un orden social. Para esa tesis, es pues indiferente — como señalan Muñoz Conde y García Arán— (...) que el sistema sea el de un Estado democrático o el de un Estado totalitario, el de un convento de monjas o el de una banda de ladrones, lo que importa es la estabilidad del sistema mismo y la funcionalidad de las distintas categorías y conceptos elaborados para conseguir esa estabilidad.¹⁷³ Respecto a esto último, en nuestro país observa el Dr. Robledo Ramírez que: (...) el principio de culpabilidad está fuera de toda consideración en el momento en que las medidas de seguridad o los substitutivos penales se imponen.¹⁷⁴ Y después, al señalar las ideas de Mir sobre las contradicciones "recíprocas" que existan entre los principios limitadores del estado de derecho y las tendencias preventivas, precisa (...) que esas refutaciones mutuales sólo se pueden salvar si se concibe la función preventiva general positiva como (...) los principios penales legales limitadores del poder punitivo que promueven la no desocialización de los ciudadanos, utilidad de la intervención penal, exclusiva protección de bienes jurídicos, subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal, humanidad de las penas, legalidad, proporcionalidad de las penas y resocialización.¹⁷⁵ Sin duda alguna que el argumento del Dr. Robledo Ramírez es admisible. En cuanto a la prevención general positiva le da una función limitadora que deviene del estado de derecho, como un freno que se soporta en bases democráticas y que tiende a detener los excesos de la prevención general y especial. Y que, por ende, puede funcionar en los distintos momentos en los que se manifiesta el poder punitivo del Estado y no-solo en el tiempo de ejecución de la pena. Sin embargo, ese razonamiento precisamente no autoriza a que la función del *jus puniendi* sea nada más o sin más, el de "internalizar los sentimientos de la comunidad jurídica" o "lograr la fidelidad de los ciudadanos al Derecho". Pues respecto de esto: ¿qué acaso para ello no importaría que los únicos recursos fuesen los medios tradicionales del poder punitivo, como la prisión preventiva y la prisión misma? ¿Y cómo se lograría "internalizar" el Derecho en los casos de criminales irredentos y habituales? Los medios para cumplir esa función quedan sin explicación. Porque mientras eso no sea posible de lograr y constatar, se tendería a mantener en prisión a esos individuos. O bien, ¿qué acaso frente a ellos no hay que legitimar la pena?

El defecto de algunos funcionalistas al cimentar los fines del poder punitivo consiste en que la concepción de su sistema básico cual es la intrafuncionalidad normativa del sistema social no depende —ni se acerca— por los fundamentos —y límites— de un Derecho Penal que se base en el ideal del estado de derecho para aquellos

¹⁷³ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 4ª edición, revisada y puesta al día, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2000, p. 232.

¹⁷⁴ Jorge Robledo Ramírez, "La prevención general positiva", pp. 8 y ss.

¹⁷⁵ Ídem.

efectos. No vinculan, pues, a partir del punto de arranque de su estructura teórica, el restablecimiento de la vigencia de la norma jurídica, la confianza en el Derecho, la internalización y la promoción de la fidelidad al Derecho con el ideal del estado de derecho mismo. Sino que adaptan su sistema teórico a ese estado de derecho, pero sin que la validez de aquél dependa del último y, por tanto, también sería posible acomodarlo dentro de los cánones de un régimen autoritario.¹⁷⁶

E. Las objeciones y ventajas de las tesis moderadas. El indudable tino de Roxin fue el señalar la necesaria vinculación del *ius puniendi* con los límites del estado de derecho, para que así pueda admitirse la potestad de punir. Cuyos afanes están siempre en tensión dialéctica con los límites que surgen de los ideales del estado de derecho. La tesis —como se vio— sostiene que tan la función preventiva general como la especial han de limitarse de acuerdo con aquellos principios. Pero donde Roxin parece errar —en mi opinión— es en la fusión entre poder punitivo y Derecho Penal y en su tendencia a dejar de lado el principio de culpabilidad para sustentar la pena concreta —en virtud de que aquella no podría probarse— para preferir el límite que se derivaría de la falta de necesidad social de la pena a efectos preventivos. Con ello Roxin olvida que la culpabilidad es un concepto que en gran medida es normativo y que de ello tampoco se escapa la idea de responsabilidad por necesidad social de la pena en el caso concreto. Por lo que en tal sentido, lo que sí es demostrable es el conjunto de circunstancias que sirven de base tan al juicio de reproche como al concepto de responsabilidad penal basado en la necesidad social de la pena.

En realidad Roxin es ambivalente en su planteamiento. Porque aún con aquel rechazo parece decidirse por una propuesta dual en el examen acerca del último escalón del delito: El binomio culpabilidad-responsabilidad. Con lo que en el fondo Roxin conserva a la culpabilidad como uno de los baremos limitadores de la pena. Aunque por otra parte, cabe señalar que la tesis de una prevención positiva que se nutra y limite por los principios de un estado de derecho sigue ganado terreno y deja de lado a la culpabilidad o francamente tiende a ello.¹⁷⁷ Con lo cual Roxin discrepa. De ese modo, Roxin dice que (...) el principio de culpabilidad es el medio más liberal y el psicológico social más propicio para la restricción de la coerción penal estatal que hasta hoy se ha encontrado; [de tal suerte que]...corresponde al sentimiento jurídico general la restricción del límite superior de la pena a una duración correspondiente a la máxima culpabilidad, la cual, en esa medida, tiene pleno sentido también desde el punto de vista preventivo. La sensación de justicia, a la cual le corresponde un gran significado para la estabilización de la conciencia jurídico general, exige que nadie pueda ser castigado más duramente que lo que se merece, y "merecida" es sólo una pena acorde con la culpabilidad.¹⁷⁸ Con ello y aunque parezca no reconocerlo —en mi concepto— Roxin legitima la función de la culpabilidad. Pero

¹⁷⁶ Claro que esas objeciones no deben conllevar a que se desechen las aportaciones válidas del funcionalismo, con inclusión del extremo. En él hay elementos aprovechables: en la medida en que desarrolla la idea de que el delito penal es algo más que el supuesto de una conducta que se realiza con conocimiento y fin de las condiciones fílicas que el mismo describe y en las que aquella se concreta. Pues en el tipo penal subyacen siempre ingredientes "normativos". Éstos no se reducen a las expresiones de ese carácter que provee el tipo. Puesto que él abarca también a las condiciones por las que adquiere sentido la prohibición de la norma penal. Esto significa que las conductas que el legislador describe implican algo más que la realización ontológica de la conducta: en cuanto también aparecen un significado social de devolar. Este contenido "normativo" obliga al análisis del tipo no sólo en su perspectiva material y ontológica. Impole, además, a ver el carácter "normativo" del tipo penal y fijar los criterios objetivos con los que se miden el sentido penal de las conductas típicas. Como se verá en su oportunidad. Ver CAPÍTULOS SEPTIMO, DÉCIMO Y DÉCIMO QUINTO.

¹⁷⁷ Ver al respecto el análisis completo que hace de esa tendencia Arturo Villanar Pato, *Culpabilidad y Pena*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984 [en toda su obra.]

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 160.

entendida de un modo sustancialmente diferente a la idea de un castigo que compensa¹⁷⁹ o expía: Pues de la idea de culpabilidad se extrae el que a nadie se le debe hacer responsable sino de sus propias acciones libres y, por ende, responsables. Y, por lo tanto, el que a nadie se le debe responsabilizar en atención a los demás; ni en virtud de consecuencias que se deriven del azar, sino de acuerdo con su conducta y según sus circunstancias —que no antecedentes— personales al realizarla. Pero tal idea de culpabilidad rechaza igual cualquier concepto que discrimine para agravar la pena judicial por atentar contra la dignidad humana. Como también ella conlleva a un principio de elemental justicia: la proporcionalidad. Y todo ello tiene importantes implicaciones no solo para decidir si hay o no hay culpabilidad; sino, además, sobre la imputación penal misma de la acción y, además, sobre la naturaleza y gravedad de la sanción.

Por lo demás, es cierto que la falta de necesidad social de la pena en un caso concreto puede —y debe— excluir la pena. Pero también lo es que antes de que se acuda a aquel baremo, hay que emitir el juicio sobre la culpabilidad del autor, sin que ésta pueda y deba ser sustituida en todos los casos por los criterios preventivos. Pues aunque éstos sólo se estimen como límites a la pena, también al menos es indispensable que al realizar la conducta haya el grado suficiente de comunicación del destinatario con la norma prohibitiva misma, para poder afirmar la existencia de la culpabilidad o la falta de ella. ¿Pues cómo si no, podría luego afirmarse que hubo una decisión reprochable del sujeto contra la norma?¹⁸⁰ Asimismo, es cierto que al aplicar un sustitutivo penal se prescinde de algunas de las implicaciones que trae consigo el principio de culpabilidad. Pero antes que eso, también es verdad que para decidir la pena no se puede desechar la culpabilidad. Por el contrario, hasta después de constatar su existencia, se mide su gravedad y en esta medición si es racional atender a todas aquellas circunstancias reales con inclusión de los antecedentes del sujeto que racionalmente sirvan para reducir la gravedad de la culpabilidad y así limitar la potestad de punir y se posibilite la incorporación social responsable de la persona; y una vez agotada esa función será cuando el juez, con base en la pena ajustada a aquella, podría apartarse de las demás consecuencias meramente retributivas de la culpabilidad en aras de la prevención concebida como limitadora del poder punitivo estatal y así sustituir la pena. Y de la cual, siempre que sea posible, la prevención especial positiva habría de tener prevalencia pero sólo en atención a los fines de "readaptación social" que nuestra Constitución asigna al "sistema penal".¹⁸¹ De igual modo no es menos cierto que en ciertos casos concretos, aún existiendo un remanente de culpabilidad, las circunstancias del hecho y las condiciones del sujeto pueden hacer racionalmente intolerable la imposición de cualquier pena a efectos de prevención general; en cuyo caso, éste criterio ha de prevalecer, y más aún, cuando por aquellos motivos ninguna medida de prevención especial resulta ya aconsejable. Estas últimas consecuencias se extraen de la tesis preventiva de Roxin. Y en ello le asiste innegable razón, para que de aquella manera la prevención general —a través de la responsabilidad penal— pueda formar fila junto con la culpabilidad. Ambas como pivotes limitadores de la pena.

Por su parte, Ferrajoli también acierta en su postulado: A través del método crítico garantista ha de buscarse la aproximación de la ley y la práctica con los principios, los fundamentos políticos y filosóficos que sustentan al

¹⁷⁹ Y como ya se vio: ¿Qué compensaría? Nada.

¹⁸⁰ Artículos 52-fracción-VII del CPF y 72-fracción VII del CPDF.

¹⁸¹ Acerca del significado de la expresión "sistema penal", véase Raúl E. Zaffaroni, *Sistemas penales...*, op. cit., pp. 7 a 10.

estado de derecho; a efecto de que —en la medida de lo plausible y racionalmente posible— se minimice la violencia y se maximice tan la libertad de los desviados como la protección de los no desviados. Mas el modelo de Ferrajoli no suministra una justificación en abstracto del Derecho Penal, sino que únicamente consiente descargos de los sistemas penales concretos en función de aquél ideal. Esto es, según Ferrajoli el Derecho Penal y no solo sistema penal carecerían de justificación jurídica en sí mismos. Las normas que los rijan sólo se les puede admitir en cuanto expresen o tiendan a una minimización racional de la violencia y a un mayor grado de eficiencia en la tutela de la los derechos humanos, tanto en la protección de los no desviados como en la de los desviados. Con ello Ferrajoli parece perder la ocasión de hacer dogmática del delito y de la pena. Y cancela así la oportunidad de hacer un análisis crítico de las normas que rigen al delito desde ese enfoque, para así destacar las antinomias que pueda haber entre aquellas o su entendimiento y los ideales del estado de derecho y proponer soluciones garantistas acordes con aquellos en el seno de la dogmática penal.¹⁴²

Frente a ello, aunque con orientación análoga está la tesis de Zaffaroni que bien distingue entre poder punitivo y Derecho Penal. Dice Zaffaroni (...) Para proteger los valores elementales de la vida comunitaria, el derecho penal deber saber que no regula el poder punitivo, sino que sólo puede —y debe— contenerlo, para que no se extienda aniquilando estos valores.¹⁴³ Bajo esa premisa, en su nueva y magnífica obra "Derecho Penal" —que sustituye a su "Tratado"—, Zaffaroni se adentra al examen de una concepción dogmática-crítica del jus puniendi que se apoye en los principios de un estado de derecho y funja como reductor racional de las manifestaciones irracionales del sistema penal.¹⁴⁴ Así pues, el método garantista de Ferrajoli se puede emplear como una herramienta útil en la misma dogmática. Porque con él se puede poner en evidencia en muchos casos, sino en todos, la inidoneidad de una solución dogmática formal que se distancie de su necesaria legitimación sustancial. La cual sólo puede darla la C. y el apego a los valores y principios de un estado de derecho. Todo ello con el fin de encontrar soluciones que armonicen en lo posible ambos aspectos atendiendo a una teleología reductora. Y de no ser ello viable, que al menos permita denunciar la ilegitimidad sustancial de la norma formal interpretada. De esta manera el sistema replanteado por Zaffaroni apunta hacia un Derecho Penal reductor del poder punitivo al ajustar el entendimiento de sus normas como construcciones jurídicas que se correspondan con los ideales de un estado de derecho que se hallen en una Constitución de corte democrático como lo es la mexicana. En su edificación sistemática Zaffaroni rechaza la tesis moderada de Roxin de la función preventiva de la pena dentro del sistema social de convivencia y la tendencia a separarse de los datos ónticos, para construir nociones puramente normativas o al menos prevalentemente normativas. El insigne penalista argentino más representativo e importante de América Latina destaca un punto crucial:

El derecho penal siempre debe tener una función de dique colocado por el estado de derecho para contener la presión del estado policía y el valor negativo asignado al poder punitivo en general y a la pena en particular. A partir de ello sostiene: "...no puede eludirse la consecuencia de que la construcción conceptual del delito de un sistema orientado por la idea rectora de su intencionalidad reductora del poder punitivo. Cada parte del sistema

¹⁴² Ver Capítulo SEXTO.

¹⁴³ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal...*, op. cit., Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 313.

¹⁴⁴ *Ibidem.*, op. cit., pp. 356 y ss.

conceptual debe ser funcional a esta idea rectora de la totalidad de la construcción".¹⁶⁶ La función del Derecho Penal según Zaffaroni no es pues legitimar al poder punitivo, simplemente porque no puede hacerlo en una medida considerable sino reducirlo y contenerlo. En este contexto Zaffaroni critica por igual la tesis funcional sistémica de Roxin y Jakobs: "...al tender a elaborar sistemas conceptuales funcionales a los objetivos que les asignan a la pena (poder punitivo) que a su vez consideran funcionales para la preservación de una sociedad entendida como sistema. Cuando en realidad lo que se debe intentar es desarrollar una estructura conceptual que sea funcional para la contención y la reducción racional del poder punitivo (porque no puede reconocerse validez científica a ninguna teoría positiva de la pena) y que a la vez resulte funcional a la dinámica de una sociedad donde se verifica la presencia de grupos en permanente conflicto y competencia".¹⁶⁷ A Zaffaroni le asiste razón y aunque el autor le reconoce: "...al neokantismo, el entrenamiento para la fina construcción sistemática; al finalismo, su toque de atención por el respeto por el mundo y sus datos; y al funcionalismo, su sincera asunción de que los conceptos jurídico-penales son políticamente funcionales". Y por su parte sostiene que su elaboración sistemática de un Derecho Penal reductor: "...no constituye una fractura en la dinámica de la teoría del delito, sino un desarrollo de ésta". Si puntualiza que su propuesta es el apartamiento de la sociología sistémica de los funcionalistas para cambiarla por la del conflicto y, asimismo, al asociarla a una teoría negativa de la pena "...regresa la construcción a un dato de validez universal, cuya carencia le reprocha el finalismo al funcionalismo alemán".¹⁶⁸ Quizá Zaffaroni esté en lo cierto: *el poder punitivo en cuanto es o sea irracional no se puede legitimar introduciendo dentro de él mismo las funciones de la pena por un lado y por el otro las de un derecho penal que —con base en una C. de corte democrático— su misión sea la de enfrentar a ese poder punitivo expresado en el sistema penal para reducirlo racionalmente. El Derecho Penal limita al poder punitivo pero no lo legitima.*

Pero aún así Zaffaroni podría incurrir en una falta de justipreciación al dejar de lado las tres grandes propuestas jurídico-prácticas del funcionalismo moderado de Roxin, al igual que soslayar de éste un aporte trascendental. Porque a él hay que reconocerle en primer lugar que él fue precisamente quien con más éxito encabezó la concepción de un Derecho Penal que se vincule a los límites del estado de derecho. Es verdad que Roxin concibe dentro del mismo Derecho Penal tan a las tesis preventivas como a los límites del estado de derecho, lo cuales son de por sí antinómicas; y también es cierto que aquél tiende a dejar de lado el principio de culpabilidad —porque aquella no podría probarse— a favor del límite que se derivaría de la falta de necesidad social de la pena a efectos preventivos. Y es asimismo incuestionable que las pretensiones preventivas del poder punitivo son inconciliables con un Derecho Penal que se apoye en los ideales de un estado de derecho. Pues aunque el Derecho Penal tiene que partir de la realidad normativa vigente, *la misión de aquél es la de enfrentarse al poder punitivo para encontrar propuestas jurídicas racionalmente reductoras del mismo poder punitivo que se han de hallar en las pautas superiores de una Constitución que se oriente a los ideales de un estado de derecho.*

¹⁶⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho Penal...*, op. cit., Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 371.

¹⁶⁷ *Idem*, op. cit., p. 373.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 372.

Mas en **segundo lugar**, igualmente es verdad que Roxin se decide por el binomio culpabilidad-responsabilidad y conserva a la culpabilidad como uno de los baremos limitadores de la pena. Y también es cierto que Roxin entiende a la culpabilidad de un modo sustancialmente diferente a la idea de un castigo que compensa³³³ o expía. Pues de la idea de culpabilidad extrae la idea de Kant de que a nadie se le debe hacer responsable sino de sus propias acciones libres y, por ende, responsables; y de que igual modo rechaza cualquier concepto que discrimine para agravar la pena judicial por atentar contra la dignidad humana. Por lo demás, en el ámbito de la función preventiva de la pena con relación a la responsabilidad —que se integra a la culpabilidad—, Roxin da prevalencia a los criterios preventivos que operen como límites a la pena; y en ese sentido es relativamente admisible que siempre que sea posible la prevención especial positiva habría de tener prevalencia sobre las penas más severas en atención a los fines de “readaptación social” que nuestra Constitución asigna al “sistema penal”.³³⁴ Y del mismo modo en ciertos casos concretos las circunstancias del hecho y las condiciones del sujeto pueden hacer racionalmente intolerable la imposición de cualquier pena a efectos de prevención general; en cuyo caso, éste criterio ha de prevalecer; y más aún, cuando por aquellos motivos ninguna medida de prevención especial resulta ya aconsejable. Con lo cual se da a la función preventiva efectos reductores al poder punitivo. Estas últimas consecuencias se extraen de la tesis preventiva de Roxin, para que de aquella manera la prevención positiva —a través de la responsabilidad penal— pueda formar fila junto con la culpabilidad. Ambas como pivotes limitadores de la pena. Igualmente y en **tercer lugar**, la elaboración de los criterios jurídicos de imputación objetiva en el seno del tipo objetivo, aún con su evidente carga normativa —en parte tan difusa como también lo son las ideas tradicionales del peligro de bienes jurídicos y la previsibilidad de su daño de las tesis causalista y finalista (que sino de la teoría del dominio del hecho que la última impulsa) — se elaboran a partir de premisas que se corresponden con límites del estado de derecho. Y en tal medida es factible que también puedan operar como reductores racionales de excesos a los que se puede llegar en la interpretación del tipo penal sin que ello signifique contraponerse necesariamente con los postulados finalistas y los de un estado de derecho sino complementarios. Como en su oportunidad se verá. Por último y en **cuarto lugar**, el enfatizar que los postulados de un estado de derecho también pueden y deben orientar y limitar a la política criminal que adopte el Estado para la construcción del sistema penal.

— V —

Conclusiones y toma de postura

A. Hacia una tesis democrática de un derecho penal reductor en México. Puedo concluir que salvo las posturas funcionalistas de la prevención positiva moderada o dialéctica —por su visión de ajustar el Derecho Penal a los límites del estado de derecho—, así como las orientaciones de las tesis garantista y reductora del poder punitivo que por una parte, exponen los excesos autoritarios del poder punitivo y las aporías entre aquél y los ideales de un estado de derecho; y, por la otra, proponen reducir esas aporías a través de la mínima violencia posible sobre los desviados y la máxima protección posible de los no desviados con apoyo en los

³³³ Y como ya se vio: ¿Qué compensaría? Nada.

³³⁴ Acerca del significado de la expresión “sistema penal”, véase Raúl E. Zaffaroni, *Sistemas penales...*, op. cit., pp. 7 a 10.

principios constitucionales —construyendo así un Derecho Penal reductor—; en todas las demás teorías vistas hasta ahora existe un defecto común, pues aun cuando presentan elementos aprovechables su deficiencia total consiste en que les faltan los límites y la orientación que se derivan de los principios de un estado de derecho o democrático.

La clave del problema —para lo que debiere ser un Derecho Penal Mexicano correcto— estriba en detectar los abusos y los vacíos que se manifiesten en el ejercicio y entendimiento del poder punitivo con relación a las bases, cercos y directrices que se deriven de un estado de derecho y en los que —excluyendo a los primeros y llenando a los segundos con aquellos— se finque de manera fundamental el mismo Derecho Penal. Con esos fundamentos, límites y guía se puede —en cierta medida— paliar los inconvenientes del poder punitivo y aprovechar las ideas de las diversas tesis preventivas como contrapuntos respecto de los que debe prevalecer la definición de una política criminal y un sistema dogmático que sean coherentes con los ideales de un estado democrático.

Toda vez que, el ¿qué, porqué y para qué se debe punir? : Son preguntas que se deben contestar a partir de los cimientos y los límites sustanciales que conformen un Derecho Penal acorde con el ideal de un estado de derecho. La respuesta correcta hay que buscarla entonces en los fundamentos democráticos de la política criminal que se debe adoptar por un Estado y las funciones reductoras de un Derecho Penal que se conciba sistemática pero racionalmente a partir de los ideales del estado de derecho para proponer la posible reducción de los afanes del poder punitivo que se expresa en el sistema penal. Al menos si se aspira a un Derecho Penal orientado hacia un estado de derecho. Misma política que es, precisamente, la que le corresponde favorecer al Estado Mexicano. Y ello por virtud de la propia carta fundamental del país, la cual atiende a aquél anhelo como ya se vio.

Una política criminal que respete la esencia del ser humano y a la vez cumpla con las aspiraciones de justicia, beneficio y paz social. Por ser personas a las que se dirige directamente la pena o al menos las penas que afectan a las personas de la manera más drástica (las de la privación o la limitación severa de la libertad de traslado.) Y porque son tan las personas como la sociedad las que se perturban con conductas que atenten lesivamente y de manera significativa contra los bienes jurídicos y las que a la vez se deben beneficiar en lo posible con esas medidas de control. La medida de éstas es que no se desajusten con los propios fines preventivos positivos por faltar en el caso concreto la necesidad social de la pena y, sobretudo, que se armonicen con las garantías individuales y con los derechos humanos que ellas mismas deben respetar y promover. Esto es, para que de ser necesaria la pena de prisión, ésta se ajuste a la culpabilidad personal y en lo indispensable según la necesidad social de la pena. O de ser posible, se evite aquella a través de otras medidas que sean suficientes para lograr la paz social; de lo que se deriva, por ende, que se debe encaminar la exclusión de la responsabilidad penal cuando la culpabilidad sea ínfima o falte la necesidad de prevención; así como establecer vías y medidas alternas a la prisión en cualquier caso que así sea posible procurar la paz social y promover la incorporación social responsable de la persona en la comunidad.

Elo es de tal manera porque si el Derecho Penal se enmarca en las garantías individuales que señala la Constitución, por ende, el mismo poder punitivo está limitado y debe encausarse por esas garantías. Las cuales, a la vez, se deben interrelacionar con la aspiración a un estado de derecho o democrático hacia el cual se orienta nuestra Constitución Política con base en sus artículos 3°, 25, 39 y 40. De aquí que a esas garantías no se les pueda trastocar en simples razones para punir. Pues las mismas se conciben en favor de las

personas y las cuales se pueden ampliar en la medida que resulten benéficas para los individuos y al menos no perjudiquen a la sociedad. Pero más aún, cuando también ello redunde en beneficio social. La tensión entre las diversas funciones preventivas de la pena —que en sí son irracionales— solo puede armonizarse si los fines que se le asignan al Derecho Penal en cada etapa funcionan dialécticamente frente a las pretensiones de un poder punitivo que siempre tiende a expandirse y sujeta la función de un sistema penal a que se organice de manera coherente con un Derecho Penal democrático que reduzca las manifestaciones irracionales más intolerables de aquél sistema. Por lo tanto, el Derecho Penal en sí sólo es legítimo en cuanto cumpla la función de ajustar el poder punitivo a los límites jurídicos, filosóficos y racionales que se derivan de un estado de derecho.

Para de ahí responder que el poder de punir se concede por el pueblo al Estado para que lo ejerza con respeto de las personas y en beneficio de su desarrollo en la sociedad de la cual aquellas forman parte. Un poder cuyo ejercicio preventivo general promueva el respeto al Derecho a través de penar sólo ciertas conductas que atenten de manera grave y lesiva contra los bienes jurídicos de las personas y a la par honre a los derechos humanos. Un poder en el que la expresión sustantiva penal trace sus límites en la esencia misma del ser humano, como «sujeto» y no como «objeto» del Derecho Penal. En el cual los conceptos de «conducta», «tipicidad», «antijuridicidad», «culpabilidad» y «responsabilidad» tomen en cuenta los principios que miran al respeto del ser humano como persona y a los derechos que le son inherentes. Y en el cual la «responsabilidad» individual se sustente, además, en la estricta necesidad social de la pena en el caso concreto y en el fin de una socialización digna y comprometida. Y el cual busque alternativas racionales que incluso resuelvan o modifiquen el conflicto antes que se defina el mismo poder punitivo o lo que es aún mejor, antes que las agencias criminalizantes secundarias se manifiesten en toda su plenitud a través de procesos penales innecesarios, si es que con aquellas vías alternas se puede llegar a una expresión mínima y racional del poder punitivo en cuanto se orienten a la compensación posible de la víctima y la convivencia social responsable para lograr la paz jurídica. Así tales categorías y fines funcionan como lindes a la potestad de punir y no como detonantes para aplicar la pena en cualquier caso y en cualquier intensidad que se llegue a apoyar en los procedimientos de la democracia formal. Un poder penal que interprete la ley penal de manera acorde con la Constitución. Y que se aplique con criterios garantistas, de seguridad jurídica y con imparcialidad, con base en conductas humanas y hechos verificables que lesionen de la forma más grave bienes jurídicos. En el que se delimiten legislativamente de manera clara los ámbitos de prohibición en los que se realice la conducta y que tome en cuenta la posibilidad de conocer y valorar esas prohibiciones por quien lleva al cabo aquella conducta. Un poder penal del que antes, para y durante su ejecución se correspondía con el fin de promover la confianza en el Derecho y la estabilidad social, pero al que a su vez se limita por la libertad, la tipicidad, el injusto y culpabilidad del autor y por la medida de esa culpabilidad; e incluso donde ésta se subordine a la paz social, a la racionalidad posible y la necesidad de la pena y a la garantía de readaptación social; y, por tanto, de resocialización responsable en libertad. Con base en esas premisas y con esos límites debe pues trazarse una política criminal reductora de la potestad estatal de punir que a la vez se vincule con la conformación de un Derecho Penal reductor, tan para la sujeción de «qué» se debe punir como «delito» y «cómo» se le debe estimar a éste en la ley, como para explicar el «porqué» de las penas, de su

imposición, de su ejecución y las alternativas racionales a los medios y medidas tradicionales que puedan promover la socialización responsable.

De acuerdo con todo lo dicho, sí es pues concebible que a los fines de prevención que se asignan al poder punitivo se les enfrente un Derecho Penal reductor que los reformule en una racionalidad reductora del mismo poder punitivo que se ajuste a la visión constitucional del estado de derecho. El de prevención general –en cuanto a las conminaciones penales– en tanto éstas se han de formular sólo si se intenta proteger la grave lesión de bienes jurídicos que se dé a través de ciertas conductas que se realicen en ámbitos de prohibición determinados y nada más conforme a la culpabilidad y responsabilidad individual según el ámbito en el que se manifestó esa culpabilidad. Principios que actúen como criterios limitadores del poder punitivo en el análisis de las diferentes categorías o elementos del delito y, por tanto, sin dejar a la prevención general a merced de los puros afanes de evitar delitos o de lograr sin más restablecer la confianza en el Derecho y la fidelidad al Derecho. Ni tampoco se deje a la culpabilidad y a la prevención como sustentadoras —y no acotadoras— de la pena. Porque en el último caso, la una y la otra —culpabilidad y responsabilidad— deben operar a la inversa, es decir, limitando, disminuyendo, modificando o excluyendo la pena. La cual no puede rebasar la gravedad de la culpabilidad. Y menos la pena se podrá imponer cuando falten motivos bastantes para afirmar esa culpabilidad.

Mas también la pena será intolerable cuando por la mínima significación de la culpabilidad en el caso concreto o la escasa gravedad de la misma pena, ésta haya de producir efectos sociales racionalmente inadmisibles en el marco jurídico-constitucional de su necesidad social o en el de la readaptación social que pueda lograr la paz jurídica.¹⁰⁰ Y el de prevención especial subordinada al fin mismo de la incorporación o reincorporación social responsable. El cual a su vez ha de retroactuar sobre la prevención general, para desplazarla con base en los fundamentos y límites del mismo sistema penal. Esto es, cuando sean preferibles o suficientes medidas alternas a la prisión para mantener la paz y lograr la socialización responsable de la persona en libertad.¹⁰¹ De aquí que esos baremos puedan operar a su vez como cercos racionales del poder punitivo que se pretenda sustentar en la mera retribución o prevención. Donde la culpabilidad misma sólo puede existir como tal, en cuanto su concepción se ajuste a ciertos lindes que manan de los derechos del ser humano como persona y sus deberes para con la sociedad en actos concretos. Donde la pena sólo debe imponerse hasta la medida de la culpabilidad y reducirse, sustituirse o modificarse de acuerdo con la responsabilidad y dignidad de la persona por un lado y por el otro, de acuerdo con su situación de vulnerabilidad con relación al hecho concreto que realizó o contribuyó a realizar. E incluso donde aquella en su manifestación más severa que es la prisión pueda evitarse o igualmente excluirse, sustituirse o modificarse en la medida racional de poder promover la paz social y a la vez la socialización libre y responsable del inculcado o sentenciado o al menos evitar en lo posible su desocialización. En esto podría estar de acuerdo el Dr. Robledo, cuando acota que (...) la prevención general positiva se concibe como integradora sólo de los principios penales limitadores del poder punitivo que evitan la

¹⁰⁰ Véase el núm. IV de este Capítulo y el Capítulo Cuarto.

¹⁰¹ Véase, además, el Capítulo Décimo Sexto.

desocialización de los ciudadanos.¹⁹² Y aún así, sin que se pueda desconocer que en la última fase del poder punitivo incluso los sustitutivos penales llevan ya en sí su ingrediente de castigo. Pues aunque no se le quiera llamar así por sus implicaciones deslegitimadoras de remediar un mal con otro mal y de sólo responsabilizar por los actos propios y no en virtud de los demás, aquellos sustitutivos siguen siendo emocionalmente aflictivos en la medida que limitan la libertad ambulatoria o afectan otros derechos.

Sin embargo, es esencia propia del principio del ejercicio libre y responsable de nuestros derechos, el que toda persona en principio actúa con igualdad de derechos y deberes y de que es en correspondencia de esos deberes que las personas han de asumir las consecuencias de sus comportamientos en sociedad. Como también es esencia propia de tales consideraciones que en la realidad cada cual es diferente y cada cual puede estar en condiciones de vulnerabilidad en un caso concreto, que si son desatendidas a efecto de reducir los afanes punitivos al momento de penar simplemente se violaría la garantía de igualdad. Al igual que es verdad que siempre que las consecuencias de la culpabilidad desemboquen en los medios penales que actualmente operan dentro del sistema penal es algo no legítimo sino sólo para evitar la violencia. En tal sentido el Derecho Penal debe operar como reductor racional de la violencia con apoyo en los principios e ideales que manen de una C. que aspire al modelo de un estado de derecho. De aquí que —como ya antes se apuntó y se constatará en el capítulo siguiente—, la postura aquí expuesta también es válida si se atiende a que «antes» de que operen los medios tradicionales para hacer cumplir los fines del poder punitivo, para realizarlos es factible acudir a vías alternas, especialmente en aras de una prevención positiva que promueva la socialización responsable en atención al fin mismo que el artículo 18 C. asigna al sistema penal. Antes de ello no es ocioso destacar que la fundamentación del Derecho Penal ha de enfocarse, además, según las etapas en las que aquél se manifiesta.

8. La fundamentación democrática de un Derecho Penal reductor según las etapas del poder punitivo frente a la persona. En mi concepto, el poder punitivo se enfrenta al individuo en cuatro momentos:

1. Cuando amenaza con penas.
2. Cuando concibe jurídicamente lo que es delito respecto de una conducta concreta.
3. Cuando impone las penas.
4. Y cuando las ejecuta.

Estos cuatro ámbitos de actividad estatal conforman una gran parcela del sistema penal; mismo que en sí no se puede legitimar en sus manifestaciones de irracionalidad sino tan solo limitarlas con un Derecho Penal reductor que así explique cada una por aparte y vea la manera en que se interrelacionan. Y como cada una de esas etapas da origen a la siguiente, por ende, —según dice bien Roxin—: cada fase ha de acoger en sí a los principios de la precedente.¹⁹³ En realidad, cada una de las tesis tradicionales de la pena se proyecta de manera unilateral a determinados aspectos del Derecho Penal; pero pasa por alto a los restantes. La prevención general atiende al «fin» de las conminaciones penales. La retribución piensa en la «justicia por la culpabilidad» a través de la sentencia penal. La tesis preventiva especial mira a la «ejecución» de la pena. Y

¹⁹² Ídem., op. cit., p. 12.

¹⁹³ Claus Roxin, Problemas Básicos..., p.

todas pasan por alto a la concepción jurídica integral misma del delito. Así cada una de esas nociones observa a una, pero desestima a las demás formas de aparición de la potestad penal sin que a ella se le oponga un Derecho Penal racional y sistemáticamente reductor que haga aquellas tolerables. Porque cada una de ellas lleva ya consigo intrusiones específicas a la libertad de la persona en esa y las demás etapas y normalmente ellas contienen —o pueden contener— manifestaciones punitivas —en sus normas o en su interpretación— intolerablemente irracionales.

Lo fundamental queda fuera de la atención de la mayoría de las tesis de la pena: El percibir que todos los preceptos penales requieren de una legitimación suficiente que sea respetuosa de los límites y directrices que impone el ideal de un estado de derecho aparte de la simple voluntad del legislador. Pues está claro que tanto la creación legal de los delitos y las penas, la sentencia penal, o el sistema penitenciario mejor y más progresivo, carecen de sentido si a causa del poder punitivo se les someten personas sobre las que pesa injustamente una sentencia de condena como delinquentes a las que haya de privar de su libertad; o con una pena irrisoria o desmesurada a la entidad del daño y a su culpabilidad, o a los fines de una real necesidad social que respete los derechos humanos y las garantías que les protegen.

Así es que en cada una de las fases del poder punitivo estatal, en su orden de lógica prelación es preciso ensayar una fundamentación de los límites a la potestad de punir. Donde a ésta se le demarque y guíe por las normas de la C. y el espíritu de un estado de derecho y donde cada una de esas fases recoja los principios limitadores de las restantes en un proceso racional que cimiente los fines del *ius puniendi*. Porque iría contra la razón de ser del principio democrático en el Derecho si es que a éste en el ámbito penal se le entiende sólo como un medio cuyo fin inmediato es responder de manera enérgica —afectación de la libertad personal— a situaciones que ameriten esa forma de reacción ante lesiones significativas de los bienes jurídicos, pero que desatiende su objeto de regulación y a sus fines mediatos y últimos. Ese objeto de regulación son conductas humanas con un sentido de desvalor social relevante. Lo que impele a mirar a la personas como sujetos y no meramente como objetos del *ius puniendi* y ver las conductas típicas tan en su implicación ontológica como de significación de desvalor social que parten del ejercicio irresponsable de la libertad general de acción, las que se despliegan en un ámbito cerrado y cierto que corresponde delimitar al legislador en el tipo penal. Asimismo, obliga a mirar a los fines mediatos y últimos del poder punitivo en el marco constitucional del estado de derecho.

Todo ello en su conjunto se debe interrelacionar entre sí. De lo que se derivan las exigencias siguientes: **1)** Que se diseñe una estructura legal del delito acorde con los principios de lo que es una conducta humana —porque la conducta humana con contenido de valoración es a la vez el objeto que regula y valora el *ius puniendi*—. La cual se dé en un contexto fáctico socialmente relevante de lesión o claro peligro lesivo de igual indole a bienes jurídicos, que permita su objetivación, determinación y verificación como conducta prohibida a la cual le sea imputable tal lesión como obra de la persona. **2)** Que se instrumenten penas o medidas racionalmente justas y sujetas al imperio de la legalidad, de su estricta necesidad y que tiendan a promover la socialización responsable; pero, además, penas que sean dignas para el ser humano, sólo hasta la medida de su culpabilidad y de responsabilidad personal en la realización de la conducta y el hecho concretos. **3)** Que se den alternativas punitivas respetuosas de los derechos individuales y que impliquen a la vez medidas benéficas o al menos que no sean perjudiciales para la sociedad y que —en lo posible— ante y para-procesalmente tiendan a modificar o resolver el conflicto, en orden a promover la socialización responsable con paz social; y,

4) Que dichas penas y medidas sean, al mismo tiempo, racionales y no perjudiciales a la sociedad en su calidad y ejecución cuyo fin sea la socialización y, por lo tanto, sólo se apliquen en cuanto atiendan a esos fines y en la medida indispensable para lograr la paz. Es pues incorrecto separar las razones de punir —cuando éstas se ajusten o se desajusten a los valores e ideales de un estado de derecho— de la forma de cómo se entiende y estructura al delito. Sin atender al influjo de aquellas sobre ese cómo. Y sin ver los fines de un ius puniendi democrático. Y, asimismo, porque todo ello adquiere sentido en muchos casos sólo si se les relaciona con los fines democráticos contenedores de la pena. Pues sin esa visión no se alcanzan a comprender cabalmente los fundamentos, la estructura y los fines del Derecho Penal como un todo dentro de un estado de derecho. Se pasan por alto las razones que le dan sentido en su dimensión integral y ubicada en un contexto más amplio que es el de acotar racionalmente en un estado democrático al «sistema penal». Por ello, el estudio de la razón de la pena y de la estructura legal del delito no se debe aislar del que se plantea para limitar al sistema penal. La concepción del delito y la razón de sus penas, además de asentarse en la comprensión y análisis de sus límites formales, se han de respaldar entre sí con los fundamentos y fines del Derecho Penal que se conciba dentro de un estado de derecho.

Y en tal sentido, en orden lógico y cronológico esa tarea de interrelación es pues necesario empezarla con las «conminaciones» de pena. Esto es, señalar los límites a la política legislativa a seguir al diseñar en la ley al poder punitivo, desde la formulación de las conminaciones penales, hasta sus medidas y consecuencias en la esfera de un estado de derecho. Después ir a la «concepción jurídica» de lo que se considera como delito o presupuestos de la punibilidad conforme a las normas penales, aunque entazadas a las razones mismas de ius puniendi que se cimienta en la aspiración del estado de derecho que se deriva de la Constitución que permita acotarlas y entenderlas con esa visión. Con el mismo enfoque continuar luego con los fundamentos y directrices (límites) para la «aplicación» de la pena. Por último y en el mismo sentido, establecer las bases y pautas de la «ejecución» de la misma dentro de aquél ámbito. En cada una de esas etapas —como después se advertirá—, es importante tener presentes cuatro expresiones del principio de reserva del Derecho Penal:

Primera: El Derecho Penal sólo puede tolerar el mínimo indispensable de conminaciones penales para el desarrollo de los derechos personales y la vida en común y en paz de todas las personas, sin que se les ponga en peligro ni se dañe a sus bienes jurídicos esenciales, para que dentro de este marco se pueda promover la socialización responsable de quien los lesione a través de una conducta que tenga tal sentido.

Segunda: Las penas de prisión deben ser las estrictamente necesarias y la amenaza e intensidad de las penas en aquella medida sólo se justifica cuando a través de conductas específicas realizadas en un ámbito objetivo de prohibición determinado —imputable a la conducta de quien se amenace y se pretenda sancionar— se lesione a esos bienes jurídicos de la forma más grave y, además, se ofenda al Derecho como un todo. Y otros medios menos rigurosos —incluso dentro del mismo sistema penal— sean insuficientes para promover la socialización responsable y la paz jurídico-social.

Tercera: La lesión al Derecho se debe realizar con culpabilidad; y, por lo tanto, la pena se debe modular en el caso concreto sólo hasta la medida de aquélla y de la responsabilidad individual en el hecho cometido, y como suficiente para promover en lo posible la socialización o al menos la no-desocialización y lograr la concordia social.

Cuarta: Las penas y cualquier medida penal deben arreglarse a los fines de un sistema penal en un estado de derecho. Por ello, han tener un fin de justicia que se limite por la culpabilidad: más el cual a la vez la necesidad de prevención general indispensable se subordine al marco de la responsabilidad individual, al igual que por el fin preventivo especial de socialización digna. Concebidas la una y el otro como límites racionales dialécticos al poder punitivo en un Estado orientado democráticamente y de ningún modo como razones para punir.

En el sentido apuntado, empiezo con las conminaciones penales