



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO
FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESTATAL Y MUNICIPAL

**El Derecho Penal y su aplicación como Política Pública en materia de
Seguridad: Fundamento Filosófico-Legal**

TESIS

QUE COMO PARTE DE LOS REQUISITOS PARA
OBTENER EL GRADO DE

Maestría en Administración Pública Estatal y Municipal

PRESENTA

Godofredo Alderete Velasco

DIRIGIDO POR

Mtro. Juan Alberto Pichardo Hernández

CENTRO UNIVERSITARIO

QUERÉTARO, QRO.
NOVIEMBRE DE 2019

Dirección General de Bibliotecas UAQ



Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho
Maestría en Administración Pública Estatal y Municipal

El Derecho Penal y su aplicación como Política Pública en
materia de Seguridad: Fundamento Filosófico-Legal

Opción de titulación
Tesis

Que como parte de los requisitos para obtener el Grado de Maestro en
Administración Pública Estatal y Municipal

Presenta:
Godofredo Alderete Velasco

Dirigido por:
Mtro. Juan Alberto Pichardo Hernández

Mtro. Juan Alberto Pichardo Hernández
Presidente

Dr. Gerardo Servín Aguillón
Secretario

Dra. Margarita Cruz Torres
Vocal

Dr. José Fernando Vázquez Avedillo
Suplente

Mtro. José Enrique Rivera Rodríguez
Suplente

Centro Universitario
Querétaro, Qro.

NOVIEMBRE 2019

Dirección General de Bibliotecas UAQ

Resumen

Los primeros pensadores advirtieron que la naturaleza social del ser humano exigía, para garantizar la permanencia de su integración, de normas y pautas generales de conducta dirigidas a proteger los intereses que compartían en común y que habían motivado su integración en grupo.

La protección de la vida, integridad y libertad personal, así como la necesidad de poner fin a la incertidumbre que representaba la posibilidad de resultar dañado en cualquier momento por otro integrante del grupo, colocó a la seguridad como una de las prioridades de la vida comunitaria, por lo cual se buscaron alternativas para mantener el orden y la paz.

En las primeras formas de expresión del derecho penal, la venganza se consolidó como la medida justa de reacción ante el delito, sin embargo el uso invariable de la violencia y desproporcionalidad de las penas, hizo necesaria la búsqueda de nuevas alternativas surgiendo así el periodo humanitario que más tarde establecería las bases para el desarrollo de la ciencia penal y la creación del derecho como hoy lo conocemos.

En este proceso, la pena observó igualmente cambios importantes en torno a sus fines y funciones, comenzando por la etapa retributiva, seguida de la prevención (especial y general), para dar lugar a las tesis eclécticas que reconocieron que a través de la pena se podían cumplir al mismo tiempo los fines retribución y prevención.

Las nuevas tesis proponen que el derecho penal se aplique como instrumento para solución de los conflictos sociales, de manera que permita recuperar la estabilidad que el sistema de convivencia perdió al cometerse un delito. Para tal efecto, el sistema de justicia penal ha sido objeto de una serie de reformas para dirigir la política criminal hacia la reinserción social del responsable del delito y la efectiva reparación del daño.

Palabras clave:

- Derecho penal, Pena, Política Criminal, Política Pública, Prevención Especial, Prevención General, Reinserción Social, Retribución, Seguridad Pública, Sistema Penitenciario.

Summary

The first thinkers warned that the social nature of the human being required, to guarantee the permanence of its integration, of general norms and guidelines of conduct aimed at protecting the interests that they shared in common and that had motivated their integration in groups.

The protection of life, integrity and personal freedom, as well as the need to end the uncertainty that represented the possibility of being damaged at any time by another member of the group, placed security as one of the priorities of community life, for which alternatives were sought to maintain order and peace.

In the first forms of expression of criminal law, revenge was consolidated as the fair measure of reaction to the crime, however the invariable use of violence and disproportionate penalties made it necessary to find new alternatives, thus emerging the humanitarian period which would later establish the basis for the development of criminal science and the creation of law as we know it today.

In this process, the penalty also observed important changes around its purposes and functions, beginning with the retributive stage, followed by prevention (special and general), to give rise to the eclectic theses that recognized that through the penalty they could fulfill at the same time the purposes of retribution and prevention.

The new theses propose that criminal law be applied as an instrument for the solution of social conflicts, so as to recover the stability that the system of coexistence lost when a crime was committed. To this end, the criminal justice system has undergone a series of reforms to direct the criminal policy towards the social reintegration of the person responsible for the crime and the effective reparation of the damage.

(Key words: guide, references, thesis) [Colocarlas en orden alfabético]

- Criminal law, Pain, Criminal policy, Public politics, Special Prevention, General Prevention, Social reintegration, Retribution, Public security, Prison system.

Dedicatorias

A Dios por esta maravillosa oportunidad de vida y las múltiples bendiciones con las que la ha llenado día con día.

A mis padres Godofredo y Lucy, mi agradecimiento eterno por su amor, dedicación y entrega a todos sus hijos. Gracias por su maravilloso ejemplo de vida.

A mi esposa Norma por su amor, compañía e impulso que han hecho de mí un hombre pleno. Gracias por tu dedicación y amorosa entrega a nuestra familia. Te amo

A mis hijos Luis Fernando y Luis Ricardo, por las múltiples alegrías que dan a mi vida, por su compañía y apoyo incondicional en todo momento. Los amo.

A mi nieta María Fernanda, que con su inocencia y ternura llena de entusiasmo y amor cada día.

A toda mi familia, de sangre y espíritu, por su compañía en todo momento cercana, amorosa y paciente. Mi cariño y agradecimiento por siempre.

Agradecimientos

A la Universidad Autónoma de Querétaro, mi Alma Máter, a la cual debo y agradezco la oportunidad que me dio de llegar a ser un profesionalista en plenitud dentro del campo del derecho.

A la Facultad de Derecho, con el orgullo de ser parte de sus egresados, y mi agradecimiento por la invaluable oportunidad de permitirme compartir mi pasión por la enseñanza.

Al “Programa Titúlate” de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro por ser el acicate que me motivó a concluir un ciclo de vida profesional que creía inalcanzable.

C O N T E N I D O

Resumen.....	I
Summary.....	II
Dedicatorias.....	III
Agradecimientos.....	IV
Índice.....	V
Introducción.....	8

CAPÍTULO PRIMERO

EVOLUCIÓN FILOSÓFICO JURÍDICA DEL DERECHO PUNITIVO

1.1. Los Orígenes del Derecho Punitivo	
1.1.1 El Ideario filosófico en torno a la aspiración social de orden y paz.	10
A) Aristóteles	11
B) Ji Mèngkē (Mencio)	13
C) Thomas Hobbes	14
D) Juan Jacobo Rousseau	18
E) Gary Becker	22
1.1.2 Etiología lus Filosófica del derecho punitivo.	28
A) Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria	29
B) Immanuel Kant	32
C) Georg Wilhelm Friedrich Hegel	35
D) Francesco Carrara	38
E) Paul Johann Anselm von Feurbach	41
F) Ezechia Marco Lombroso (Cesare Lombroso)	43
G) Franz Von Liszt	44
H) Hans Welzel	53
I) Claus Roxin	58
J) Günther Jakobs	66

**CAPÍTULO SEGUNDO
LOS FINES Y FUNCIONES DE LA PENA**

2.1. Marco conceptual	70
2.2. Las Teorías de la Pena	72
2.2.1. Teorías Absolutas	73
2.2.2. Teorías Relativas	77
2.2.2.1. Prevención Especial	78
2.2.2.2. Prevención General	80
2.2.3. Teorías de la Unión, Mixtas o Eclécticas	86
2.3. Nuevos puntos de vista sobre los fines de la pena	88
2.4. La Reforma Constitucional en Seguridad Pública y Justicia Penal	90

**CAPÍTULO TERCERO
POLÍTICA CRIMINAL: LA POLÍTICA PÚBLICA QUE RIGE
LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**

3.1. Nociones Previas	96
3.2. Modelos de Política Criminal	99
3.2.1. Modelo Garantista	100
3.2.2. De la Sociedad del Riesgo al Modelo de Seguridad Ciudadana	103
3.2.3. Modelos Penales inspirados en la Seguridad Ciudadana	
3.2.3.1. Modelo Resocializador	108
3.2.3.2. Modelo de Tolerancia Cero	110
3.2.3.3. Modelo "La Tercera es la Vencida"	112
3.3. Política Criminal aplicada en México para el Tratamiento de los Sentenciados a Prisión. (Análisis del artículo 18 constitucional)	113
3.4. Lineamientos del Máximo Tribunal de Justicia para analizar la constitucionalidad de las Leyes Penales	128
Conclusiones	138
Bibliografía	142

Comentado [j1]: Falta la página de la bibliografía.

Introducción

Desde sus primeras formas de organización la humanidad mostró su interés por encontrar la forma que le permita garantizar su permanencia y desarrollo bajo condiciones de orden y paz, como podemos apreciarlo en el pensamiento de los primeros filósofos, mismo que permanece hasta nuestros días.

La reacción frente a conductas que lesionan los intereses comunes que cohesionan al grupo social, se ha expresado de distinta forma en la historia de la humanidad, comenzando con los periodos de venganza (privada, divina y pública), que en común se caracterizaron por la discrecionalidad de quien tenía la facultad de aplicar las penas, quien además sin límites determinó las conductas que se consideraban constitutivas del delito, ocasionando con ello que el derecho de penar fuera utilizado para proteger intereses particulares o de clase, provocando constantes abusos y el uso indiscriminado de la violencia.

No fue sino hasta 1764 cuando César Bonesana, Marqués de Beccaria, sentó las bases doctrinales para crear el derecho penal en la forma en que hoy lo conocemos, planteando la necesidad de crear normas generales que determinaran las conductas constitutivas de delito y las penas que se aplicarían al responsable de su ejecución, pugnando por su humanización; a partir de ese momento comienza a desarrollarse la ciencia del derecho penal, que incluyó a la pena como uno de sus principales objetos de estudio.

Las ideas penales relativas al estudio de las penas, han cumplido igualmente un periodo de evolución, comenzando con las tesis retributivas para las cuales la pena en sí misma se constituía en el fin del derecho penal, seguidas por las tesis relativas para las cuales la pena cumplía con una finalidad preventiva tanto en la persona del delincuente (prevención especial) como en el ámbito de la colectividad (prevención general), más adelante surgirían las tesis eclécticas para las cuales la pena cumpliría una finalidad retributiva y preventiva, dependiendo del momento en que la pena se hiciera presente.

En épocas recientes, en el contexto de las Políticas Públicas, se reconoce al derecho penal como un instrumento de intervención del Estado, a través del cual

deliberadamente ejecuta acciones dentro del campo legal que buscan la prevención del delito, así como el tratamiento del sujeto responsable de su ejecución con fines de corrección, readaptación o reinserción social, según el momento histórico y los objetivos planteados por el legislador en la norma constitucional.

A partir de 2008, nuestro País comenzó un proceso de transformación en su norma fundamental en las materias de seguridad pública y justicia penal, proceso que hasta la fecha que hasta sigue impulsando la transformación y creación de leyes e instituciones gubernamentales. En 2011 con la reforma en materia de derechos humanos se transformó la política criminal que venía aplicándose desde 1965 evolucionando de la readaptación hacia el fin de reinserción social del tratamiento en prisión; lo anterior, implicó todo un cambio conceptual y jurídico respecto de la finalidad del derecho penal y su aplicación, dejando atrás el derecho penal del autor, para dar paso al derecho penal del acto.

En el primer capítulo se analiza el fundamento filosófico del derecho penal a partir de la aspiración social a la seguridad pública, enmarcando en esta función del Estado las acciones encaminadas a la prevención y sanción del delito desde el ámbito de competencia de la materia penal.

El capítulo segundo trata los temas relativos a los principales argumentos *lus filosóficos* aplicados en la doctrina con la finalidad de legitimar la aplicación de las penas, y determinar sus fines y funciones.

Finalmente, en el capítulo tercero se analizan conceptos jurídicos y criterios de jurisprudencia respecto de la manera en que la política criminal ha sido aplicada en los Tribunales Federales, con la finalidad de facilitar la comprensión de la manera en que el derecho penal ha sido aplicado en el Estado Mexicano como política pública en materia de seguridad -prevención del delito y tratamiento del delincuente-, a partir del reconocimiento del sujeto activo como persona con derechos y miembro de la sociedad.

CAPÍTULO PRIMERO
EVOLUCIÓN FILOSÓFICO JURÍDICA
DEL DERECHO PUNITIVO

1.1. LOS ORÍGENES DEL DERECHO PUNITIVO.

1.1.1. El Ideario filosófico en torno a la aspiración social de orden y paz.

El derecho punitivo, se origina en el interés de las primeras formas de organización social por encontrar una manera para garantizar la paz y el orden en las relaciones humanas.

En nuestro País constituye el último, más por ello menos importante, eslabón de las funciones en materia de seguridad pública del Estado.

La Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública¹ en su numeral 2 precisa que los fines perseguidos en esta materia son salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz público; para tal efecto impone a los poderes ejecutivos de la Federación, entidades federativas y municipios los deberes de prevención especial y general de los delitos, sanción de infracciones administrativas, investigación y persecución de los delitos; y, las relativas a la *reinserción social del sentenciado* cuyo cumplimiento únicamente involucra a los gobiernos Federal y de las entidades federativas.

En el ideario de los primeros filósofos, encontramos aportaciones que acentúan la constante búsqueda y necesidad social de que contar con instituciones que garanticen la paz y orden entre los seres humanos. A continuación, analizaremos el pensamiento de algunos de ellos.

¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación, el viernes 2 de enero de 2009, con últimas reformas publicadas el 27 de mayo de 2019

A) Aristóteles (384 - 322 a. C.)

Polímata griego, considerado -junto con Sócrates y Platón- uno de los tres pilares de la filosofía de occidente, se le atribuye la autoría de más de 200 tratados.

Conceptuó al ser humano como un *zoon politikón* -*animal político* o *animal cívico*-, distinguiendo la especie humana de la animal al señalar que si bien era cierto que ambos tenían una naturaleza social que los encausaba a vivir en comunidad, sólo el ser humano tenía una naturaleza política por su capacidad para crear sociedades y organizar la vida en ciudades.

Como un animal político, el ser humano alcanza sus fines en el seno de la comunidad, al reconocer que no es autosuficiente y que la sociedad es el medio que le permite alcanzar su plena realización; bajo esta tesis, la polis² estaba obligada a buscar la mejor forma de gobierno para que cada uno de sus integrantes pudiera lograr sus aspiraciones dentro de ella. Es por ello que distingue a las formas puras e impuras de gobierno, en las primeras se busca el bien común (monarquía, aristocracia y república); en las segundas se persigue el bien particular (tiranía, oligarquía y demagogia).

En su obra "*Política*" cita la propuesta de Faleas de Calcedonia –pensador griego de su época- que proponía elaborar una constitución que protegiera la igualdad de propiedad de los ciudadanos para evitar el crimen y la revolución; sin embargo, considera insuficiente ésta ya que -a su consideración- el crimen está también motivado por un desequilibrio en los deseos que experimenta del ser humano al señalar:

“Esto consiste en que **los hombres se ven arrastrados al crimen no sólo por carecer de lo necesario**, lo cual Faleas cree evitar por medio de la igualdad de bienes, medio excelente, en su opinión, de impedir que un hombre robe a otro hombre para no morir de frío o de hambre, **sino que se ven arrastrados también por la necesidad de dar amplitud a su deseo de gozar en todos sentidos**. Si estos deseos **son desordenados**,

² Denominación utilizada para las ciudades-estado de la antigua Grecia, surgidas a partir de la agregación de núcleos y grupos de población.

los hombres apelarán al crimen para curar el mal que los atormenta; y yo añado que no sólo por esta razón se precipitarán por semejante camino, sino que lo harán también si el capricho se lo sugiere, por el simple motivo de no ser perturbado en sus goces.³

Bajo esta tesis, en opinión de Aristóteles el crimen puede originarse en factores exógenos tales como la carencia de lo mínimo indispensable para subsistir motivado por las desigualdades sociales, y factores endógenos emanados de la falta de control del ser humano sobre la perturbación que le provocan sus deseos desordenados, que busca satisfacer sin reconocer límite alguno dado su carencia de moralidad. Es por ello, que sostuvo que los grandes crímenes no se originan en la desigualdad social, sino en los deseos del ser humano por satisfacer aquello que es superficial y que realmente no le es necesario.

“...lo superfluo, y no lo necesario, es lo que hace que se cometan los grandes crímenes. No se usurpa la tiranía para librarse de la intemperie, y por el mismo motivo las grandes distinciones están reservadas, no para el que mata a un ladrón, sino para el homicida de un tirano.”⁴

Victoria Camps⁵, señala que el desarrollo de virtudes constituía el eje de la ética y la política aristotélica, debido a que en su tiempo ser una buena persona implicaba ser un buen ciudadano; sin embargo, Aristóteles sostuvo que sólo los hombres libres podían aspirar a ser buenos ciudadanos, ya que quienes no lo eran debían ocuparse de labores viles que les impedían cultivar su entendimiento.

El individuo sólo puede realizarse plenamente cuando vive en sociedad, quienes son incapaces de hacerlo o piensan que no necesitan de ella, es porque son bestias o porque son dioses.

³ CARO, Matías, Alejandro. “El Pensamiento de Aristóteles, Hobbes y Marx en las Teorías Criminalísticas Contemporáneas”, publicado en la Revista Cadernos de Direito Actual, Nº 8, pp. 257-266, consultable en el sitio web <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/238/150>

⁴ Ídem.

⁵ Catedrática de Ética de la Universidad Autónoma de Barcelona, en su artículo “El Sentido del Civismo”, consultable en la página Web: http://www.publicacions.bcn.es/b_mm/ebmm_civisme/015-021.pdf

B) Ji Mèngkē (370 - 289 a. C.)

Comentado [j2]: Igual a la anterior.

Filósofo chino y creador la *Teoría de la Benevolencia de la Naturaleza Humana*, sostuvo en su obra *Mèngze*⁶ que todo hombre era bueno por naturaleza y que tenía la capacidad para desarrollar una conducta razonable y recta.

Parte de cuatro sentimientos naturales que guiaban al ser humano hacia el buen camino:

- a) Compasión,
- b) Vergüenza,
- c) Respeto y Modestia, y
- d) Distinción del bien y el mal.

Consideró que al cultivarse los sentimientos naturales, sería posible desarrollar las cuatro virtudes cardinales del ser humano:

- I. *Benevolencia*.- La compasión impulsa a la persona a ayudar a los demás;
- II. *Justicia*.- La vergüenza insta al ser humano a actuar correctamente;
- III. *Decoro*.- Al respetar a los demás y ser humilde, el ser humano tiende a cumplir con la reglas de etiqueta y de cortesía; y,
- IV. *Sabiduría*.- Cuando se distingue entre el bien y el mal, se está en el primer paso hacia la sapiencia.

Consideró que la pérdida de bondad en el ser humano, era una consecuencia de la sociedad y de la dura vida que ésta le imponía a sus integrantes, por esta razón buscó influir en los gobernantes de su época, incitándolos a la búsqueda de condiciones favorables para el desarrollo de los pueblos.⁷

Refirió que la prosperidad o decadencia del Estado, dependía de la manera en que sus gobernantes trataban al pueblo, por lo que el apoyo o rechazo de los súbditos hacia sus gobernantes era fundamental, ya que en esta dicotomía se encontraba la causa de su éxito o fracaso.

⁶ Compuesta por siete libros. Algunos sugieren que la obra no fue escrita por él, sino por sus discípulos.

⁷ Señaló que *un soberano inteligente organiza la producción de sus súbditos de forma que puedan sostener a su padre y a su madre, a sus hijos y esposas, que en los años buenos puedan comer a su gusto, y en los malos no morir de hambre. Una vez alcanzado esto, los dirigirá hacia la práctica del bien y el pueblo le seguirá.*

El buen gobernante debe ser un líder moral, un paradigma y una fuente perpetua de virtudes de benevolencia y rectitud, su primera tarea es proveer al pueblo de las condiciones materiales suficientes para su bienestar; si el soberano carece de tales atributos, es entonces un tirano que usurpa el poder para beneficio propio, por lo que una rebelión del pueblo en su contra debería considerarse como algo totalmente justificado.

Su filosofía entrelazó la ética y la política, infiriendo que la esencia en la práctica de la política está en el cultivo de la moral, afirmaba que el mundo se fundamenta en los Estados; los Estados, en las familias; y las familias, en las personas.

Como síntesis al ideario filosófico de Mencio, se concluye que todo Estado que pretenda garantizar su permanencia, orden y unidad, indefectiblemente se encuentra obligado a elegir gobernantes con alta calidad moral, para que ejerzan su liderazgo procurando en la satisfacción de las necesidades de los gobernados y no la complacencia de sus apetitos personales.

El buen gobernante deberá garantizar el acceso a la justicia, y garantizar que todo aquel que se aparte de las normas que determinan lo correcto social y moralmente, reciba una sanción por su conducta.

C) Thomas Hobbes⁸ (1588-1679)

Filósofo inglés, considerado uno de los precursores de la filosofía política moderna, quien contemporáneo al movimiento de la Revolución Burguesa que se originó en su País.

En su obra *Leviatán*, escrita en 1651, sentó las bases de la Teoría Contractualista en la que la sociedad y el Estado son consecuencia de un contrato original entre los seres humanos, quienes aceptan limitar sus libertades a través de

Comentado [j3]: Igual a la anterior respecto a wikipedia, puede dejar la segunda fuente.

⁸ HOBBS, Thomas.- "El Leviatán", traducción de Antonio Escotado, Editora Nacional, segunda edición, España, 1980: <http://pdfhumanidades.com/sites/default/files/apuntes/95-Hobbes-Leviatan%20%28completo%29.pdf>.

normas que garantizan su protección y la obtención de ciertas ventajas dentro del grupo social.

Refiere que el ser humano está en constante movimiento para lograr sus deseos, de manera que en sus acciones busca realizar un acercamiento hacia lo que anhela, o alejarse de aquello que ponga en peligro su vida e integridad.

En su opinión la sociedad es una máquina en la que todos sus integrantes interactúan motivados por distintos anhelos, afirma que hay tres motivos por los cuales los conflictos se llegan a presentar:

- a. Competición.- Reconoce el principio de igualdad natural por el cual todos los seres humanos son semejantes en sus facultades –corporales e intelectuales-; sin embargo, señala que en muchas ocasiones se presenta una lucha para tratar de demostrar quién es más fuerte de cuerpo o más sagaz de entendimiento.

Al analizar al ser humano en su conjunto –cuerpo e inteligencia-, señala que la diferencia de fuerzas ya no resulta tan importante, ya que si bien es cierto una persona puede aprovechar su fuerza física para exigirle al débil un beneficio, también lo es que el débil siempre contará con la fuerza suficiente para privarlo de la vida, aprovechando para ello su intelecto.

Así las cosas, la igualdad se aplica a quienes pueden hacer las mismas cosas y en el *estado de naturaleza* cualquiera puede privar de la vida a otro, por lo que todos somos radicalmente iguales.

- b. Desconfianza.- Considera que de la equivalencia de fuerzas que existe bajo un *estado de naturaleza*, surge la desconfianza de unos hacia otros ya que esa misma igualdad de capacidades, propicia el surgimiento de la igualdad de esperanza respecto a la consecución de fines personales, siendo ésta la causa por la cual más de uno aspira y desea la misma cosa, que al no poder disfrutarse al mismo tiempo por ambos, provoca que se vuelvan enemigos para tratar de conseguirla.

En ocasiones el individuo actuará motivado por el instinto de conservación, pero en otras tan sólo lo hará por simple complacencia, buscando en ambos casos la forma de aniquilar o sojuzgar a los otros, llegando incluso en ocasiones a motivar la unión de fuerzas con la finalidad de protección o de ataque, ocasionando que el ser humano se vea inmerso en una vida de constante zozobra e inseguridad.

- c. Gloria.- La búsqueda del reconocimiento y de una reputación provoca una situación de guerra de todos contra todos, lo cual es la peor de todas las situaciones, ya que obliga al ser humano a abandonar sus deseos. Al respecto señala:

“En una situación semejante no existe oportunidad para la industria, ya que su fruto es incierto; por consiguiente no hay cultivo de la tierra, ni navegación, ni uso de los artículos que pueden ser importados por mar, ni construcciones confortables, ni instrumentos para mover y remover las cosas que requieren mucha fuerza, ni conocimiento de la faz de la tierra, ni cómputo del tiempo, ni artes, ni letras, ni sociedad; y lo que es peor de todo, existe continuo temor y peligro de muerte violenta; y la vida del hombre es solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve.”⁹

Ante tales condiciones, propone como alternativa la suscripción de un *pacto de sujeción-uniión*, en el que todos los individuos de común acuerdo renuncien a su derecho natural sobre todas las cosas, cediendo su capacidad de castigo a un poder superior y común al cual denomina como el *Soberano* o *Leviatán*; es por ello que algunos estudiosos afirman que la teoría política de Hobbes tiene su fundamento en el miedo del ser humano y su deseo de vivir con seguridad; pese a ello, su doctrina es reconocida como el fundamento de la teoría del contrato social.

Resulta pertinente tener en consideración que su obra *Leviatán*, fue escrita durante la Guerra Civil Inglesa, por lo cual Hobbes se manifestó partidario del Estado Absolutista por considerar necesario que la sociedad contara con una

⁹ *Ibidem*, página 225

Comentado [j4]:

Si esta parte es una cita textual hay que colocar su referencia.

autoridad central con la fuerza suficiente para evitar los males de la discordia y la guerra.

Para él, el Estado se originó en un pacto por el cual los individuos aceptaron subordinarse a un gobernante a cambio de que éste se obligase a procurar el bien de todos.

Su ideario parte de una concepción mecanicista del ser humano y de sus pasiones, por lo que afirma que una sociedad sin gobierno –*estado de naturaleza*– provoca que los individuos se crean con el derecho y licencia para disponer de todo lo que existe en el mundo, lo cual los conduce a una *guerra de todos contra todos* (*bellum omnium contra omnes*), enfrentándolos al constante temor de la muerte y a la carencia de lo mínimo necesario.

Por lo que respecta a sus ideas sobre el *crimen*, es coincidente con Aristóteles al considerar que éste se origina en la desviación de los deseos individuales que provoca que el ser humano actúe contra las leyes del soberano, considerando a este descarrío como la causa principal, por encima de las condiciones de desigualdad social; sin embargo, una diferencia sustantiva con el filósofo griego es que consideró que la forma de revertirlo, no era la educación sino la punición. El castigo o la amenaza de éste no sólo permite combatir al crimen, también lo previene, ya que cuando es aplicado evita que las conductas se repliquen es por ello que afirmaba que “*los acuerdos sin la espada, no son más que palabras*”.

Hobbes reconoce que la aplicación del castigo tiene un efecto disuasorio, afirmando que éste debe ser proporcional al crimen u ofensa cometida, de manera que incluso podía eximirse de su aplicación a quien había actuado bajo un desconocimiento de la ley originada por la falta o falla de publicidad de ésta; asimismo precisó que el castigo a aplicar no debía ser mayor a aquél que estuviere dispuesto en la ley al momento de ser infringida. Aunque es partidario del absolutismo, señaló que el ejercicio del poder absoluto no entraña la posibilidad de ser arbitrario en la aplicación de las sanciones, y menos aún el castigo de súbditos inocentes ya que esto es contrario a la ley de naturaleza; por lo anterior, el poder

absoluto debe reconocer la existencia de ciertas garantías al momento de imponer los castigos.

Finalmente, bajo el enfoque de la *Teoría Económica del Crimen*¹⁰, Hobbes es considerado el pionero en la aplicación de tesis económicas en el tema de la seguridad al afirmar:

“... **si el daño infligido es menor que el beneficio de la satisfacción** que naturalmente sigue al delito cometido, **este daño no queda comprendido en tal definición, y es más bien el precio o redención y no la pena señalada a un delito**. En efecto, es consustancial a la pena tener como fin la disposición de los hombres a obedecer la ley, fin que no se alcanza; antes bien, se aleja uno en sentido contrario.”¹¹

D) Juan Jacobo Rousseau (1712-1778)

Polímata suizo de la época de la Ilustración¹², cuyo ideario político incidió en el movimiento cultura de la Revolución Francesa, al grado de que algunos le atribuyen la creación de las bases bajo las cuales se originó la monarquía constitucional que fue implantada por la sociedad francesa después de la toma de La Bastilla.

Su obra “El Contrato Social”, influyó en el pensamiento político de su época estableciendo las bases de la *volonté générale* (voluntad general), por la cual la soberanía se encontraba depositada en la voluntad del pueblo y no en la voluntad del Monarca, manifestando así una franca oposición al Absolutismo imperante en su época.

Para él es importante tomar en cuenta el tamaño del Estado, ya que en la medida en que crezca la población, la voluntad de cada individuo se verá cada vez menos representada por sus gobernantes, por lo que mientras más grande sea el

¹⁰ Sustentada en el ideario de Gary Becker, premio nobel de economía en el año de 1992, a quien atribuye la creación de la “Teoría Económica del Crimen”

¹¹ CARO Matías, Alejandro. Op. Cit., página 260.

¹² Movimiento cultural surgido primordialmente en el continente europeo a mediados del Siglo XVIII, que inspiró profundos cambios políticos, sociales y culturales.

Estado, el gobierno tendrá que ser más eficaz a fin de evitar la desobediencia de los individuos a la voluntad general.

Bajo el contrato social, la asociación de los ciudadanos debe tener la capacidad para defender y proteger a las personas, sus bienes y derechos a través de la aplicación de la fuerza común, en su obra se puede apreciar textualmente lo siguiente:

“En tanto que muchos hombres reunidos se consideran como un solo cuerpo, no tienen más que **una voluntad, que se refiere a la común conservación y al bienestar general**. Entonces todos los resortes del Estado son vigorosos y sencillos; sus máximas, claras y luminosas: no tiene intereses embrollados, contradictorios; **el bien común se muestra por todas partes con evidencia, y no exige sino buen sentido para ser percibido. La paz, la unión, la igualdad son enemigas de las sutilezas políticas**. Los hombres rectos y sencillos son difíciles de engañar, a causa de su sencillez: los ardides, los pretextos refinados no les imponen nada, no son ni siquiera bastante finos para ser engañados...”¹³

El estudioso mexicano Ángel Zarazúa Martínez¹⁴, refiere que en el ideario de Rousseau un gobierno para ser bueno, debía ser más fuerte en la medida que su población crecía, de forma tal que pueda identificar y enfrente los problemas que aquejen a la sociedad. Las primeras sociedades fueron gobernadas aristocráticamente, por jefes de las familias que deliberaban entre sí acerca de los negocios y los jóvenes reconocían en ellos el principio de autoridad de su experiencia. Por otra parte, afirma que para Rousseau en la medida en que se incrementa la distancia entre el pueblo y su gobierno, los tributos deberán ser más onerosos, por lo que bajo la democracia el pueblo se encuentra menos cargado de contribuciones; mientras que en la aristocracia la carga se incrementa y en la monarquía la carga a soportar es la máxima, es por ello que en su opinión la

¹³ ROUSSEAU, Juan Jacobo.- “El Contrato Social”, Obras Clásicas de Siempre, biblioteca digital del Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa (ILCE), consultable en la dirección web <http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/Colecciones/ObrasClasicas/docs/ContratoSocial.pdf>

¹⁴ ZARAZÚA MARTÍNEZ, Ángel.- “La seguridad pública en la obra de Juan Jacobo Rousseau: El Contrato Social. principios de derecho político”, en Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Constitucional y Política, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera Edición, 2005, pp 465 a 490.

monarquía conviene a las naciones opulentas; la aristocracia a los Estados mediocres en riqueza; y la democracia a los Estados pequeños y pobres.

En relación con el tema de la seguridad pública, Zarazúa Martínez señala que en la obra de Rousseau se puede apreciar el texto siguiente:

“Más si se preguntara por qué signo puede reconocerse si un pueblo completamente está bien o mal gobernado, la cuestión cambiaría de aspecto y podría en cierta manera resolverse. Sin embargo, no se resuelve porque cada cual quiere resolverla a su manera. **Los súbditos exaltan la tranquilidad pública; los ciudadanos, la libertad intelectual; el uno prefiere la seguridad de la posesión; el otro, la de las personas; éste dice que el mejor gobierno debe ser el más severo; aquél sostiene que el más suave; cuál quiere el castigo del crimen, cuál su prevención; el uno considera que es conveniente hacerse temer de sus vecinos; el otro, que es preferible vivir ignorado;** quién se contenta con que el dinero corra; quién exige que el pueblo tenga pan. Pero, aun cuando se llegase a un acuerdo sobre estos puntos y otros parecidos, ¿en qué se habría avanzado? Las cualidades morales carecen de medida precisa; por consiguiente, aun estando de acuerdo respecto del signo, ¿cómo estarlo sobre su estimación?”¹⁵

En referencia específica al tema de la seguridad pública, podemos apreciar la siguiente cita que se deriva del Libro Cuatro, capítulo sexto de su obra, al referirse a la Dictadura en los términos siguientes:

“La inflexibilidad de las leyes, que les impide plegarse a los acontecimientos, puede, en ciertos casos, hacerlas perniciosas y causar la pérdida del Estado en sus crisis. El orden y la lentitud de las formas exigen un espacio de tiempo que las circunstancias niegan algunas veces. Pueden presentarse mil casos que no ha previsto el legislador, y es una previsión muy necesaria comprender que no se puede prever todo.

No es preciso, pues, querer afirmar las instituciones políticas hasta negar el poder de suspender su efecto. Esparta misma ha dejado dormir sus leyes.

¹⁵ *Ibidem*, página 485

Más **exclusivamente los mayores peligros pueden hacer vacilar y alterar el orden público**, y no se debe jamás detener el poder sagrado de las leyes sino cuando se trata de la salvación de la patria. **En estos casos raros y manifiestos se provee a la seguridad pública por un acto particular que confía la carga al más digno**. Esta comisión puede darse de dos maneras, según la índole del peligro.

(a) Si para remediarlo basta con aumentar la actividad del gobierno, se le concentra en uno o dos de sus miembros; así no es la autoridad de las leyes lo que se altera, sino solamente la forma de su administración: (b) porque si el peligro es tal que el aparato de las leyes es un obstáculo para garantizarlo, entonces se nombra un jefe supremo, que haga callar todas las leyes y suspenda un momento la autoridad soberana. En semejante caso, la voluntad general no es dudosa, y es evidente que la primera intención del pueblo consiste en que el Estado no perezca. De este modo la suspensión de la autoridad legislativa no la abole; el magistrado que la hace callar no puede hacerla hablar: la domina sin poder representarla. Puede hacerlo todo, excepto leyes.¹⁶

Para concluir su reflexión sobre la manera de enfrentar al peligro a través de la seguridad pública nombrando un jefe supremo que estuviere incluso por encima de las leyes, al final de su reflexión Rousseau indica:

“Por lo demás, **de cualquier modo que sea conferida esta importante comisión, es preciso limitar su duración a un término muy corto, a fin de que no pueda nunca ser prolongado**. En las crisis que dan lugar a su implantación, el Estado es inmediatamente destruido o salvado y, pasada la necesidad apremiante, la dictadura, o es tiránica, o vana.”¹⁷

De lo anterior, podemos colegir que para este pensador el conjunto de leyes y su estricto cumplimiento constituyen la mejor garantía para la permanencia de la sociedad.

¹⁶ *Ibidem*, página 489

¹⁷ *Ibidem*.

Comentado [j5]: Si es una cita del mismo texto hay que hacer su referencia.

E) Gary Becker (1930-2014)

Economista estadounidense y profesor de la Universidad de Chicago, fue reconocido con el Premio Nobel de Economía en 1992. Entre sus múltiples obras, destaca para los propósitos del presente trabajo la intitulada “Ensayos en la economía del crimen y el castigo” (Essays in the Economics of Crime and Punishment) publicada en 1974.

Para analizar las aportaciones de Becker, se realizó el estudio de su artículo titulado “Crimen y castigo: Un enfoque económico”¹⁸, en cuya parte introductoria se destaca que desde principios de Siglo XX, se observa que los países occidentales han manifestado una rápida expansión legislativa por la cual se busca revertir la tesis del *laissez faire* aplicada hacia finales del siglo XIX teniendo como base el ideario del economista francés François Quesnay¹⁹, que afirmaba la existencia de una ley natural por la cual se garantizaba la estabilidad del sistema económico, por lo cual el Estado debía abstenerse de realizar actividades de dirección o interferencia con respecto a la libertad individual de elección y acción, oponiéndose a su injerencia en los asuntos económicos, pugnando para que las regulaciones gubernamentales se destinen solamente a proteger los derechos individuales y los derechos de propiedad.

A partir de esa transformación de normas cuyo propósito inicial fue revertir los efectos de la *Fisiocracia*²⁰, se generó una nueva visión del derecho en el cual las leyes ya no sólo buscaban la protección contra las violaciones cometidas contra las personas y sus bienes, sino que también tienden a restringir desde la *discriminación* aplicada a ciertos grupos minoritarios, acuerdos de negocios en colusión, hasta el cruce imprudente de calles y materiales utilizados para la construcción entre otras miles de actividades, de manera que ahora se busca

¹⁸ BECKER, Gary. “Crimen y castigo: Un enfoque económico”, (documento web) consultable en: http://www.ebour.com.ar/ensayos_meyde2/Gary%20S.%20Becker%20-%20Crimen%20y%20Castigo.pdf (21 de junio 2019)

¹⁹ Fundador de la Escuela del Pensamiento Económico en el Siglo XVIII, que afirmaba que existía una ley natural por la cual el buen funcionamiento del Sistema Económico se encontraba garantizada sin la necesidad de intervención del Estado.

²⁰ Término de origen griego que significa "gobierno de la naturaleza", en el cual se considera que las leyes humanas deben buscar armonía con las leyes de la naturaleza.

transitar hacia el extremo opuesto en el que las actividades restringidas al individuo son, además numerosas, amplias de manera que afectan a las actividades realizadas por personas con distinto origen social, nivel educativo, edad, raza, etc.; es por ello que, en opinión de Becker, la probabilidad de que un delincuente/infractor pueda ser descubierto y condenado dependerá en gran parte de la naturaleza y alcance de la sanción así como del tipo de persona y de su actividad.

Francisco J. Ciocchini²¹, refiere que en economista Becker el interés por analizar en crimen surgió en la década de los sesentas cuando éste se dirigía hacia la Universidad en la que impartía cátedra para aplicar examen a uno de sus estudiantes, ya que iba retrasado por lo que se vio en la necesidad de decidir si dejaba su vehículo en un estacionamiento o asumía el riesgo de ser multado por dejarlo en la calle en un lugar prohibido, lo cual motivó que calculara matemáticamente la probabilidad de ser multado, el monto de la pena y el costo de dejar el auto estacionado, tomando la decisión de correr el riesgo de la multa, misma que no le fue aplicada. En su trayecto hacia el aula en la que aplicaría el examen, Becker pensó en que las autoridades probablemente habían realizado un análisis similar al suyo, con base en el cual determinaron la frecuencia de sus inspecciones y el monto de la penalidad a imponer; por lo anterior, Ciocchini concluye que una de las características esenciales del análisis becqueriano era aplicar la metodología de la teoría económica convencional a todo tipo de actividades humanas.

Becker refiere que el propósito principal de su ensayo fue responder a las versiones normativas de preguntas que se realizan sobre ¿Cuántos recursos y cuánto castigo se deberían usar para hacer cumplir diferentes tipos de legislación?, así como ¿Cuántos delitos deberían permitirse y cuántos delincuentes deberían quedar impunes?; para tales efectos, utiliza un método que formula una medida de la pérdida social por los delitos y halla la inversión de recursos y castigos que minimizan esta pérdida.

²¹ CIOCCHINI, Francisco J.- "El crimen y el castigo", (Documento Web) consultable en: <http://200.16.86.50/digital/658/revistas/vsi/ciocchini3-3.pdf> (15 de junio de 2019)

En su análisis señala que el criterio generalmente aplicado para determinar la pérdida social que se ocasiona por el delito, incorpora los criterios de venganza, disuasión, compensación y rehabilitación, los cuales históricamente han tenido un lugar prominente en la praxis criminológica.

Para analizar lo que él denominó *costo del crimen*, recurre a un concepto amplio de "delito" que incluyen todas las violaciones a las normas (evasión fiscal, crímenes de cuello blanco y mercados negros, entre otros) y no sólo a los delitos graves, de tal manera que define al "crimen" como una actividad o "industria" económicamente importante, refiriendo que tan sólo en el año de 1965 el gasto público que en Estados Unidos de Norteamérica realizaron las instituciones policiales a nivel federal, estatal y local, tribunales penales y abogados, así como las "correccionales" había ascendido a más de cuatro mil millones de dólares, en tanto que los gastos privados realizados para la instalación de alarmas, guardias, abogados y otras formas de protección, habían ascendido aproximadamente a dos mil millones de dólares; lo anterior, sin incluir los gastos de las agencias públicas para el cumplimiento de leyes particulares, tales como las leyes estatales de empleo justo y otra gran cantidad de precauciones privadas contra el crimen que iban desde la vida suburbana hasta el transporte público de pasajeros -taxis-.

Si intentásemos aplicar la tesis Becqueriana a la situación actual del crimen en nuestro País, nos daríamos cuenta de que al menos en las últimas dos décadas en el discurso político el gasto público destinado a las áreas de seguridad pública, desde la prevención del delito hasta la reinserción social del delincuente, se ha visto incrementado año con año, sin obtener los resultados esperados ya que la incidencia delictiva se mantiene en crecimiento, por lo anterior se recurre a la justificación discursiva de que nuestras circunstancias son mejores al compararnos con lo que ocurre a nivel nacional, e incluso a la afirmación de que los criminales no son originarios de la localidad, sino que vienen de otros lugares y después de cometer sus crímenes se retiran.

Para determinar cómo combatir la delincuencia de manera óptima, Becker propone un modelo en el que se incorpora las relaciones de comportamiento detrás

de los costos que se originan por la actividad de las policías, fiscalías, tribunales e instituciones de ejecución de sanciones penales en comparación con los ingresos que obtiene la delincuencia por su actividad criminal. Señalando que estos pueden dividirse en cinco categorías:

- I. Relaciones entre el número de crímenes y el costo de los delitos,
- II. Número de delitos y castigos imputados,
- III. Número de delitos, detenciones y condenas y el gasto público en policía y tribunales,
- IV. Número de condenas y costos de las penas de prisión o de otro tipo, y
- V. Número de delitos y los gastos privados en protección y aprensión.

Específicamente sobre los costos de *captura y condena* de los delincuentes, precisa que cuanto más se invierta en el aprovechamiento de tecnologías por las policías, personal judicial y equipo especializado, será más fácil descubrir los delitos y condenar a quienes los cometieron; por lo anterior, resulta más económico procurar que los costos de operación de las policías, jueces, abogados defensores y jurados se disminuyan al incorporar en ellas las tecnologías aplicadas para la investigación criminal como: la identificación de huellas dactilares, pruebas de ADN, intervenciones telefónicas, inteligencia cibernética aplicada a las nuevas formas de comunicación, e incluso se refiere al uso de aparatos de detección de mentiras, los cuales hoy se encuentran bajo cuestionamiento en cuanto a su confiabilidad.

Refiere que teorías aplicadas para identificar las causas determinantes del delito son muy variadas, ya que van desde la utilización de criterios antropométricos (positivismo criminológico), hasta el análisis de la educación familiar y el desencanto de las personas respecto a la sociedad; pese a ello, señala que prácticamente todas ellas son coincidentes en el criterio de que al incrementarse la probabilidad de aplicación de una condena, se disminuye el número de delitos cometidos, sin que ello deba correlacionarse necesariamente con el cambio en la severidad del castigo.

El enfoque adoptado por Becker, implica el análisis economista del derecho a la elección –llamada por Francesco Carrara Libre Albedrío-, asumiendo que:

“...una persona comete un delito si la utilidad esperada para él excede la utilidad que podría obtener usando su tiempo y otros recursos en otras actividades”²².

Refiere que algunas personas se convierten en *criminales*, no porque su motivación difiera de la de otros delincuentes, sino porque sus beneficios y costos también difieren, precisa que el comportamiento criminal debe ser analizado con base en una teoría más general que no forma parte de la teoría económica – criminología-.

Respecto a la aplicación de las penas, señala que a lo largo de su historia la humanidad ha *inventado* una variedad de castigos por los cuales se inflige a los condenados un sufrimiento que va desde la privación de su libertad personal hasta su muerte, pasando por la tortura, marca, multas, destierro, y otros tipos de restricciones a sus derechos.

Para los delitos más graves, Becker refiere que en los Estados Unidos hacia mediados de la década de los sesentas, se aplicaban sanciones que consistían en la combinación de libertad condicional, encarcelamiento, probation, multas, así como diversas restricciones aplicadas sobre la elección de ocupación del delincuente; destacando que en una encuesta aplicada se estimó que en un día promedio de 1965, el número de personas en libertad condicional, probation o "institucionalizados" en una cárcel o en un hogar juvenil era cerca de un millón trescientas mil persona lo cual representaba cerca del 2% de la fuerza de trabajo del País. Lo anterior, nos lleva a cuestionarnos sobre la gran carga de trabajo que en los próximos años pueden esperar las Unidades encargadas de la supervisión de Medidas Cautelares en materia penal.

El costo de la pena puede ser convertido a un equivalente monetario o valor cuando se trata de la multa, pero también es posible calcularlo para la pena de prisión para lo cual propone realizar “la suma descontada de las ganancias perdidas y el valor asignado a las restricciones en el consumo y la libertad”²³.

²² BECKER, Gary. "Crímen y castigo: Un enfoque económico", Op. cit, pp. 6 y 7.

²³ *Ibidem*, página 15.

Precisa que dado que los ingresos postergados y el valor asignado a las restricciones de la prisión varían de una a otra persona, el costo de una pena de prisión de duración determinada no es una cantidad única, sino que generalmente es mayor, ya que delincuentes podrían obtener un ingreso mayor si estuvieran fuera de la prisión; cuanto más larga sea la pena privativa de libertad mayor será su costo, ya que los ingresos no percibidos y el consumo perdido se encuentran vinculados a la duración de la pena, por ello considera que los castigos no sólo afectan al delincuente sino también a otros miembros de la sociedad ya que la operación de los establecimientos de encarcelamiento exigen de recursos para el pago de guardias, personal de supervisión, mantenimiento de los edificios, comida entre otros.

Afirma que el costo social total en la ejecución de las penas –a las cuales refiere como *castigos*-, es el costo para los delincuentes, más el costo o menos la ganancia que podría obtenerse por los otros; por ejemplo, el costo social de la libertad condicional, la prisión y otras sanciones privativas o restrictivas de la libertad, generalmente excede al costo que tuvieron los delincuentes por la ejecución del crimen.

Su propuesta toma en cuenta que el análisis del crimen no sólo implica contrastar costos y beneficios, también lleva implícito sopesar la probabilidad de incurrir en tales costos y obtener beneficios a cambio, algunos estudiosos denominan a esto como el *factor institucional*, en el que se considera la probabilidad de que los delincuentes sean efectivamente penados por crímenes, de manera que se supere el paradigma del derecho punitivo, ya que por muy grave que pueda ser la amenaza de la pena, si el individuo cree que podrá evitarla seguramente decidirá cometer el delito, ya sea por la ineficacia institucional –impunidad- o bien por la posibilidad de llegar a componendas con las autoridades involucradas en el tema de la seguridad -corrupción-.

En síntesis, para Becker las personas son proclives al crimen si el beneficio que pueden obtener es mayor al que pueden aspirar cuando realizan sus actividades lícitamente; a lo anterior se agrega otra variable, si el beneficio

económico del crimen es mayor al costo de la pena, por muy severa o cierta que esta sea, el delincuente asumiría el riesgo de afrontar sus consecuencias, eligiendo aquello que le resulte lo “*más rentable*”.

1.1.2. Etiología lusa Filosófica del Derecho Punitivo.

Como podemos apreciarlo en el ideario filosófico sobre la génesis de las organizaciones sociales, el ser humano nace bajo una condición natural de libertad absoluta, de la cual cede—consciente o inconscientemente— una parte de ella, para favorecerse de beneficios que sólo puede obtener a través de la organización social.

Es dentro de este contexto, que la pena surge como un instrumento destinado a asegurar la permanencia del grupo social, al permitir la aplicación de consecuencias legales a quienes incumplieron las normas generales que fueron creadas para asegurar las condiciones de orden y la paz que permiten a cada individuo satisfacer sus necesidades, crecer y desarrollarse.

Para la jurista mexicana, Dra. Emma Mendoza Bremauntz, el derecho penitenciario o derecho ejecutivo penal “... *está profundamente imbricado con el derecho penal...*”²⁴, refiere que para incluso para algunos autores éste forma parte del derecho penal, citando al argentino Eugenio Raúl Zaffaroni para el cual resulta necesario analizarlos conjuntamente a fin de entenderlos.

La Dra. Mendoza señala que en sus inicios el derecho se ocupó de regular el hacer de las cosas y animales, hasta quedar delimitado a una serie de *conminaciones* específicamente destinadas a la conducta humana. En cita a Zaffaroni, refiere al derecho consta de *conminaciones* y no de regulaciones, ya que sus normas establecen consecuencias (sanciones) para quienes en ejercicio de su autodeterminación, han realizados conductas que deben corregirse, es por ello que a las sanciones penales se les atribuye —por algunas teorías— un carácter

²⁴ MENDOZA Bremauntz, Emma. “Derecho Penitenciario”, McGraw Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V., México, 2005, Página 8

reeducador, que conforme a la Ley Suprema actualmente se destina a la reinserción social del delincuente.

Bajo esta tesis, puede afirmarse que el derecho de ejecución de sanciones penales es resultado de la evolución del derecho punitivo surgido en el derecho penal, y que sus normas se encuentran destinadas al cumplimiento de los fines y funciones de las penas.

A continuación, analizaremos el ideario de algunos estudiosos que a través de sus conceptos realizaron aportaciones fundamentales para que el derecho de ejecución de sanciones penales se erigiera como una disciplina en la ciencia jurídica.

A) Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria²⁵ (1738-1794).

Filósofo, jurista y economista italiano, publicó en el año de 1764 un ensayo jurídico al que intituló "*De los delitos y las penas*", que es considerada una de las obras que más influyeron para la reforma del derecho penal en Europa bajo el movimiento de la Ilustración, y señalado por algunos estudiosos como el padre de la Penología.

Respecto al origen de las penas, El Marqués de Beccaria al iniciar su tratado señaló:

"Las **leyes son las condiciones con que los hombres independientes y aislados se unieron en sociedad**, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad"²⁶

Como puede apreciarse, su ideario es coincidente con la afirmación de los filósofos y polímatas analizados previamente, en el sentido de que fue la aspiración de una vida pacífica y libre, así como el rechazo a la constante zozobra provocada

²⁵BECCARIA, Cesare. "Tratado de los delitos y las penas", (Documento web), 2015, publicación de la Universidad Carlos III de Madrid, consultable en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequence=1 (28 de junio de 2019)

²⁶ *Ibidem*, página 19

la amenaza de la guerra, lo que motivó a que los individuos estuvieran dispuestos a ceder parte de su libertad natural, uniéndose en sociedad y creando leyes de observancia general con la finalidad de garantizar la permanencia de esa Unión.

Fue gracias a ese sacrificio de libertad natural, cedida por todos los integrantes de la colectividad, que se conformó la soberanía nacional a la cual se le encomendó como finalidad procurar el bien para cada uno de sus miembros, de manera que el soberano es un administrador y legítimo depositario de esa encomienda.

Beccaria precisó que era insuficiente encomendar al soberano el deber de procurar el bien de todos, ya que era necesario dotarlo de una fuerza suficiente para permitirle la defensa del interés colectivo frente a las usurpaciones privadas de cada hombre en particular.

“Para evitar estas usurpaciones se necesitaban motivos sensibles que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre cuando quisiere sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes.”²⁷

Bajo esta tesis, las penas son la forma a través de la cual la sociedad busca evitar la ejecución de conductas que provoquen nuevamente el caos que se buscó evitar con la creación de la sociedad y de sus leyes.

Llamó a las penas los *motivos sensibles*, precisando que la experiencia había demostrado:

“...que la multitud no adopta principios estables de conducta, ni se aleja de aquella innata general disolución, que en el universo físico y moral se observa, sino con motivos que inmediatamente hieran en los sentidos, y que de continuo se presenten al entendimiento para contrabalancear las fuertes impresiones de los ímpetus parciales que se oponen al bien universal: no habiendo tampoco bastado la elocuencia, las declamaciones y las verdades

²⁷ Idem.

más sublimes para sujetar por mucho tiempo las pasiones excitadas con los sensibles incentivos de los objetos presentes.”²⁸

En cuanto al *derecho de castigar*, se manifestó a favor de las ideas de Montesquieu respecto a que las penas que no se derivasen de una absoluta necesidad eran tiránicas, de tal manere que *todo acto de autoridad de un hombre hacia otro hombre que no se derive de una absoluta necesidad, debería considerarse tiránico*.

El fundamento del derecho de penar, es la necesidad de defender al interés público de usurpaciones particulares, de tal manera que las penas serán más justas en la medida en que fuese más sagrada e inviolable la seguridad y mayor la libertad que se pretendía conservar.

Los principios fundamentales del verdadero derecho están en corazón del ser humano, que a través del castigo del delito busca obtener una ventaja durable de política moral, fundada en sentimientos indelebles que combaten cualquier conducta que se aparte de la norma creadas para su protección, venciendo así cualquier impulso violentara este interés.

“Ningún hombre ha dado gratuitamente parte de su libertad propia con solo la mira del bien público: esta quimera no existe sino en las novelas. Cada uno de nosotros querría, si fuese posible, que no le ligasen los pactos que ligan a los otros. Cualquier hombre se hace centro de todas las combinaciones del globo.

La multiplicación del género humano, pequeña por sí misma, pero muy superior a los medios que la naturaleza estéril y abandonada ofrecía para satisfacer a las necesidades que se aumentaban cada vez más entre ellos, reunió los primeros salvajes. Estas primeras uniones formaron necesariamente otras para resistirlas, y así el estado de guerra se transfirió del individuo a las naciones.

Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres para ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el

²⁸Ibidem. página 19.

depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella solo que baste a mover los hombres para que le defiendan.²⁹

Por lo anterior, el derecho de penar se originó en el agregado de todas las porciones de libertad que los individuos cedieron con la finalidad de crear y garantizar la permanencia de la sociedad, de manera que todo lo demás debería considerarse como un abuso y no como justicia.

Consideró que el *derecho* no resultaba contradictorio con el uso de la *fuerza*; antes bien el derecho era una modificación respecto del uso de la fuerza, cuya regla general era procurar la utilidad del mayor número de individuos.

Por su parte, concibió a la *justicia* como un vínculo necesario para mantener unidos los intereses particulares, sin el cual el interés general se vería reducido a su antiguo estado de insociabilidad; bajo esa misma tesitura, las penas que sobrepasaran la necesidad de conservar ese vínculo deberían considerarse injustas por su naturaleza.]

En cuanto al fin de las penas, señaló que a través de éstas no se busca simplemente atormentar o afligir un ser sensible, como tampoco era posible deshacer un delito que ya había sido cometido. Por lo que concluye, que el fin no podía ser otro más que impedir al reo causar nuevos daños (prevención especial) y retraer a los demás de la comisión de otros iguales (prevención general).

B) Immanuel Kant³⁰ (1724-1804).

Filósofo prusiano de la época de la Ilustración, reconocido como el fundador del Idealismo Alemán del cual fue su principal exponente junto a Hegel. Autor de diversas obras entre las que destacan: “Crítica de la Razón Pura” considerada como el punto de inflexión en la historia de la filosofía, así como “*La Metafísica de las*

²⁹ *Ibidem*, página 20.

³⁰ DURÁN MIGLIARDI, Mario. “Teorías Absolutas de la Pena: Origen y Fundamentos / Conceptos y críticas fundamentales a la Teoría de la Retribución Moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual”, ensayo publicado en la Revista de Filosofía, de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad de Chile (en línea), Volumen 67, 2001, páginas 123 a 144, (4 de julio de 2019) disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-43602011000100009#nota6

Costumbres” sobre temas de filosofía jurídica y ética, en la cual fija su posicionamiento respecto de la pena.

Las ideas de Kant y Hegel son el principal basamento de las *teorías absolutas de la pena*, a las cuales nos referiremos en el siguiente capítulo; históricamente son considerados como una reacción ideológica que buscaba enfrentar los abusos cometidos durante la época de las Revoluciones Burguesas³¹, en las cuales las penas fueron aplicadas bajo una concepción utilitarista que justificaba la aplicación de la pena en su capacidad para alcanzar a través de ésta otros beneficios futuros como la prevención de conductas o la reducción de los índices de criminalidad, las cuales se sustentaban en el pensamiento filosófico de Jeremy Bentham y otros penalistas de la época de la Ilustración.

La aplicación de una pena justa, se sustentaba en la necesidad de revalorar al ser humano y ocuparse de la dignidad del condenado, por lo que se oponía a la concepción relativista de la pena en la cual se consideraba que su finalidad era provocar un efecto de prevención a través de la intimidación del grupo social de manera que el condenado era “...*utilizado como un simple medio de las intenciones de otro y mezclado con los objetos del Derecho patrimonial*” tanto si la pena se imponía en su beneficio, como en el de otro.”³², sin respetar su honor ni libertad.

El ser humano es en sí mismo el fin de la pena, por lo que ésta no debe instrumentalizarse en beneficio de la sociedad o de sí mismo, ya que resulta éticamente inaceptable fundar el castigo en razones de utilidad pública, basándose en el hecho de que el delincuente la merecerá según las exigencias sociales de justicia. La ley penal debe ser un imperativo categórico libre de cualquier criterio utilitario, como la exigencia de protección o de prevención, entre otros. La dignidad de la persona impide que la pena se utilice como medio para cumplir fines distintos a los retributivos.

³¹ Movimientos revolucionarios ocurridos en el continente europeo a finales del Siglo XVIII, entre los que se encuentra la Revolución Francesa.

³² MIGLIARDI, Durán Mario, Op cit. páginas 123 a 144

Con sus propuestas buscó incidir en las condiciones de aplicación de las penas, proponiendo que para ello se tomara en cuenta no sólo al hecho delictivo cometido, sino también a su autor; fue por ello que algunos estudiosos consideran que a partir de su ideario se crearon las bases del *principio de culpabilidad* por el cual se limita al ejercicio del *Ius Puniendi*, al determinar que sólo debe responder del delito quien haya sido culpable de su realización, para entenderlo mejor, debe tenerse en cuenta que en ese tiempo las penas tenían un efecto trascendental en razón de que sus consecuencias podían extenderse a la persona y bienes de quienes integraban al núcleo familiar del sentenciado, de forma tal manera que si éste moría antes de cumplir la totalidad del tiempo de su condena en prisión, el tiempo restante debería ser compurgado por su primogénito y así subsecuentemente; esto es inconcebible en el derecho actual, ya que la pena no puede ir más allá de la persona y bienes del delincuente, de ahí la importancia del ideario de Kant.

Creó las bases del *principio retributivo*, por el cual a través de la pena se busca devolver al delincuente el daño ocasionado, es por ello que dentro de las tesis retributivas tiene cabida el concepto de *castigo* como finalidad de pena; pese a lo anterior, otros reconocen en Kant un ideario con esencia garantista, ya que buscó combatir los excesos que eran cometidos por el Estado en el ejercicio del *Ius Puniendi* el cual sustentaba simplemente en la legitimación del uso de su fuerza, defendiendo la idea de que las penas debían cumplir con un sentido ético.

Su propuesta es también conocida como la *teoría de la retribución ética*, al considerar que la pena era una *consecuencia justa y necesaria del delito cometido*, de manera que debía ser entendida una necesidad ética o *imperativo categórico*.

En lo general, el derecho es concebido como el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno, es conciliado con el arbitrio de los demás bajo una ley universal de la libertad; por su parte, el derecho penal es, la potestad del soberano para imponer una pena a aquél que se encuentra sometido al derecho, cuando éste ha incurrido en un delito.

La pena es la retribución a la culpabilidad del sujeto que cometió el delito, siendo éste el único fundamento de la pena, la cual es una necesidad ética, una exigencia de la justicia y un imperativo categórico; no descarta la posibilidad de que con su aplicación se provoquen efectos preventivos, sin embargo considera que éstos son ajenos a la esencia de la pena.

“... la ley penal es un imperativo categórico y ¡ay de aquél que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que le exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica es mejor que un hombre muera a que perezca todo el pueblo! Porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra”.³³

Considera que aquél que incumple la ley pública al cometer un acto criminal, se hace indigno para aplicarle el derecho de ciudadanía.

Asocia al derecho penal con el ejercicio de una facultad para coaccionar a aquél que ha hecho mal uso de su libre albedrío cometiendo un delito, provocando la necesidad de que su conducta tenga una consecuencia ética, la pena es la retribución por la culpabilidad, es una reacción ética para aquél que optó causar un mal, ejerciendo indebidamente su libertad.

En cuanto a la proporcionalidad de la pena, propone tener en cuenta la intensidad de la afectación causada por la conducta al bien jurídico protegido, siendo ésta el referente que determine el grado de afección que la pena debe provocar en los bienes jurídicos del delincuente.

C) Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831).

Filósofo alemán, integrante de la corriente del Idealismo creada a partir de las propuestas de Kant, autor de diversas obras como “Fenomenología del Espíritu” escrita en 1807 considerada su primer obra importante “Ciencia de la Lógica”, y “Filosofía del Derecho”, entre otras.

³³ *Ídem*

Señaló que para que el derecho dejase de ser abstracto (tener como objeto únicamente a la persona como tal) y adquiriese la característica de ser *coactivo*, era necesario transitar primero por la experiencia de lo ilícito (delito) y de su supresión; por lo que, contrario al ideario de Kant que consideraba al derecho como un concepto puro ligado a la facultad de coaccionar, considera necesario mostrar cómo se constituye esta determinación, a partir de la experiencia misma de lo ilícito, para que después de su supresión, sea posible determinar cómo efectivamente el derecho se encuentra vinculado al ejercicio de la facultad de coaccionar.³⁴

El concepto moderno de derecho entraña el estudio de sus formas de negación, ya la restitución del derecho lesionado expresa, a la vez que constituye, la verdad de lo jurídico.

Bajo esta tesitura, el delito es definido como la negación del derecho, y la pena como "*la negación de la negación del derecho*", es así que la pena cumple con una función restauradora o retributiva según el quantum (intensidad) de la negación del derecho.

Considera que las acciones ilícitas de las que se ocupa el derecho penal, tienen un peculiar carácter contradictorio ya que al mismo tiempo niegan aquello que afirman; sobre el particular señala que la negación del derecho que se origina con el delito, confirma al mismo tiempo la condición de personas que tienen aquél cuyos derechos fueron negados y quien con la ejecución de su conducta delictiva los negó.

Distingue dos tipos de acciones ilícitas, de acuerdo con el derecho que es considerado por el sujeto al momento de realizar la conducta:

- A) Fraude (Betrug).- En ellas el sujeto reconoce y respeta las formas jurídicas, pero niega con su conducta la universalidad de la persona. En éstas el sujeto lesiona el derecho en su dimensión subjetiva.

³⁴ MIZRAHI, Esteban. "La Legitimación Hegeliana de la Pena", publicado en la Revista de Filosofía de la Universidad Complutense de Madrid, [en línea] Volumen 29, Número 1, España, 2004. [fecha de consulta], disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/RESF/issue/view/RESF040412>

B) *Delito* (Verbrechen).- En ellas el sujeto le desconoce por completo su condición de persona a quien afecta con su conducta, haciendo uso de la violencia y coacción para doblegar su voluntad. En éstas el sujeto lesiona al derecho en sus dimensiones tanto objetiva como subjetiva.

Así las cosas, si en la ejecución de la conducta existe coacción, fuerza o violencia, y se vulnera el derecho en sus dimensiones objetiva y subjetiva, se estará siempre en presencia de un delito.

Considera que para que una norma jurídica regule la conducta de los individuos, es necesario que primero sea aceptada y querida por éstos, de tal manera que equipara al delito con la negatividad del ejercicio de una libertad natural, en razón de que limita a ésta.

Precisa que al ejecutar el delito, el sujeto se niega a sí mismo debido a que desconoce la existencia de la persona (que se manifiesta en la figura del otro), de aquí que Hegel afirme que la acción delictiva tiene un carácter nulo, ya que la pretensión que en ella existe de eliminar el derecho, resulta imposible debido a que el derecho se encuentra profundamente arraigado en las raíces de la libertad de voluntad.

Así las cosas, concibe al derecho como un sistema social diferenciado y autorreferente, cuya clave es el reconocimiento universal de la libertad de la voluntad, expresado a través de la categoría de persona.

En cuanto a la fundamentación hegeliana de la pena, Esteban Mizrhaj³⁵ señala que es posible distinguir dos estrategias argumentativas:

1. La que considera al delincuente como un ser racional que con el delito instituye una ley, resultante de la universalización de la máxima que guía su acción;
2. La del reconocimiento intersubjetivo, constitutiva de la categoría jurídica de persona, en la cual es una condición para la comisión del delito que la violencia ejercida afecte a una persona y no solamente a la cosa,

³⁵ *Ibidem*, páginas 13 y 14.

además de que dicha violencia debe originarse también en la persona y no en un fenómeno o ente natural.

Derivado de lo anterior, el delito es considerado como una acción racional, ejercida por un sujeto de derecho responsable moralmente por sus acciones, en la universalidad de voluntad de su acción; esta universalidad implícita en todo acto libre por autodeterminación, provee el fundamento a partir del cual Hegel elabora una explicación de la pena y una legitimación racional tanto del derecho como de la obligación a castigar por parte de un actor social determinado.

La argumentación aplicada para la fundamentación de la pena puede sintetizarse en dos líneas estrechamente enlazadas: a) quien comete un delito carece de razones válidas que le permitan negarse a ser castigado, el delincuente es quien debe ser castigado porque constituye para él su derecho en tanto ser racional; y, b) castigar es necesario para restituir la vigencia plena del derecho.

Para Hegel, la restitución del derecho que se ejerce a través de la pena como castigo, no sólo afecta a la esfera exterior de la persona, también incide directamente sobre la íntima voluntad del delincuente, satisfaciéndose así la demanda de completitud propia de su voluntad escindida.

El carácter retributivo de la pena se justifica en la necesidad de reestablecer la vigencia de la voluntad colectiva, que vulnerada y negada por la conducta del delincuente.

D) Francesco Carrara³⁶ (1805-1888).

Jurisconsulto y profesor italiano, considerado como el principal exponente de la Escuela Clásica³⁷ del derecho penal.

En primer lugar, Carrara se cuestionó sobre si el derecho de punir sería la perpetua herencia del ser humano como reacción y forma de enfrentar el triste

³⁶ CARRARA, Francesco. "Opusculi di Diritto Criminale", Biblioteca Clásicos del Derecho, Volumen 3, Derecho Penal, Traducción y compilación de Enrique Figueroa Alfonso, Editorial Harla, Segunda Edición, México 1998. Pp 51 a 65.

³⁷ Reconocida como la primera Escuela del Derecho Penal, sustentada en el ideario de César de Beccaria, Gian Doménico Romagnosi, Luigi Luccheni, Enrico Pessina y Francesco Carrara

espectáculo de hombres que fueron dominados por sus *malvadas pasiones* pasando por encima de los derechos de los demás; es decir, como un derecho de reaccionar y enfrentar a los ofensores, despojándolos de sus derechos.

Se cuestionó, si en la reciprocidad incesante de las violencias y dolores causados por el crimen, el derecho de punir se mantendría como una ley inalterable, un vórtice en el cual los hombres no podrían aspirar a encontrar otra salida en el eterno peregrinaje contra el delito.

Consideró que la condición, aparentemente inseparable, de las *malvadas pasiones* propias de la naturaleza humana, se podrían modificar a través del progreso de las luces y la civilización; sin embargo, no podría ser destruida mientras la raza humana perdurase, ya que pensar de otra manera sería tanto como pretender negar la historia de la humanidad en la cual resultaba patente la duplicidad de la naturaleza humana: 1) por una parte la lucha entre los apetitos de los bienes sensibles, y 2) por la otra, las aspiraciones del alma hacia los bienes suprasensibles. Afirmó que cuando en esa lucha triunfaban las aspiraciones del alma, la humanidad se veía elevada hacia gestas virtuosas, pero si por el contrario la victoria era de los apetitos, la humanidad se vería arrastrada hacia la ofensa del semejante por los descarriados.

Carrara, consideró que la ley jurídica no podía imponerse a la humanidad por una mente suprema, por lo que era necesario acompañarla de una sanción presente, eficaz y sensible que quitara a la ley la condición de imperfecta; por lo tanto, la sanción es la que da a la ley la garantía de su observancia, ya que en sí misma ésta no tiene la posibilidad de mantener el orden externo entre las criaturas humanas.

Considera que fue Dios, quien confió al brazo del hombre la idea de punición, entregándosela como una intuición y dándole consciencia para su legitimidad frente a los ofensores. La reacción de los buenos contra los violadores del derecho, y la irrogación de éstos a un castigo por el mal que causaron, son filosóficamente consideradas como una necesidad de la naturaleza humana, e históricamente constituyen nociones congénitas a la humanidad, ya que desde las

más antiguas tradiciones de los pueblos primitivos existía la consciencia de que los buenos tenían el derecho de infligir un mal a quien había ocasionado un mal a sus semejantes.

En cuanto a la evolución del derecho punitivo, señala que éste surgió a través de la aplicación del **principio individual** cuya finalidad era poner fin a las venganzas atroces, guerras civiles y estragos que se ocasionaban por el deseo de venganza. Bajo esta institución, los representantes del ofendido y del ofensor, procuraban moderar los enconos recíprocos que había sido provocados por el delito, decidiendo el castigo que debería imponerse al ofensor a través del consenso de órganos imparciales que pusieran fin a esos odios a través de reparaciones adecuadas. Sin embargo, la errónea aplicación de este principio ocasionó que el deseo de venganza se incrementase y que los involucrados se volvieran más hostiles y salvajes hacia los otros, de manera que la idea de lo justo se perdió en aquellos pueblos que procuraron ser cada vez más fieros y dominantes, de manera que la única potencia con la capacidad necesaria para apaciguar esa fiereza que fue aplicada por siglos, era la Religión.

En una segunda etapa, se aplicó el **principio supersticioso** en el cual la noción de *ofensa divina* se constituyó en la parte esencial de la justicia punitiva, causando prácticamente la desaparición del principio individual, de manera que ya no se castigaba al culpable para satisfacer los deseos de justicia del ofendido, sino para que éste expiara la ofensa que había ocasionado a Dios por su conducta. En su aplicación se introdujeron en el lenguaje de la justicia criminal palabras latinas como *supplicium* (ejecución), *piacula* (apaciguamiento), y *expiación* (acción de arrepentimiento), con la finalidad de dirigir la aplicación de las penas hacia lo que se consideraba como un recto fin; derivado de lo anterior, los juicios criminales comenzaron a asimilarse con la ceremonias religiosas, en los cuales la superstición de delitos imaginarios (brujería, ateísmo, magia, adivinaciones, etc.) provocó la aplicación de castigos aún más severos, al confundirse la teología con la jurisprudencia. Los efectos nocivos en la aplicación de este principio se manifestaron en la práctica generalizada de la tortura para obtener a través de ella la confesión de delito, así como la imposición de crueles castigos que propiamente

se asemejaban a las “*más inexorables carnicerías*”³⁸. En opinión de Carrara, con la aplicación de este principio, el hombre se arrogó la soberbia misión de vengar a la divinidad ofendida.

De los anteriores, se transitó al **principio despótico** por el cual el delito fue considerado como una ofensa directa a la majestad soberana, de manera que el fundamento de la punición dejó de verse como una ofensa ocasionado al individuo o a la divinidad, convirtiéndose en una facultad autocrática. Carrara señala como vicios en la aplicación de este principio el hecho de que un solo hombre -el gobernante- pudiera, a su libre arbitrio, crear o destruir la justicia lesionando con ello las ideas de igualdad y universalidad de los derechos, ya que para la aplicación de las penas no existía otra medida sino el capricho o el miedo de los gobernantes.

Afirma que fueron los romanos, quienes en la época de la República restauraron la aplicación del *principio individual* extendiendo el derecho de acusación a todos los ciudadanos y llevando a la práctica la noción de que el delito no ofendía solamente a la víctima sino a todos los ciudadanos debido al peligro que implicaba la posibilidad de su repetición afectando a cualquiera de ellos; sin embargo, en otras sociedad e incluso en los propios romanos en épocas posteriores el derecho punitivo siguió ejerciéndose como un instrumento para consolidar el ejercicio del poder a través de la intimidación por su aplicación, lo cual permaneció hasta que Cesare Beccaria publicara en el año de 1764 su obra “Tratado de los delitos y las penas” en la cual sentó la bases de la verdadera razón del derecho punitivo con un enfoque humanitario estableciendo que ya no se debería castigar, sino corregir al delincuente.

E) Paul Johann Anselm von Feurbach (1775-1833).

Criminalista y filósofo, alemán, fue redactor del Código Penal de Baviera en el año de 1803, el cual fue seguido como modelo para la elaboración de diversas

³⁸ CARRARA, Francesco. Op Cit., página 55.

legislaciones sustantivas penales en Europa y en América Latina. Autor de la obra "Kaspar Hauser.³⁹ Un delito contra el alma del hombre".

A él se le reconoce la autoría del axioma penal que consagra el Principio de Legalidad en la aplicación de la pena "No hay delito ni pena sin ley previa" (*Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*).

Señala que la pena es una amenaza establecida por medio de las leyes, que se dirige hacia la colectividad para disminuir el peligro latente que existe dentro de su seno en cuanto al origen de la delincuencia.

Para él, la pena tiene una función más preventiva que correccional del delito ya que si bien es cierto que ejerce una coacción tanto física como psicológica sobre el delincuente, también lo que es que esta coacción se ejerce en un grado más elevado sobre la sociedad en general, intimidándola para que no incurra en conductas delictivas, so pena de sufrir las consecuencias por su conducta. (Prevención general negativa)

Señala que la coacción de aplicación de la pena establecida en la ley, se encuentra formulada en abstracto, ya que ésta se concretiza hasta el momento en que es dictada la sentencia por el juez; con su aplicación, se fortalece el efecto de prevención general ya que al sancionar al autor del delito, la pena impuesta debe hacerse del conocimiento de todos para advertirles que lo mismo puede ocurrirles si realizan una conducta similar.

Bajo esta tesitura, el efecto preventivo de la pena se hace presente sólo cuando la pena es aplicada y cumplida, ya que en caso contrario su fin intimidatorio es nulo.

Considera que las instituciones jurídicas deben ser esencialmente coactivas, recurriendo a la coerción física para limitar y, de ser posible terminar, con las lesiones al orden jurídico. La coerción puede ser ejercida a través de dos formas:

³⁹ Kaspar fue un adolescente alemán que se volvió famoso por el misterio que se generó en torno a su origen y muerte, se trataba de un niño salvaje que aparentemente creció bajo cautiverio completamente aislado, por lo que Feuerbach especuló sobre su posible pertenencia a una casa real de la familia gobernante en Baden.

- a) Preventiva.- La sola amenaza de aplicación de una pena, impide que se realice una lesión (delito) aún no consumada.
- b) Sancionatoria.- Tiene lugar al ejercerse la coerción como una garantía en favor del amenazado, doblegando en forma inmediata con la fuerza física al injuriante y obligándolo a la reparación o a la reposición del daño causado.

Señala que si la coacción física no es suficiente, entonces debe recurrirse a la psicológica, de tal manera que la prevención general sea siempre anterior a la ejecución del delito.

En síntesis, el fin de la pena es la intimidación general que se ejerce sobre quienes aún no han cometido delitos pero son posibles protagonistas de futuras lesiones jurídicas debido a que se ven inspirados en sus impulsos sensuales.

La prevención general negativa o intimidatoria que propone, busca además, como objetivo que se realice la aplicación efectiva de la pena al delincuente, ya que de lo contrario, la conminación no tendría sentido ni efecto alguno. Amenazar con algo que no se cumple carece de lógica y va en contra de su finalidad inicial.

F) Ezechia Marco Lombroso (Cesare Lombroso) (1835-1909).

Criminólogo y médico italiano, fundador de la escuela del Positivismo Criminológico de la cual fue su principal exponente junto con Enrico Ferri y Raffaele Garófalo, a ésta se le conoció también con el nombre de la *Nuova Scuola* (Nueva Escuela) debido a que cuestiona el ideario planteado por la Escuela Clásica a través de sus principales exponente Beccaria y Carrara.

En 1876 publicó su "*Tratado Antropológico Experimental del Hombre Delincuente*" en el cual expuso su teoría sobre el *Criminal Nato*, afirmando que las causas de la criminalidad se encontraban relacionadas con la *forma, causas físicas y biológicas*; por lo que el delito es el resultado de *tendencias innatas de orden genético*, observables en ciertos rasgos físicos o fisonómicos de los delincuentes.

Luego de examinar a distintos delincuentes de su época, llegó a la conclusión de que el criminal no es un hombre común si no que por sus característicos rasgos morfológicos y psíquicos constituye a un tipo especial, para lo cual destacó es su obra las características principales del Criminal Nato (tales como: menor capacidad craneana, mayor diámetro bizigomático, gran capacidad orbitaria, y escaso desarrollo de las partes anteriores y frontales, entre otras.

De igual manera, hizo mención a factores criminógenos que se derivaban del clima, la orografía, el grado de civilización, la densidad de población, la alimentación, el alcoholismo, la instrucción, la posición económica e incluso la religión

Niega el libre albedrío, afirmando que el delincuente es de nacimiento (nato) y que el medio social lo predispone para cometer el delito. Considera que objeto del derecho penal no es delito sino el delincuente, y que éste tiene una responsabilidad por el simple hecho de vivir en sociedad, por lo que debe ser socialmente responsable.

Sustituye el concepto de pena por el de sanción, ya que considera que ésta va más de acuerdo con la peligrosidad del delincuente, señalando que la sanción debe ser proporcional a la peligrosidad que el delincuente represente para la sociedad, de manera que la duración de la pena es indeterminada y deberá aplicarse mientras subsista la peligrosidad del sujeto.

El derecho de imponer las sanciones le pertenece al Estado, el cual lo ejerce a título de defensa social.

G) Franz Von Liszt (1851-1919).

Jurista alemán, integrante de la corriente del *Causalismo Naturalista* y fundador de la Unión Internacional de Derecho Penal, escribió diversas obras en las áreas del derecho penal e internacional de las cuales para los fines del presente trabajo se consultó “La Idea de Fin en del Derecho Penal” escrita en 1883.

La pena como retribución, ya sea una consecuencia conceptual necesaria del delito –tesis absolutas-, o una forma de protección jurídica de los bienes–tesis relativas-, constituye una creación intencional y consciente de la sociedad.⁴⁰

Con su aplicación se puede procurar la expiación del pasado “*quía peccatum est*” (penar porque se ha pecado / Tesis absolutas), o procurar que ésta tenga una eficacia futura para prevenir el delito “*ne peccetur*” (penar para evitar el pecado /Tesis relativas), dependiendo del enfoque que se adopte, será innecesario buscar alguna justificación adicional para la pena, ya que para algunos la respuesta subyace en la necesidad de delimitar algunas acciones con la amenaza de sanción por el Estado en razón de considerarse nocivas para la sociedad, mientras que otros la considerarán como un remedio radical para los males sociales mejorando el sistema primitivo del castigo o aplicándola con fines preventivos.

Señala que quienes consideran a la pena como una consecuencia necesaria del delito –Tesis absolutas-, consideran que el delito no es el fundamento sino sólo un presupuesto, razón por la cual dudan de la posibilidad de que a través de la pena puedan obtenerse *virtudes curativas* en el sujeto a quien se aplica, ya que para ellos el castigo es la finalidad misma del derecho penal.

Debe reconocerse que las ideas penales evolucionaron, transitando de una concepción retributiva –Kant y Hegel- en la cual la pena en sí misma constituye el fin y sus efectos se presentaban en forma posterior a la ejecución del delito imponiendo el castigo al delincuente; la nueva concepción que propone implica reconocer que el delito es un síntoma de inseguridad social, por lo que el derecho para sancionarlo le pertenece a la sociedad y no al Estado, ya que es ésta la que se ve amenazada por el delito.

Precisa que la aplicación de las penas bajo las tesis absolutas, provocó la degradación social de la persona, ya que en ellas el delincuente sólo es el objeto sobre el cual se aplica la pena, sin interesarse en desentrañar cuál es el motivo de

⁴⁰ VON LISZT, Franz. “*La Idea de fin en el Derecho Penal*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en unión con la Universidad de Valparaíso de Chile, Serie J, Enseñanza del derecho y material didáctico, Número 15, México 1994.

su aplicación, ni lo efectos que la pena puede producir en la persona; se refiere a, la propuesta sustentada por la *escuela antropológica* de Italia representada por César Lombroso, Enrico Ferri y Rafaele Garófalo que disputa al derecho penal su carácter de disciplina jurídica buscando transformarlo en una rama de la Sociología que desconfía de la eficacia de la pena, al considerar que el delincuente tiene una condición nata que no es posible prevenir, de tal manera que el procedimiento penal no debe concebirse como una estructura jurídica, sino como un examen técnico psiquiátrico-antropológico del delincuente en el que su principal tarea es investigar las causas de la delincuencia. Pese a lo anterior, afirma que los movimientos teóricos ocurridos en su época tanto en Alemania –tesis retributivas o absolutas- como en Italia –Positivismo Criminológico-, no habían logrado clarificarse, razón por la cual resultaba necesario terminar con esa indeterminación.

Bajo este contexto histórico Von Liszt fija su postura, señalando que en las formas primitivas de sociedad la pena se originó como una reacción social frente a las perturbaciones externas a sus condiciones de vida de tal forma que se aplicó de manera ciega, instintiva y sin determinarse por la representación de un fin; poco a poco transformó su carácter individualista de manera que dejó de ser un asunto que involucraba sólo a la(s) persona(s) directamente afectada(s) por el delito, entregando su análisis a órganos no afectados por éste, de manera que eran capaces de examinar sus efectos con serenidad y sobriedad (objetividad e imparcialidad), lo que motivó el surgimiento del *carácter finalista* de la pena, en el cual se reconoce que a través de su aplicación se puede alcanzar un fin, de manera que el delito deja de ser el fin justificante de su aplicación, para constituirse sólo un presupuesto de la pena; en las nuevas tendencias –finales del siglo XIX- el sistema de penas es el que determina su contenido y ámbito de aplicación, de manera que bajo el pensamiento finalista, la violencia punitiva se convierte en el nuevo derecho penal.

Considera que “La tarea del futuro es proseguir en la misma dirección el desarrollo iniciado; transformar, consecuentemente, la ciega reacción en una protección jurídica de bienes consciente de su objetivo.”⁴¹

Señala que la dirección doctrinal de las tesis absolutas va en contra las teorías relativas, al defender el origen absoluto de la pena y prescindir de la idea de fin; por lo anterior, propone la creación de una nueva *teoría* en contraposición a las ideas retributivas de la pena sustentadas por las teorías absolutas, en la cual se reconozca que en su desenvolvimiento la pena tiene la capacidad de provocar resultados a futuro como lo es la prevención de delitos.

En sus orígenes la *pena primitiva* fue sólo una acción instintiva contra la perturbación a las condiciones de vida del individuo en sociedad (perturbaciones que se asemejaron a lo que hoy se conoce como delitos), de tal manera que sólo representó una reacción en la que se prescindía de una finalidad, significándose como una consecuencia del afán de autoafirmación y autoconservación del individuo, en repulsa a las perturbaciones externas que ponían en riesgo al grupo social. El progreso de la civilización provocó una retracción de las reacciones meramente instintivas, impulsando nuevas propuestas para garantizar la conservación del individuo y del grupo social.

Precisa que la pena primitiva se ha manifestado en la historia de la humanidad de distintas formas:

1. *Venganza de la sangre*.- No se trata de una venganza privada sino de la sangre, la cual se ejerce por la familia o gens. Tiene su raíz en la sociedad de la sangre o *Sippe*⁴², apareció originalmente como un desafío de dos gentes, en el cual los familiares de la persona lesionada o muerta tenían el derecho de exigir y la familia del autor el deber de responder como portadora colectiva de la deuda de sangre. Con el tiempo la responsabilidad de sangre se limitó al heredero más próximo,

⁴¹VON LISZT, Franz. Op cit., página 64.

⁴² Institución del derecho germánico que englobaba al conjunto de parientes de sangre con base en un determinado individuo

y más adelante la responsabilidad de sangre se transformó al deber de dar dinero como reparación del daño.

2. *Proscripción (Friedloslegung)*. - Fue aplicado en el seno de las comunidades gentilicias y de paz, consistió en la aplicación de distintas penas tales como: muerte, confiscación de patrimonio, destierro o deshonra.
3. *Pena Estatal*. - Surgió como una consecuencia de la transformación de las comunidades gentilicias y de paz en sociedades estatales, el derecho de penar se ejerció por el caudillo, por el jefe del ejército en guerra o por el sacerdote como jefe de la asamblea del pueblo, guardián y vengador de la comunidad en los tiempo de paz y de guerra.

Aún dentro de su carácter social, la pena primitiva se caracterizó por ser una acción instintiva, ya que ésta siguió aplicándose como una reacción frente a la amenaza de la conducta, y no como una expresión de un juicio valorativo de quien castiga; la acción instintiva no tiene nada que ver con la ética, ya que se encuentra desvinculada de la necesidad de realizar un juicio de valor para validar su existencia.

A la aplicación de la *pena primitiva*, siguieron las propuestas para considerarla una consecuencia jurídica o ética del delito –Hegel, Kant y Von Bar-, por lo que adquiere una esencia legal y moral, al sustentarse en juicios de valor moral respecto de la legalidad o ilegalidad, moralidad o inmoralidad de la conducta; considerando al delito como algo reprobable. “*En principio, toda expresión de la reprobación, hasta el aniquilamiento total, y aún más, todo daño imaginable como expresión de la reprobación, es justa en relación con el culpable.*”⁴³

La *pena* como *juicio de valor* se constituye en un hecho psíquico que ocurre dentro de la consciencia del juzgador, prescindiendo de la necesidad de tomar en cuenta lo que ocurre en el mundo exterior; en su aplicación se trata de una acción por la cual se repele el delito, es un movimiento corporal que constituye una intervención en el mundo exterior por el cual se busca atacar a la causa de la acción

⁴³ VON LISZT, Franz.- Op cit., página 76

perturbadora para quebrar o doblegar la voluntad del delincuente al dañar o destruir sus bienes jurídicos; en protección de los bienes jurídicos de la colectividad.

En cuanto a la *objetivación de la pena*, afirma que “*Todo progreso de la evolución espiritual, tanto del individuo como de la humanidad, consiste en que la acción instintiva se transforma en acción voluntaria*”⁴⁴, de tal manera que la previsión del fin pasa a ser el motivo de la acción, por lo que es la idea del fin lo que distingue la acción voluntaria de la acción instintiva.

El instinto se coloca al servicio del fin, y la acción se adecua al objetivo, de manera que “*Cuanto más claro se vea el fin; cuanto más perfectamente se realiza el consciente ajuste; cuantos más fines lejanos y mediatos se proponen, en vez de los directos e inmediatos; cuanto, en fin, más se subordina todo el obrar con sus actividades parciales, a un objetivo superior -que acaso sobrepase la existencia de un individuo-, tanto más perfecto es el desarrollo cuya última meta -la total coincidencia entre la voluntad individual con la voluntad general- debe ser abandonada como ideal y por ello, precisamente, no se da.*”⁴⁵

En la objetivación de la pena se reconocen las condiciones de vida de la comunidad estatal y de quienes son afectados por el delito, de tal manera que éstas se constituyen en los intereses protegidos por los imperativos generales (normas penales) adquiriendo el carácter de bienes jurídicos. Es esta catalogación de las normas, la que al mismo tiempo se instituye en una autolimitación del poder punitivo estatal y en la sedimentación del Derecho y la moral, representando el primer avance hacia el fin de la prevención del delito, al reconocer en la eficacia de la pena un instrumento de protección social de esos bienes jurídicos.

Sin embargo, la pena que es aplicada adecuando su forma y grado a la necesidad de protección de los bienes jurídicos, resulta imperfecta e insegura en cuanto a su idea de fin, ya que se pone al servicio de la protección de esos bienes, el por ello que la historia del Derecho penal, es considerada por este autor como la historia de los intereses que la humanidad eleva a bienes jurídicos, en tanto que el

⁴⁴ *Ibidem*, página 83

⁴⁵ *Ibidem*, páginas 83 y 84.

Derecho penal de un determinado período, representa el balance del "deber" y "haber" sociales.

Bajo esta tesis, Von Liszt concluye que en el proceso para la objetivación de la norma se puede observar que:

“Así, pues, nuestros resultados podrían ser resumidos en estos términos: por *autolimitación*, el poder de castigar *llega a ser Derecho penal (ius puniendi)*; por asunción de la *idea de fin*, la ciega e incontrolable reacción pasa a ser *pena de Derecho*; la acción instintiva, acción voluntaria. El poder estatal ha tomado en sus manos la espada de la justicia, para defender el ordenamiento jurídico contra el malhechor que atenta contra él.”⁴⁶

Bajo este punto de vista, señala que la medida de la pena (contenido y alcance / especie y magnitud) deberá determinarse a partir de la necesidad de determinar cuál es el fin de su aplicación; para ello comparó cómo se comportó la pena retributiva, la pena aplicada con fines de protección jurídica de bienes, y la pena justa:

- a) La pena retributiva, sustentada en las propuestas de Kant fracasó porque la ley del talión representó una barrera irrefrenable de reacción frente al delito, erigiéndose en el símbolo de la retribución.
- b) La pena con fines de protección jurídica de bienes, aplicada con base en el derecho originado bajo el ideario del contrato social, consideró al delito como una causa de expulsión de la comunidad jurídica, por lo que por razones de utilidad el Estado confiere al delincuente la posibilidad de “*comprar su permanencia*” a través del contrato de penitencia cuyo alcance permite el ejercicio del derecho a ser castigado y pagar con la prestación que implica la pena. Con lo cual, el contrato de penitencia se erige en la objetivación de la pena a través de la idea de fin.
- c) La pena de protección, es la pena justa y necesaria, señalando que justicia en Derecho Penal quiere decir respecto de la magnitud de la pena exigida por la idea de fin. Así como la pena jurídica se constituyó a

⁴⁶ *Ibidem*, página 90

través de su objetivación en la autolimitación del poder estatal, alcanzando su máxima perfección cuando logró una completa vinculación del poder estatal a la idea de fin, como ideal de la justicia punitiva, deberá reconocerse que la pena justa es aquella que se aplica como medio para resocializar al delincuente y persuadirlo de que no es conveniente delinquir, ya que la consecuencia será un mal mayor que la satisfacción procurada por el delito.

Finalmente, analizaremos el ideario de Voz Liszt respecto a "la pena como protección jurídica consciente de su finalidad"⁴⁷

En este apartado de su obra, señala que la *pena es coacción*, debido a que ésta es dirigida contra la voluntad del delincuente, al deteriorar o destruir sus bienes jurídicos con la finalidad de corregirlo, intimidarlo o neutralizarlo. La coacción que se ejerce a través de la pena puede tener una doble naturaleza:

- a) Indirecta.- A la cual denomina mediata, psicológica o motivación; en esta la pena aporta al delincuente los motivos que le faltaron para evitar incurrir en el delito, aplicándosele como disuasivo para corregirlo o intimidarlo.
- b) Directa.- Denominándola inmediata, mecánica o violencia; en ésta la pena implica el 'secuestro' del delincuente, por medio de su neutralización, expulsión de la comunidad o aislamiento dentro de ella. Este tipo de pena es aplicada al individuo socialmente inapto.

En cuanto a los efectos que la pena puede provocar en el delincuente, precisa que éstos pueden ser de tres tipos, atendiendo a igual número de categorías de los delincuentes:

- 1) Corrección, para los delincuentes que necesiten corrección y sean capaces de ella;
- 2) Intimidación, para delincuentes que no necesiten de corrección;

⁴⁷ *Ibidem*, páginas 111 a 126.

3) Neutralización, para los delincuentes que no sean susceptibles de corrección.

Para determinar el tipo de pena que deberá aplicarse, propone las siguientes categorías de delincuentes:

PRIMER GRUPO / IRRECUPERABLES.- En esta categoría ubicó a los mendigos, vagabundos, prostitutos, alcohólicos, rufianes y degenerados que reincidían habitualmente en la ejecución de conductas delictivas, los cuales representaban un alto costo para la operación de presidios celulares (un reo por celda) ya que el salir de prisión manifestaban su resentimiento social con nuevas conductas delictivas más violentas. Sobre éstos, señaló que la sociedad debía protegerse, y como no podía decapitarlos, ahorcarlos o deportarlos, no quedaba otra opción más que la privación de su libertad de por vida en recintos especiales (presidios) en los cuales cumplirán una "*servidumbre pena*" colectiva bajo la más severa obligación de trabajo y la mayor explotación posible de su fuerza de trabajo, acompañando a lo anterior la pérdida de sus derechos civiles y honoríficos. La reclusión celular, sólo debe aplicarse sólo como sanción disciplinaria.

SEGUNDO GRUPO / LOS QUE PRECISAN DE CORRECCIÓN (CORREGIBLES).- Afirmó que los delincuentes habituales son reclutados entre individuos que precisan corrección, los cuales por su predisposición heredada o adquirida han sido tentados por la delincuencia, pero aún no son casos perdidos. Se refiere a ellos como principiantes de la carrera delictiva, que pueden ser salvados a través de una seria y duradera disciplina aplicada como parte de la pena de privación de su libertad. La prisión debe acompañarse por la suspensión y no la pérdida de sus derechos honoríficos; la duración de la prisión (que no se determinaría en la sentencia) no debe ser inferior a 1 año ni superior a 5, comenzando en reclusión unicelular que progresivamente pasará a la reclusión comunitaria. Al terminar la pena privativa, el sentenciado deberá quedar bajo vigilancia policial por cinco años más.

TERCER GRUPO / DELINCUENTES OCASIONALES (INTIMIDABLES).- Representan el mayor número, son personas para las cuales el hecho delictivo constituye sólo un episodio, un descarrío generado por influencias preponderantemente externas que

son ocasionales, por lo que el peligro de repetir la conducta delictiva es mínimo. En estos casos, la finalidad de la pena es simplemente restablecer la autoridad de la ley violada, por lo que debe ser intimidatoria, una advertencia que lo lleve a pensar en la necesidad de evitar caer nuevamente en el impulso egoísta del delincuente. Abarca el campo de los delitos menores y las faltas menores.

Concluimos el ideario de Von Liszt con la siguiente cita textual:

“La pena es prevención mediante retribución, o, como bien podríamos también expresarlo, retribución mediante prevención.”⁴⁸

H) Hans Welzel⁴⁹ (1904-1977).

Jurista y filósofo alemán, principal exponente de la corriente del *Finalismo* y autor de la obra “Derecho Penal, Parte General” escrita en 1955, de la cual se obtuvo la información que se presenta a continuación.

Al iniciar su obra, Welzel señala que la función ético-social del derecho penal es “... *amparar los valores elementales de la vida de la comunidad.*”⁵⁰

Para tal efecto, señala que toda acción humana, tanto en lo bueno como en lo malo, se encuentra sujeta a dos aspectos de valoración:

1. Por su resultado o material.- En el cual es valorada según el resultado que alcanza.
2. Por el valor del acto.-El cual depende del sentido de la actividad en sí misma.

Para entender lo anterior, pone como ejemplo el siguiente:

“Ejemplo: uno de los valores humanos más elementales es el trabajo. Su valor puede ser apreciado, de una parte, viendo el resultado material -la obra- que produce (valor del resultado o valor material). Pero, con

⁴⁸ *Ibidem*, páginas 130.

⁴⁹ WELZEL, Hans. “*Derecho Penal, Parte General*”, publicado por Roque Depalma Editor, Buenos Aires, Traducción del Alemán por el Dr. Carlos Fontán Balestra, Argentina 1956. (10 de julio de 2019) Disponible en: <https://img.legis.pe/wp-content/uploads/2017/09/Legis.pe-Derecho-penal.-Parte-general-Hans-Welzel.pdf>

⁵⁰ *Ibidem*, página 1.

independencia de que la obra se logre o no, el trabajo en sí mismo, es un valor en la existencia humana. La actividad, como tal, tiene una significación en la vida humana; ciertamente, sólo como actividad realizada con sentido, es decir, como actividad dirigida hacia el logro de una obra positiva; pero ese sentido lo conserva también entonces la actividad, aun cuando la obra no se haya alcanzado (valor del acto del trabajo). Lo mismo ocurre en el orden negativo: el disvalor de la acción puede ser basado en que el resultado que produce es digno de desaprobación (disvalor del resultado de la acción); pero, también, independientemente de la obtención del resultado, una acción que tienda a un resultado reprobable es digna de desaprobación (disvalor de la acción); p. ej., la introducción de la mano del carterista en el bolsillo vacío.”⁵¹

En el derecho penal, tanto el valor del resultado como del acto en sí tienen significación, ya que a través de sus normas busca amparar determinados bienes jurídicos que la comunidad le encomienda en tutela, determinando consecuencias jurídicas para aquellos que los lesionan (disvalor del resultado).

La tutela de los bienes jurídicos por el derecho penal, se realiza al prohibir y sancionar acciones que tienden a lesionarlos, o al exigir la realización de conductas que buscan protegerlos; de manera que sus normas se encuentran destinadas a evitar o tratar de evitar el disvalor del resultado, para lo cual recurre a la punición del disvalor del acto.

Los valores positivos ético-sociales del pensar jurídico, constituyen el substrato ético-social de las normas penales, correspondiendo a al derecho asegurar su real observancia y validez inviolable, a través de la amenaza y la aplicación de penas a quienes con acciones infieles, indisciplinadas, deshonestas, desleales se apartan de ellos.

Al establecerse una pena para los actos que se apartan del actuar conforme a derecho, se ampara al mismo tiempo bienes jurídicos -sancionando el disvalor del acto correlativo- y se asegura la fidelidad del individuo para con el Estado; de tal

⁵¹ *Ibidem*, página 2.

manera, que no sólo se protege a la persona sino que además se ampara la existencia del Estado en sí mismo.

Precisa sin embargo, que la misión primaria del derecho penal no sólo consiste en el amparo de bienes jurídicos, pues es allí en donde por regla general su acción llega precisamente demasiado tarde, además de que su aplicación se limitaría a ser negativo-preventiva o policial-preventiva; por ello, precisa que por encima de la tutela de bienes individuales, el derecho penal cumple la misión de amparar la validez real (observancia plena) de los valores del actuar según el pensamiento jurídico, los cuales constituyen el más sólido fundamento del Estado y la sociedad; su papel más profundo es de carácter positivo-ético-social al proscribir y sancionar todo apartamiento de esos valores fundamentales, provocando que los ciudadanos fortalezcan sentimientos permanentes de fidelidad al derecho (prevención general positiva).

Para Welzel el derecho penal debe interesarse menos por el resultado de la acción y enfocarse más en la protección de los valores ético-sociales manifestados a través de bienes jurídicos (a los cuales define como el estado social deseado) que el derecho quiere asegurar contra lesiones para dar solidez y permanencia al Estado y a la sociedad.

La seguridad del Estado y de la sociedad se garantizará en la medida en que se garantice el respeto de los derechos ajenos, independientemente del valor que éstos puedan tener para cada individuo. Solamente con el aseguramiento de los valores elementales ético-sociales de la acción, podrá lograrse una protección amplia y duradera de los bienes jurídicos.

La función ético-social del derecho penal comprende particularmente a los grupo de personas que tiene capacidad para establecer una relación ético-social sometiendo al ordenamiento jurídico y participando en la estructuración positiva de la vida en común; para ellos, el derecho penal se aplica en forma primaria protegiendo su seguridad y permanencia, representando una base para sus conceptos morales; la aplicación secundaria sólo se presenta en casos concretos, aplicando la pena a quien quebrantó del derecho. En este tipo de grupos, la

criminalidad es producto de los conflictos y las oportunidades, los cuales surgen como consecuencia de situaciones excepcionales o atractivas (seductoras), es por ello que éstos conciben al derecho penal como aquél que establece las bases de la vida social, ya que precisa el específico disvalor delictual de la acción prohibida y la determina la pena retributiva que se adecuará al grado de culpa con el que el sujeto se haya conducido. Frente a este primer grupo que representa la gran mayoría, hay otros cuya criminalidad es de índole diversa:

- a) *Criminales ocasionales*.- Tienen arraigados sus compromisos sociales, sin embargo sucumben ocasionalmente ante el delito por situaciones excepcionales o seductoras.
- b) *Criminales habituales*.- Actúan siempre de la misma forma, sin importarles los cambios que ocurren en su medio, proceden de familias cargadas de graves degeneraciones caracterológicas (psicopatías) o de criminalidad.

Tiene nulas o malas condiciones de educación y en un elevado porcentaje carecen o tienen un pobre sostén espiritual, son incapaces para desempeñar un trabajo serio o una profesión, se dejan dominar por objetivos inmediatos los cuales rigen su vida según su voluntad, no tienen los lazos de unión por lo que desde muy temprana edad observan una conducta antisocial que los lleva a cometer una cadena de hechos punibles.

- c) *Criminales de estado*.- Son criminales habituales peligrosos, para ellos el derecho penal es insuficiente, ya que no cuenta con la fuerza requerida para conformar en ellos las nociones mínimas de moral

Su peligrosidad permanente, debe combatirse con la aplicación de una pena a la cual le acompañen medidas especiales de seguridad que serán aplicadas en establecimientos de reclusión especial.

Dentro de este grupo, se encuentran como segundo plano los criminales de estado que son toxicómanos y anómalos mentales, para los cuales la pena tampoco puede garantizar el amparo jurídico de los bienes, por

lo que debe ser completada con medidas de seguridad tales como su internamiento en establecimientos para la deshabitación obligatoria del consumo de alcohol o drogas o de internamiento para su curación y tratamiento de acuerdo con sus condiciones mentales.

En su opinión, para el tratamiento de los criminales en sus distintos tipos, el derecho penal disponía de dos caminos:

1. El que a través de la culpa conduce a la aplicación de la pena retributiva;
2. El que pasando por la peligrosidad del delincuente, llega a la aplicación de las medidas de seguridad.

Ambos caminos pueden tener puntos de unión o de separación, los primeros se producen en el presupuesto del delito permitiendo la aplicación de la pena acompañada por la medida de seguridad; los segundos permiten la aplicación distintiva de las medidas de protección al sujeto que no cuenta con un grado de dominio sobre sí mismo, ni de capacidad de compromiso para la convivencia social.

En cuanto a la naturaleza y función de la pena, señala que pueden manifestarse desde dos aspectos:

- a) PERSONAL. En el cual se toma en cuenta al condenado y a los terceros que asisten a su aplicación.

En este primer aspecto, precisa que la pena es sufrida por el autor del delito y presenciada por sus contemporáneos; por ello, su naturaleza y función solamente pueden ser entendidas en una doble relación: la función superior personal del conocer y querer, y la función inferior de los instintos, aspiraciones y sentimientos.

La primera (sentido de la pena) afecta al sentido entendible de la pena, bajo el cual se interpreta como un mal que se dicta contra su autor por el hecho culpable, se basa sobre el postulado de una retribución justa y se dirige a la comprensión y voluntad del hombre, tanto en su carácter de autor como de testigo de su aplicación.

La segunda (impresión de la pena), se relaciona con su fuerza de impresión que causa en la persona del delincuente o de terceros, para lo cual debe ser vivida y sentida como un mal. En este aspecto, se dirige a las *funciones bajas del hombre* que son sus sentimientos, instintos y aspiraciones.

Como un mal, la pena desplaza inmediatamente en el autor del delito sus instintos, aspiraciones y sentimientos contrarios al derecho, obligándolo a concentrarse en sí mismo, trabajar, y llevar una vida ordenada, además de que puede despertar y afirmar en él instintos útiles para la comunidad, particularmente cuando se trata de las penas privativas de libertad (prevención especial); Además puede provocar efectos mediatamente en sus contemporáneos, al incidir sobre su conciencia y evitar que incurran en conductas constitutiva de delito (prevención general).

- b) ESTATAL.- Su fundamento radica en la indispensabilidad del Estado para mantener el orden en la comunidad, bajo este contexto considera que sólo se puede fundamentar *relativamente* la pena, en la necesidad de las instituciones del Estado para garantizar a través de éstas la existencia y permanencia del orden dentro de la comunidad.

I) Claus Roxin (1931-).

Jurista alemán, considerado como uno de los dogmáticos penalistas de mayor influencia de nuestra época, sobre todo respecto en los sistemas de tradición romano-germánica. Es autor de diversas obras en materia de derecho penal entre los cuales destacan: "La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal", "Problemas Básicos del Derecho Penal", y "Política Criminal y Sistema del Derecho Penal".

Para la elaboración del presente, se consultó el artículo titulado “Sentido y límites de la pena estatal.”⁵², en el cual analiza la legitimación y límites de la fuerza estatal, cuestionándose ¿Cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad a alguno de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, en su existencia social?

Indica que con frecuencia se aprenden y enseñan las “Teorías de la Pena” que han sido transmitidas a través de los siglos como si se tratara de respuesta acabadas para una pregunta invariable, cuando en la realidad debiera tratarse del difícil trabajo sobre una problemática de la sociedad y del Estado de Derecho que debe corresponder a las peculiaridades de la época actual, bajo un examen crítico de la soluciones que han sido desarrolladas en el pasado, las cuales se pueden resumir en tres:

- a) Teoría de la Retribución.- Para la cual el sentido de la pena estriba en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal. La justificación de la pena consiste en la *justicia* que puede alcanzarse con la imposición de la pena en sí misma.

En esta Teoría se ubica el pensamiento de Kant y de Hegel -previamente analizado-, el cual representa la cultura que imperó en Alemania en el tiempo de la cultura burguesa.

Como razonamientos en contra de esta Teoría, manifiesta las siguientes:

- Presupone la necesidad de la pena a la cual debería fundamentar, sin explicar en lo absoluto cuándo se tiene que penar y sin resolver bajo qué presupuestos de culpabilidad humana el Estado se encuentra autorizado para castigar.
- Es insatisfactoria la justificación de la sanción penal mediante la idea de la compensación de la culpabilidad, ya que la culpabilidad humana presupone un ejercicio libre de voluntad (libre albedrío)

⁵² ROXIN, Claus. “Problemas Básicos del Derecho Penal”, publicado por REUS S.A., Traducción y notas por Diego Manuel Luzon Peña, Madrid, 1976, (15 de julio de 2019) apartado titulado Sentido y Límites de la Pena Estatal; disponible en: <https://es.scribd.com/document/284692322/Claus-Roxin-Sentido-y-Limites-de-La-Pena-Estatal>

el cual en el momento de elaborar la tesis retribucionista resultaba indemostrable, ya que aún no se tenía conocimiento acerca de los procesos por los que transitaba el cerebro humano para poder ejercer la libertad de voluntad, resultando por ende imposible que tuvieran un sustento científico.

- La idea misma de retribución compensadora sólo es plausible a través de un “acto de fe”, ya que es incomprensible cómo se puede borrar el mal cometido al imponerle la pena al delincuente para que éste sufra, ya que este procedimiento más bien corresponde a un arraigado impulso de venganza, del cual surgió históricamente la pena.
- b) Teoría de la Prevención Especial.- Representa la segunda opción, para la cual la justificación de la pena no se encuentra en la retribución del hecho pasado, sino en la necesidad de prevenir nuevas conductas del autor del delito.

Bajo esta Tesis se encuentran las propuestas de Von Liszt, que propone en primer lugar la corrección del corregible (a lo cual se le denominó en otro tiempo resocialización y que hoy es la reinserción social); en segundo lugar la intimidación del intimidable, que se relaciona con la aplicación de la pena para causar temor en el delincuente; y, en tercer lugar inocuizar al que es incorregible e intimidable mediante la privación de su libertad personal, y aún en algunos países a través de la aplicación de la pena de muerte

Sobre la propuesta de esta teoría, realiza las objeciones siguientes:

- Imposibilita una delimitación del *ius Puniendi* en cuanto a su contenido, pues no todos son culpables, ni todos necesitan ser corregidos, ya que si bien es cierto que en principio sólo se refiere a la prevención de la pena sobre la persona del delincuente, se debe tener en cuenta que el punto de partida del Derecho Penal es el grupo de personas, cuyo tratamiento como criminales apenas se puede fundamentar dentro de un orden jurídico-penal

que se encuentra dirigido a un hecho aislado, además de que imposibilita la delimitación temporal de la pena ya que ésta debe ser aplicada hasta que se dé la definitiva corrección del delincuente.

Por otra parte, a mayoría de los representantes de estas teorías se encuentran identificados con el derecho penal del hecho.

- Aún en los delitos más graves, la pena no tendría que imponerse sino existen peligro de repetición, lo cual puede provocar un serio peligro de impunidad.
- En la idea de corrección se indica un fin de la pena, pero de ningún modo existe alguna consideración que contenga en sí misma la justificación de ese fin, como lo creen la mayoría de sus partidarios para los cuales resulta evidente que a través de la pena se reprime violentamente lo distinto y lo discrepante, sin delimitar sus presupuestos y consecuencias.

Considera que en esta tesis no se explica la punibilidad que debe aplicarse en aquellos delitos que no tiene peligro de repetición.

Por otra parte, la idea de adaptación social forzosa mediante una pena no puede contener en sí misma su legitimación, ya que necesita tener una fundamentación jurídica que se sustente en otras consideraciones.

- c) Teoría de la Prevención General.- Se refiere a ella como la tercera respuesta tradicional que busca esclarecer el sentido y fin de la pena, pero a diferencia de las anteriores su influencia no se dirige al delincuente sino a la generalidad que aún no ha cometido ningún delito buscando provocar sobre ellos un efecto intimidatorio.

Se fundamenta en las propuestas de Amselm Von Feuerbach -citado previamente-, que a principios del siglo XIX basó su sistema en la intimidación general la cual -en opinión de Roxin- no ha perdido en absoluto importancia en la actualidad. Al respecto, podríamos citar

algunos ejemplos que en años recientes se han presentado en nuestro País a través de la creación de Leyes Generales en las materia de Desaparición Forzada, Secuestro, Trata de Personas y Tortura, entre otras, cuyo contenido hace evidente una tendencia hacia endurecer las penas aplicables a estos delitos con la finalidad de provocar con ello un efecto intimidatorio entre la población general, sin embargo sus efectos no han sido los esperados debido a los altos niveles de impunidad que aún existen en algunas Entidades Federativas, para las cuales la implementación del Sistema de Justicia Penal Acusatorio y Oral ha representado un importante incremento en la incidencia delictiva, debido a lo que algunos refieren como el efecto de la “puerta giratoria”, originado en parte por la reducción de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, así como la incapacidad mostrada por algunas Unidades de Supervisión de Medidas Cautelares.

Como argumentos en contra de esta teoría, Roxin señala los siguientes:

- Omite precisar los comportamientos frente a los cuales el Estado habrá de ejercer la facultad intimidatoria, dejando sin aclarar el ámbito de lo que será punible. Debido a lo anterior, Roxin considera que el punto de partida de esta teoría muestra una tendencia hacia el terror estatal, utilizando a la pena como el instrumento de intimidación general.
- En algunos delitos graves y grupos de delincuentes profesionales aún no ha sido posible confirmar la fuerza intimidatoria de la amenaza de la pena, por lo que el sólo hecho de que el delito se cometa representa una prueba de la ineficacia de su prevención general.
- Se cuestiona ¿Cómo puede justificarse el que se castigue al individuo no en consideración a él mismo, sino en consideración a otros? Por lo que considera que aún en el caso de que la intimidación general resulte eficaz, resulta difícil comprender cómo puede considerarse justo imponer un mal a alguien, para evitar que otros cometan ese mismo mal.

Bajo esta tesis, Roxin concluye que ninguna de las teorías analizadas resiste la crítica, razón por la cual algunos estudiosos han optado por el eclecticismo y otros por su unión en una *Teoría Unificadora*.

Sin embargo, considera que es error intentar subsanar sus defectos yuxtaponiendo simplemente las tres concepciones, debido a que ello implica condenarlas al fracaso ya que su simple adición no sólo destruye su lógica inmanente de concepción, sino que además aumenta el ámbito de aplicación de la pena transformándola en un medio de coacción que puede ser empleado con cualquier propósito, lo cual resulta grave desde el punto de vista del Estado de Derecho.

Por lo anterior, toma como punto de partida la afirmación de que el Derecho Penal enfrenta al delincuente de tres maneras y en cada una de ellas se requiere de una justificación:

1. AMENAZAR CON IMPONER LA PENA.- La conminación dependerá del campo de actuación que haya sido atribuido al Estado.

Si partimos de la concepción de que todo poder dimana del pueblo, debe entenderse que cada individuo participa en el poder estatal con igualdad de derechos, por lo que la función del derecho penal será garantizar la vida en común y la seguridad de todos los ciudadanos, sin que éstas se pongan en peligro.

Cada grupo humano tiene una situación histórica y social diferente, por lo que las condiciones que considera imprescindibles para su existencia no son las mismas; por ello, para la determinación de los bienes jurídicos que habrán de protegerse a través del derecho penal, será necesario tomar en cuenta por una parte la necesidad de protegerlos para garantizar la permanencia del grupo, y por la otra la necesidad de que se cumplan las prestaciones públicas de las que depende que los individuos puedan ejercer el libre desarrollo de su personalidad de manera que puedan tener una existencia digna. De aquí se desprenden dos consecuencias que son muy importantes en relación con el *ius puniendi*:

- a) Protección subsidiaria del derecho penal.- Implica que sólo se deberán penar las lesiones de bienes jurídicos o infracciones cuando ello resulte ineludible para garantizar la vida comunitaria ordenada y los otros medios destinados para su protección hayan sido insuficientes para preservar o reestablecer el orden jurídico. La pena como reacción social más enérgica, deberá aplicarse únicamente como última opción, de manera que el derecho penal sólo se emplee para proteger bienes jurídicos y prestaciones que sean vitalmente necesarios.
- b) El Legislador no está facultado para castigar conductas que no son lesivas de bienes jurídicos sólo por su inmoralidad, el deber del Estado es salvaguardar el orden externo, pero carece de legitimación para tutelar moralmente al particular.

En este ámbito el fin de las disposiciones penales se encuentra identificado con la prevención general.

- 2. IMPONER LA PENA.- Se relaciona con el ejercicio de la actividad judicial y representa el fundamento de efectividad de la amenaza legal de imposición de la pena, se presenta cuando la sola amenaza de la pena ha sido ineficaz para impedir la ejecución del delito.

Ésta conserva también una finalidad de prevención general, ya que al imponerse la pena los demás integrantes del grupo se abstienen de cometer delitos por el temor de ser sancionados; pero su principal efecto es la prevención especial ya que a través de la pena se busca intimidar al delincuente para evitar que reincida en el delito otorgándole un tratamiento de resocialización durante el tiempo de privación de su libertad (prisión) lo cual permite mantener la seguridad de la sociedad, al menos durante el tiempo de ejecución de la pena.

Debe tenerse en cuenta que pese a la aplicación de la pena el delincuente conserva su condición de persona y no es un objeto, por lo que conserva su condición de titular del poder estatal, razón por la cual no debe

desnaturalizársele para convertirlo en un medio de intimidación, ya que sus cualidades de sujeto y de persona se oponen a ello.

“La imposición de la pena estará justificada, si se consigue compaginar su necesidad para la comunidad jurídica con la autonomía de la personalidad del delincuente

3. EJECUTAR LA PENA.- Constituye el tercer y último estadio para la realización del derecho penal, en el que se persiguen fines racionales que buscar posibilitar la vida en común y sin peligros.

Ésta encuentra su justificación en la medida en que posibilita reincorporar al delincuente a la comunidad, debido a que con la ejecución de la pena se debe procurar su resocialización; es por ello, que se considera que mediante la pena se debe procurar la educación social del sentenciado, formándolo en el conocimiento de los derechos y deberes de la colectividad y en los derechos y deberes de éste como parte de ella.

Roxin considera que con la ejecución de la pena, la comunidad debe su mostrar interés por recuperar al delincuente una vez que la pena sea cumplida, de manera que sea un miembro apto para la vida y fiel al derecho.

Asimismo, indica que no debe abandonarse por completo la idea de que a través de la ejecución de la pena se logra la prevención general, pues si bien es cierto el sentenciado no debe ser utilizado como un *objeto* de intimidación, sino tratado como uno más de los integrantes del grupo, también es cierto que por la especial situación coercitiva que ocurre al ejecutar la pena se genera un impacto social que contribuye al mantener la paz jurídica.

Concluye señalando que el Derecho Penal cumple una misión de:

“... protección subsidiaria de bienes jurídicos y prestaciones de servicios estatales mediante prevención general y especial que salvaguarde la personalidad en el marco trazado por la medida de la culpabilidad individual,

Se trata, si me permite darle un nombre a esta concepción, de una teoría unificadora dialéctica, que hay que distinguir estrictamente, tanto

metodológicamente como por su contenido, de las tradiciones monistas, así como de la teoría dominante de la unificación por adición.”⁵³

J) Günther Jakobs (1937-).

Jurista alemán, especialista en derecho penal, derecho procesal penal y filosofía del derecho; autor de múltiples obras que han sido traducidas al español, de las cuales, para los fines del presente capítulo, se consultó la obra “Sobre la Teoría de la Pena” ⁵⁴, en la cual señala que *la pena es una confirmación de la realidad de las normas*, cuestionándose sobre ¿Cuál es la razón por la que algo tan problemático como la pena pública siquiera puede seguir existiendo?

Para Jakobs la sanción no tiene un fin, constituye en sí misma la obtención de un fin que consiste en la constatación de la realidad de una sociedad sin cambios (estabilidad social), por lo que de estar libre de todas las adiciones que se le imponen cuando se alguna manera se toman en consideración situación motivacionales de los individuos.

Señala que la pena ofrece no sólo la denominación de un conglomerado de elementos heterogéneos, sino además puede ser reconducida hacia un concepto, tomando en cuenta que tanto la retribución de culpabilidad como la prevención, son un punto de partida insuficiente ya que nada garantiza que la teoría de la pena siempre coincida con las ideas: *punitur ne peccetur* (castíguese para no pecar) y *punitur quia peccatum est* (castíguese porque se ha pecado).

La pena pública existe para caracterizar al delito como delito, confirmando la configuración normativa concreta con la que cuenta una *sociedad real*; más adelante aporta elementos para comprender su concepto de sociedad real al señalar que: “Existe sociedad cuando y en la medida en que hay normas reales, es

⁵³ *Ibidem*, página 33.

⁵⁴ JAKOBS, Günther.- “Sobre la Teoría de la Pena”, traducción al español de Manuel Cancio Meliá, Editado por la Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Colombia, agosto de 1998. (27 de julio de 2019), disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20170508_03.pdf

decir, cuando y en la medida en que el discurso de la comunicación se determina en atención a normas.”⁵⁵

Así las cosas, considera que quien tiene el carácter de *persona* no actúa conforme al esquema individual de satisfacción e insatisfacción, para reconocerle éste carácter es necesario que el individuo se conduzca conforme al esquema de deber y al espacio de libertad que se encuentran determinados por el ordenamiento jurídico de la sociedad real.

Por otra parte, se cuestiona si resulta acertado o no hablar de un *fin de la pena*, señalando que aquello que se pretende prevenir con la aplicación de ésta no es la realización futura de otros delitos, sino la erosión de la configuración normativa real de una sociedad. Así las cosas, la pena pública busca mantener un esquema de interpretación válido públicamente de esa configuración normativa real.

Considera que “Es una *persona real* aquel cuyo comportamiento resulta adecuado a la norma”⁵⁶, para lo cual señala que es necesario cumplir con dos condiciones:

1. El comportamiento debe estar regido por normas, y
2. El comportamiento de la persona real ha de resultar adecuado a la norma.

En cuanto al significado que debería darse al *hecho de una persona*, señala que resulta complicado definir en qué consiste la infracción de una norma, ya que ello no radica simplemente en el error de la persona, porque la persona se define por su motivación para realizar la conducta correcta. Tampoco puede definirse al medio ambiente de la sociedad como naturaleza, ya que la naturaleza no delinque; así las cosas, propone como definición:

“...una conducta que en su determinación -y en este sentido- es formalmente personal, pero que en su contenido es una conducta que sucede en el medio ambiente de la sociedad real.”⁵⁷

⁵⁵ *Ibidem*, página 16.

⁵⁶ *Ibidem*, página 17.

⁵⁷ *Ibidem*, página 17.

Precisa que si se pretende definir al hecho delictivo como la conducta de una persona, debe tenerse en cuenta que ésta no se encuentra dentro del mundo de la sociedad real, sino en un mundo equivocado ya que consiste en lo opuesto a lo que se procura por la sociedad real; así las cosas, cuando el sujeto realiza el hecho delictivo, lo que le permite mantenerse dentro de la sociedad real, es que éste es reclamado por aquella para responder por sus actos como persona, manteniendo así tal carácter y su personalidad, todo ello dentro del plano formal.

Al analizar la *pena como marginalización del significado del hecho*, Jakobs afirma que:

“Un quebrantamiento de la norma se encuentra en un mundo equivocado porque niega las condiciones de lo común. Su significado es: ¡no esta sociedad!”⁵⁸.

Bajo esta tesis, en la *sociedad real* se entiende a la conducta delictiva como una contradicción a las normas establecidas para su permanencia y sana convivencia, éste quebrantamiento de sus normas provoca que el grupo social pierda su homogeneidad, por lo que se debe tomar en serio para poder reestablecerla ya que de lo contrario se mantendrá esta condición; para lograrlo debe tenerse en cuenta la personalidad que el infractor mantiene como integrante de la sociedad, tomando en cuenta que si bien es cierto su conducta personal es física, no se agota en lo externo, sino que además tiene un significado en la comunicación acerca de normas, razón por la cual no debe reaccionarse de forma exclusivamente externa (en lo físico p/e pena de prisión), sino mediante una *expresión* con el significado de comunicación, por la cual quede clara la imposibilidad de llegar a lo común (comunidad) a través del quebrantamiento de normas.

Por ello, a través de la pena se priva al infractor de la posibilidad de comportarse en el plano físico dentro del mundo de la sociedad real, al ser ésta la única condición común bajo la cual accede a ella; en su modalidad más severa, puede restringirle al infractor los medios de interacción social (prisión), después de

⁵⁸ *Ibidem*, página 21.

haber constatado su culpabilidad y lo incorrecto de su conducta. Señala que esta privación de medios de interacción, no se aplica bajo la consideración de que el infractor dejó de ser una persona, si así lo fuere, lo que tendría que hacerse con él para evitar que reincidiera sería evidente (pena de muerte). Por el contrario, la privación de medio de interacción social se le aplica precisamente bajo la condición de una persona que requiere tratamiento; tampoco se produce con la finalidad de marginalizarlo, ya que no es la persona quien se ha convertido en algo inaceptable e irreal para la sociedad, sino solamente el significado de su conducta.

En el ideario citado, apreciamos con claridad el funcionalismo sociológico sustentado por Jakobs, que se distingue de otras propuestas teóricas como la del filósofo idealista Johann Gottlieb Fichte –citado por Jakobs-, para el cual el infractor debía ser expulsado del grupo, y la sociedad se reagruparía con las personas restantes.

Precisa que la medida de la pena debe regirse por la *medida objetivada de negación de personalidad*, y no por aquello que la sociedad considere necesario para lograr una intimidación, educación o aseguramiento del infractor, precisa que:

“Las personas no son dirigidas por la sociedad, sino constituidas por ella, y cuando la persona se detiene en la constitución formal, se confirma -si es que la norma es real- mediante la privación de los medios de una conducta física que lo materialmente acorde de la norma es la única configuración a la que ha de anudarse una conducta. Mientras esta confirmación tenga lugar, carece de toda relevancia para la permanencia de la realidad de la sociedad que se produzcan otros efectos distintos.”⁵⁹

Considera que el infractor no es un enemigo de la sociedad, sino un miembro de ésta que ha quebrantado alguna(s) de sus normas, por lo que se le impone una sanción para que ajuste su conducta al orden normativo; el enemigo es aquel que con su conducta destruye el orden existente pretendiendo establecer otro nuevo, aquél que conducta desconoce la libertad y derechos de los individuos, aquel que potencialmente puede terminar con la sociedad.

⁵⁹ *Ibidem*, página 26.

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS FINES Y FUNCIONES DE LA PENA

2.1. MARCO CONCEPTUAL

En opinión de la penitenciarista y jurista mexicana Dra. Emma Mendoza Bremauntz, los fines y funciones de la pena se encuentran íntimamente relacionados con la concepción cultural y social de los valores practicados, lo cual ha propiciado que el tipo de las penas aplicadas varié de acuerdo con las fases evolutivas de los grupos a quienes se aplica, las cuales son coincidentes con las etapas o fases evolutivas del derecho penal.⁶⁰

En cita a George Picca, Mendoza Bremauntz coincide en que la velocidad con la que actualmente se presentan los cambios sociales resulta impresionante, provocando que el derecho penal -por su naturaleza social-, se vea en la necesidad de transformarse a fin de garantizar seguridad jurídica a la sociedad adaptándose con la mayor celeridad posible a los nuevos retos y problemas que se le presentan; lo anterior, so pena de perderse en la obsolescencia por su distanciamiento con las nuevas realidades, favoreciéndose la multiplicación de comportamientos que se ubicarían al margen de los intereses y valores practicados por la colectividad.

En mayoría de las formas de organización de la sociedad el derecho penal ha sido entendido como un instrumento de control de la criminalidad, encomendándole la protección de los bienes jurídicos que, dentro de un espacio y tiempo determinados, se consideran de mayor jerarquía o valor por la colectividad.

Es por ello que la función de procurar y administrar la justicia es asumida por el Poder Público como responsabilidad indelegable, ineludible y fundamental del ejercicio gubernamental, que apremia a las autoridades a realizar acciones preventivas y de combate frente a aquellas conductas que tienen potencialmente el poder de desestabilizar y trastornar la vida social.

⁶⁰ MENDOZA Bremauntz, Emma. "Derecho Penitenciario", Editorial McGraw-Hill, segunda edición, México, 2005, pág. 41.

Los conceptos del capítulo anterior son el marco teórico que ahora nos permitirá reflexionar sobre la legitimación y delimitación ético-jurídica de la pena.

Con la intención de aportar elementos que nos permitan construir una respuesta a la interrogante sobre ¿Cuál es el fin y la función de la pena?, comencemos por analizar su significado filológico; la Real Academia Española en su Diccionario de la lengua española, otorga al vocablo “pena” diversa acepciones entre las que destacamos las siguientes en atención del tema en análisis:

1. Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta.
2. Dolor, tormento o sufrimiento corporal.

En el primero de los significados, se identifican elementos relativos al enfoque retributivo del derecho penal, cuyos partidarios consideran que la pena en sí misma constituye el fin y función del derecho penal, concibiéndola como la consecuencia lógica y categórica que éticamente debe recibir aquél que infringió las reglas del grupo alterando con ello el orden y la paz; es destacable el alcance institucional que se otorga al concepto, al precisar que su imposición es una facultad que la ley ha conferido a jueces y tribunales, lo que permite situar históricamente al concepto en las etapas humanitaria y científica del derecho penal, superados los periodos de la venganza, por lo que la mención de *castigo* no debe necesariamente asociarse con infligir tormento o sufrimiento corporal al sujeto a quien se aplica, sin que ello signifique desconocer que en aún en nuestros días algunas sociedades siguen recurriendo a la aplicación de penas corporales.

Sobre la segunda acepción, la pena tiene un carácter aflictivo sobre el delincuente por lo que válidamente puede considerarse que con su aplicación se provoca dolor –aflicción- al delincuente al restringirle o privarlo de ciertos derechos como su libertad o patrimonio; sin embargo, en nuestro sistema jurídico se descartan el tormento y sufrimiento corporal como posibles definiciones, ya que ambos se consideran violatorios de derechos humanos.

Si bien es cierto, con la aplicación de la pena se procura provocar un efecto de prevención intimidante en la persona del delincuente a fin de evitar que incurra

en nuevas conductas delictivas, se debe tener en cuenta que su alcance debe darse en el marco de los derechos que se reconocen al delincuente como miembro del grupo social, bajo el cual se descarta al tormento y al sufrimiento corporal como significados de la pena por ser ambos opuestos al ordenamiento legal. La Ley Fundamental en su numeral vigésimo segundo, párrafo primero, dispone expresamente su prohibición:

“Art. 22.- **Quedan prohibidas las penas de** muerte, de **mutilación**, de infamia, la **marca**, los **azotes**, los **palos**, el **tormento** de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.”

En cuanto a su significación doctrinal, el estudio de las Teorías de la Pena nos acerca al conocimiento de la evolución histórica del derecho penal en sí mismo, ya que se refieren a las propuestas por las cuales se ha buscado legitimar la aplicación del Derecho Penal en su expresión final de individualización de la pena, de manera que a través de éstas no sólo se busca legitimar o justificar la imposición de la pena, sino que además orientan el criterio del Juzgador para su aplicación práctica, razón por la cual se encuentran constantemente sometidas a debate para revisar y reformular sus fines y funciones.

2.2. LAS TEORÍAS DE LA PENA

La concepción de la *pena* como una consecuencia resultante del delito, ha sido analizada bajo distintas perspectivas doctrinales, que van desde aquellas que sostienen su total independencia respecto a una noción de fin (absolutas), las que le atribuyen una finalidad preventiva (relativas), o las más recientes que le atribuyen un carácter re estabilizador de la estructura social.

Hasta hace algunos años, el estudio de estas teorías reconocía solamente dos propuestas a las cuales presentaba como opuestas o antagónicas entre sí: la primera a la cual denominaron Teorías Absolutas, situando como sus exponentes a Immanuel Kant, G. W. Friedrich Hegel, Francesco Carrara, Karl Binding y Edmund Mezger, entre otros; las segundas a las que denominaron Tesis Relativas teniendo

como sus exponentes a Franz Von Liszt y Paul Johann Anselm von Feuerbach. Hacia finales del Siglo XX surgen nuevas propuestas a las cuales denominaron Mixtas o Eclécticas debido a que en ellas se conjugan argumentos y propuestas de las anteriores teniendo como exponentes a Claus Roxin y Günther Jakobs.

A continuación, haremos un análisis de los principales argumentos que dan sustento doctrinal a las referidas teorías.

2.2.1. TEORÍAS ABSOLUTAS.

Se les denomina así porque sostienen que la *pena tiene su justificación en sí misma*, sin que a través de su aplicación se procuren otros fines.

Se crearon para enfrentar los abusos que fueron cometidos a través de la aplicación del derecho penal en la época de las Revoluciones Burguesas, ya que se opusieron a que la pena fuese aplicada bajo la visión utilitarista de que al sancionar al delincuente se alcanzaba como beneficio superior la intimidación de colectividad para evitar que incurriesen en conductas delictivas, de manera que bajo esta justificación de beneficios futuros se utilizó al derecho penal como instrumento de control social para prevenir la criminalidad, valiéndose del delincuente como medio o instrumento para alcanzar este fin.

Kant sostuvo que para aplicar una pena justa era necesario revalorar al delincuente reconociendo su condición de ser humano, respetando su dignidad, honor y libertad; afirmando que el ser humano era en sí mismo el fin de la pena; se manifestó en desacuerdo de que la pena se aplicara con fines la "utilidad pública", al creer que con su aplicación era posible procurar un beneficio mayor, según las exigencias sociales de justicia.

Para Kant la pena debe ser un imperativo categórico libre de cualquier criterio utilitario, tales como la exigencia de protección o de prevención, ya que el respecto a la dignidad de la persona debería de evitar que la pena fuer utilizada como un medio para cumplir fines distintos a los estrictamente retributivos; es decir, consideró que el derecho era un concepto puro que estaba ligado al ejercicio de la facultad de coaccionar.

Hegel por su parte, consideró que para que el derecho penal pudiese adquirir su carácter coactivo, primero fue necesario transitar por la experiencia de lo ilícito para posteriormente migrar hacia la experiencia de su supresión; en otras palabras, fue necesario que la sociedad experimentara primero el daño de lo ilícito, para que surgiera así su interés por buscar su supresión por medio del derecho al cual vinculó estrechamente con el ejercicio de una facultad de coacción.

Señaló que para construir un concepto moderno de derecho, era necesario realizar el estudio de sus formas de negación, ya que la restitución del derecho lesionado expresaba y, al mismo tiempo constituía, la verdad de lo jurídico. Bajo esta tesis, definió al delito como la negación del derecho, y a la pena como *“la negación de la negación del derecho”*; la pena cumple una función restauradora o retributiva, según la intensidad de la negación del derecho que la conducta hubiere representado.

Hegel sostuvo que las acciones ilícitas de las que se ocupaba el derecho penal tenían un peculiar carácter contradictorio, ya que al mismo tiempo negaban aquello que afirmaban; es decir, que la negación del derecho originada por el delito, confirmaba al mismo tiempo la condición de personas que tenían aquellos cuyos derechos habían sido negados, y de aquél que con su conducta los negó.

Al ejecutar el delito el delincuente se niega a sí mismo, ya que la ejecución de éste significa negar la existencia de las personas; por ello, la acción delictiva tiene una naturaleza nula, la cual se deriva de su pretensión de eliminar el derecho, lo cual es imposible ya que éste se encuentra profundamente arraigado en las raíces de la libertad de voluntad por ser un sistema social diferenciado y autorreferente, dentro del cual la clave es el reconocimiento universal de esa libertad de voluntad, expresada en el reconocimiento de la categoría de persona.

Francesco Carrara, consideró que la pena era la que le daba a la ley su garantía de observancia, ya que por sí misma la ley no tenía la posibilidad de mantener el orden externo entre los seres humanos. La reacción de los buenos en contra de quienes violaban el derecho, y la irrogación de éstos a un castigo por el mal ocasionado, fue considerado -desde los pueblos primitivos- como una

necesidad de la naturaleza humana, bajo la consciencia de que los buenos tenían el derecho de infligir un mal a quien había ocasionado un mal a sus semejantes. La evolución del derecho punitivo ha transitado por distintos periodos: *principio individual* (venganza privada), *principio supersticioso* (venganza divina), *principio despótico* (venganza pública), todos los anteriores tuvieron vicios en su aplicación derivado de que el facultado para imponer las penas aplicaba su libre arbitrio, creando o destruyendo la justicia, lesionando los ideales de igualdad y universalidad de los derechos, al no existir otra medida que el simple capricho del sancionador y el miedo de los destinatarios de la pena, lo cual permaneció hasta que en 1764 Beccaria sentara las bases del periodo humanitario indicando que la finalidad de la pena no era castigar, sino corregir al delincuente.

Carrara afirmó que la pena tenía en sí misma un fin, y éste era procurar el restablecimiento del orden externo de la sociedad; por ello, afirmó que la pena prescindía de otros fines como amedrentar a los ciudadanos (prevención general) o lograr que la enmienda del delincuente (prevención especial), ya que aún y cuando éstos podían llegar a presentarse en algunas ocasiones, se trataba de cuestiones que eran meramente accesorias.

Binding reiteró la idea de que el fin de la pena era la *retribución de mal con mal*, y a través de ésta sólo que procuraba conformar el poder del derecho sometiendo al culpable por la conducta realizada en contra de la colectividad; la enmienda del delincuente se relacionaba con el comportamiento futuro del sujeto, lo cual dejaba en la impunidad el deber que había incumplido con su conducta, con lo cual no era posible alcanzar la reestructuración ni la confirmación del derecho.

Edmund Mezger señaló que en sentido estricto y según el derecho en vigor, la pena era "...la *imposición de un mal proporcionado al hecho*, esto es, una privación de bienes jurídicos que alcanza al autor con motivo y en la medida del hecho punible que ha cometido. En tal sentido es, de acuerdo con su esencia, *una*

retribución por el mal que ha sido cometido, sin que con ello quede decidido si y hasta qué punto debe servir exclusivamente a este fin de retribución.”⁶¹

Sobre estas teorías Hans Welzel señala que:

“Las teorías absolutas ven en la retribución justa, no solamente justificada la pena, sino también garantizada su realidad y agotado su contenido. a) La necesidad moral de la pena garantiza -así dicen estas teorías- también su realidad, sea en virtud de la identidad de razón y realidad (HEGEL), sea por obra de un imperativo categórico (KANT), O en virtud de una necesidad religiosa (STAHL).”⁶²

Bajo esta tesitura, para las Teorías Absolutas la pena se justifica moralmente en la concepción de que se trata de una *retribución justa*, no en la defensa de la sociedad o el mantenimiento de la justicia ya que estas son funciones del Estado. Precisa Welzel que:

“La significación de las teorías absolutas radica en que han indicado, con la justificación de la pena, también su principio de medida: la pena está justificada solamente dentro del margen de una retribución justa, vale decir, salvaguardando una graduación homogénea de la gravedad de las penas; desde la pena más grave, moralmente admitida, hasta la más leve, proporcionalmente a la gravedad de la culpa, desde los delitos más graves hasta los más leves.”⁶³

En síntesis, las Tesis Absolutas buscan el fundamento de la pena tan sólo en su naturaleza misma, prescindiendo de la idea de un fin. Considerando que la pena es una retribución que siempre debe accionar y, en todo caso, debe ser equivalente al daño causado.

Para éstas se castiga por que se ha delinquido “*punitur quia peccatum est*”, lo cual hace que la pena sea justa en sí misma, independientemente de la utilidad que de ella pueda derivarse como consecuencias secundarias.

⁶¹ MEZGER, Edmund.-“Derecho Penal, Parte General”, Editorial Biográfica Argentina, 6ª Edición, Buenos Aires, 1958, (3 de agosto de 2019) página 353. disponible en: http://www.derechopenalenlared.com/libros/mezger_derecho_penal_parte_general.pdf

⁶² WELZEL, Hans.-“Derecho Penal, Parte General”, Op cit, página 235.

⁶³ *Ibidem*, páginas 236 y 237.

Consideran que la sociedad reacciona ante el delito exigiendo un castigo para el culpable, por lo que aplican el principio "el que la hace, la paga" el cual se origina en las ideas de venganza y "castigo".

La sanción no debe fundarse en razones de utilidad social, ya que la pena es en sí misma es el fin y no se trata de un instrumento creado para el beneficio de la sociedad.

La pena es pura y simplemente la consecuencia jurídica del delito.

2.2.2. TEORÍAS RELATIVAS.

Sostienen una posición doctrinal opuesta a las Teorías Absolutas, considerando que con la aplicación de la pena es posible obtener beneficios que van más allá de sí misma, ya que a través de ésta debe procurarse evitar que el delincuente reincida en otra conducta delictiva, imponiéndole un tratamiento para su corrección (prevención especial), como también se busca evitar que quienes aún no han incurrido en conductas delictivas eviten realizarlas (prevención general).

Para las teorías relativas, la pena constituye una medida que busca impedir el surgimiento del delito, de manera que conciben al delito solamente como un presupuesto para imponerla y no como el fundamento de la pena en sí, aplicando el aforismo "*punitur, non quia peccatum est, sed ne peccetur*" (se castiga, no porque se ha pecado, sino para no volver a pecar).

Welzel señala que al contemplarse una finalidad de la pena debe renunciarse a su justificación moral, en razón de que se considera al delincuente no sólo como el medio, sino también como el fin mismo de la pena, ya que el utilitarismo bajo el cual se crea separa al derecho penal de su base ética, por lo que a este autor se le identifica como partidario de las teorías absolutas.

Mezger refiere que el hecho de que sea el Estado quien castigue, sólo se explica porque es él a quien le corresponde perseguir el delito en cumplimiento de sus actividades punitivas⁶⁴; es bajo este contexto en el cual la prevención se constituye como el fin de la pena.

⁶⁴ MEZGER, Op Cit, página 370

Para el análisis de los argumentos que han sido esgrimidos por estas Teorías respecto al fin y funciones de la pena, es necesario dividir su estudio en dos posturas: 1) Las que sustentan un fin de prevención especial concentrándose en los efectos que esta produce en la persona del delincuente; y 2) Las que afirman que la pena tiene una finalidad de prevención general que se dirige hacia las personas que aún no han cometido un delito para evitar que incurran en él.

2.2.2.1. PREVENCIÓN ESPECIAL.

Emma Mendoza Bremauntz señala que para éstas la pena debe enmendar al delincuente para que en el futuro no vuelva a delinquir, o bien deben procurar impedirle que realice una actividad delictiva.

A Franz Von Liszt se le reconoce como el principal exponente de esta tesis, refiere que la pena se originó en las formas primitivas de sociedad como una reacción social frente a las perturbaciones externas a sus condiciones de vida, siendo inicialmente aplicada por el directamente afectado de forma ciega, instintiva y sin estar determinada por la representación de un fin, con el tiempo este carácter individualista se transformó para ceder el lugar a instituciones (religiosas y monárquicas) a las cuales les encomendaron su determinación y aplicación creyendo en su objetividad e imparcialidad, lo cual motivó que se originara el *carácter finalista* de la pena, reconociéndose que a través de su aplicación era posible alcanzar un fin, abandonándose la concepción de que el delito era el fin justificante de la aplicación de la pena, constituyéndose éste sólo un presupuesto de la misma, es bajo tendencias doctrinales que se determina el contenido y ámbito de aplicación de la pena bajo un pensamiento finalista constituyéndose la violencia punitiva en el nuevo paradigma del derecho penal.

Von Liszt se propuso crear una nueva *teoría* que reconocía en la pena una capacidad para prevenir los delitos, en contraposición a las ideas retributivas de las teorías absolutas, sostuvo que con la aplicación de la pena era posible provocar resultados futuros, los cuales se manifestaban fundamentalmente en la persona del delincuente con los siguientes efectos:

- A) Corregir al Corregible.- La pena es aplicada a los delincuentes habituales que precisan de este tipo de acciones ante la predisposición -heredada o adquirida- que mostraron de ser tentados por la delincuencia, sin que aún se les considere como casos perdidos. Se trata de personas que recién se han visto involucrados en el delito, por lo que aún pueden ser rescatados aplicándoles una disciplina seria y duradera a través de un tratamiento en prisión, en el cual sólo se le suspenden sus derechos. La duración de la pena de prisión no es una facultad del Juzgador, sino que establece criterios generales que comienzan con una reclusión unicelular, transita hacia la reclusión comunitaria y culminan con la libertad bajo vigilancia policial.
- B) Intimidar al incorregible.- Este grupo se integra por las personas para las cuales el hecho delictivo se constituyó sólo en un episodio, un descarrío ante las influencias externas y ocasionales; son el grupo más numeroso, sin embargo el peligro de que puedan reincidir en la conducta delictiva es mínimo. El fin de la pena es restablecer la autoridad de la ley que violada con la conducta delictiva, de manera que ésta debe ser lo suficientemente intimidatoria para advertir al sujeto sobre las graves consecuencias que puede recibir en el caso de caer nuevamente en el impulso egoísta de delinquir. En este grupo se encuentran quienes han cometido delitos y faltas menores.
- C) Neutralizar al inintimidable.- El tratamiento se aplica a delincuentes que no son susceptibles de corrección, ubicando en esta categoría a los mendigos, vagabundos, prostitutas, alcohólicos, rufianes y degenerados, al considerar que eran personas que habitualmente reincidían en conductas delictivas. Su tratamiento representaba un elevado costo para las prisiones unicelulares, además de provocar en ellos un resentimiento social que manifestaban al salir a través con conductas delictivas más violentas. Ante ellos la sociedad tenía la necesidad de protegerse, pero al no poder deshacerse de éstos la única opción era recluirllos de manera permanente en recintos especiales en los que su tratamiento se aplicaría bajo la más

severa obligación de trabajo y explotación posible de su fuerza, acompañado de la pérdida de sus derechos civiles y honoríficos.

En síntesis de lo anterior, para esta Teoría el fin de la pena es apartar a quien ya ha delinquido de las condiciones que lo hicieron proclive hacia la comisión del delitos, a fin de evitar que incurra en nuevas conductas, para ello la pena deberá aspirar a la resocialización del delincuente a través de su corrección o intimidación, y de no ser posible esto deberá propiciar su aseguramiento definitivo a fin de evitar que continúe cometiendo nuevas conductas.

2.2.2.2. PREVENCIÓN GENERAL.

Para éstas, la pena cumple un fin preventivo en los integrantes de la comunidad que aún no han cometido ningún delito, procurando a través de su intimidación (prevención negativa) o de la aceptación voluntaria de su deber moral de cumplir el ordenamiento jurídico en beneficio propio y de la colectividad (prevención positiva).

- PREVENCIÓN NEGATIVA

El creador y principal exponente de esta Tesis fue Paul Johann Anselm von Feuerbach, quien concebía a la pena como una “coacción psicológica” ejercida como una amenaza lo suficientemente grave para evitar que los sujetos que aún no habían cometido delito, pero eran susceptibles de hacerlo, evitara incurrir en él por el temor de ser sancionados. Este tipo de finalidad es denominada por la doctrina como *prevención general negativa o intimidatoria*, se caracteriza por hacer uso del derecho penal como un medio de represión de la criminalidad recurriendo a la amenaza de imposición de penas graves para los sujetos que incurran en las conductas sancionadas como delitos. A Feuerbach se le reconoce como el creador del axioma "*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*" (No hay delito ni pena sin ley previa), el cual se constituye en el sustento del principio de legalidad que rige en materia de aplicación de las penas.

Es frecuente en nuestros días escuchar propuestas de diversos sectores (gubernamentales, políticos o sociales) que claman por el endurecimiento de las

penas al considerarlo la alternativa viable para controlar la criminalidad, pugnando en algunos casos por restablecer la pena de muerte o imponer prisión perpetua; sin duda alguna que el mensaje que se pretende enviar con esta propuestas, tiene como destinatarios específicos a las personas que aún no han incurrido en la conducta delictiva, no así a quien ya lo cometió ya que a éste no se le aplicará la nueva ley por el principio de irretroactividad, ni a quien habiéndolo cometido aún no ha sido sujeto a sanción alguna, ya que para éste el efecto intimidatorio es nulo derivado de su condición de impunidad.

Bajo esta tesitura, la aplicación del derecho penal como instrumento de control del delito, e indirectamente como instrumento de control social, dependerá de la política pública que se aplique por el Estado –entendido como Poder Público– dentro de un espacio y tiempo determinados, dependiendo de las exigencias que imperen en la forma de manifestación, gravedad y frecuencia de la criminalidad.

Estas tesis se constituyen en la contraposición a la finalidad correctiva de la pena sustentada por la prevención especial; en su alcance negativo –intimidatorio– defiende el ejercicio de la coacción sobre la colectividad como una función preventiva de la pena manifiesta a través de una forma psicológica o física.

En el ideario de Feuerbach, las instituciones jurídicas del derecho penal deberían de ser ineludiblemente coactivas, aplicando la coacción física con la finalidad de limitar y, de ser posible, terminar con aquellas conductas que lesionaban al orden jurídico pudiendo ser aplicada en dos momentos:

1. Anterior a la conducta.- Su finalidad es impedir que la conducta ocurra, busca prevenir la lesión aún no consumada ejerciendo la coerción física como una garantía en favor del amenazado, al doblegar con la fuerza física al sujeto potencialmente injuriante para evitar su conducta lesiva.

Su aplicación en estos casos, se relaciona actualmente con el uso de la fuerza pública para reprimir conductas colectivas que representen una amenaza potencial de alteración grave del orden público o la paz social, nos referimos a conductas que pueden poner en peligro la seguridad

interior de Estado como el caso de los delitos de Sedición, Motín, Rebelión, Terrorismo etc.

2. Posterior al delito.- En este caso el uso de la fuerza pública habrá de ser destinado a obligar al delincuente a que realice la reparación de los daños y perjuicios ocasionados con su conducta, por lo que el efecto preventivo no surte en la conducta primaria sino que se encuentra destinado a impedir que ésta se replique en el grupo social.

Este efecto no se produce si la conducta queda impune, tampoco se presenta en plenitud si el responsable del delito ha sido condenado a cumplir una pena de prisión, pero éste no le repara al sujeto pasivo el daño ocasionado por el delito, ya que la finalidad de una y otra pena (prisión y reparación del daño) no es la misma, por lo que es un error afirmar que el delincuente “paga con cárcel” el daño que ocasionó con su conducta.

En este orden de ideas, la coacción psicológica se ejerce *prima facie* con el fin de prevenir la realización de la conducta delictiva, ésta puede acompañarse de la coerción física –uso de la fuerza pública- cuando la amenaza de la pena contenida en la norma no ha sido suficiente para evitar la realización de conductas colectivas que pueden derivar en la ejecución de algún(os) delito(s), lo cual hace necesaria la intervención de la fuerza pública con fines preventivos; y, en última instancia el uso de la fuerza pública destinado a evitar que el daño provocado quede sin reparación, ya que ello potencializaría la posibilidad de que éstas conductas se repliquen por otros grupos en similares condiciones a las del infractor, o bien que quienes ya realizaron tales conductas reincidan en ellas ante el nulo efecto coactivo de la pena que se origina por la impunidad.

- PREVENCIÓN POSITIVA

Para el jurista español Mario Durán Migliardi la prevención general positiva es un “...término pluricompreensivo que abarca desde distintos efectos de la pena hasta amplias concepciones de justificación del sistema jurídico penal e, incluso,

nuevas concepciones dogmáticas.”⁶⁵, reconociendo en Hans Welzel la paternidad intelectual de esta forma de prevención general que integra nuevos conceptos desde el enfoque de las ciencias sociales, tales como la conformación de una conciencia jurídica colectiva, la fidelidad y la confianza en el Derecho, así como la pacificación de la conciencia social normativa, con las cuales se puso nuevamente en la palestra de la discusión doctrinal lo concerniente a la justificación, legitimación y limitación del Derecho penal.

Esta forma de prevención general, postula que la finalidad del derecho penal -y por ende de la pena- es la afirmar y proteger las normas básicas que rigen a la sociedad, así como los valores fundamentales que por medio de ellas se protegen; sin embargo, a diferencia de la prevención negativa, sostienen que es posible lograr esta protección al educar al grupo social en el respeto de las normas, para que éste asuma como propio el deber moral de proteger tales derechos, marcando así distancia respecto a la concepción de que la norma se observará y cumplirá en la medida en que ésta coaccione psicológica y físicamente a sus destinatarios.

Así las cosas, su diferencia con las tesis negativas se hace patente en la forma en que ambas procuran alcanzar el fin preventivo que le otorgan a la pena; para la prevención negativa el fin se obtiene en la medida en que la pena surte un efecto disuasorio a través de la conminación (coacción psicológica), o, en su caso, por medio de la aplicación de la sanción al responsable del delito (coacción física y psicológica) los partidarios de la prevención positiva señalan que este tipo de acciones incitan hacia la aversión más que al cumplimiento de las normas. La prevención general en su forma positiva, alienta la formación de seres humanos conscientes y socialmente responsables, para quienes la pena no representa una amenaza sino sólo un instrumento que facilita la conformación de una conciencia jurídica colectiva por lo que su aplicación tiene como finalidad restablecer la confianza y fidelidad de las personas en relación con la norma jurídica.

⁶⁵ DURÁN MIGLIARDI, Mario.- “La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función”, artículo elaborado en el marco del Proyecto Regular de Investigación Conicyt-Fondecyt 2012 N° 1120150, (10 de agosto de 2019), consultable en la dirección: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502016000100013

En este orden de ideas, el derecho penal cumple la función ético-social de asegurar la observancia y cumplimiento de los valores sociales que sirven sustento a la actitud jurídica del ser humano, proscribiendo y sancionando aquellas conductas que implican la inobservancia de tales valores fundamentales que conforman el juicio ético-social del ciudadano y fortalecen su actitud permanente de fidelidad al Derecho; de manera que no sólo se limita a la protección de bienes jurídicos

La pena tiene por finalidad educar a la persona para que desarrolle una conciencia de colectividad y se conduzca conforme a sentimientos más humanos, que le permitan reconocer que el delito atenta no solo contra los intereses de la víctima, sino también contra los valores que mantiene cohesionada a la sociedad.

El derecho penal se desarrolla en la conciencia moral de la colectividad y encuentra dentro de ella su significación, su posición valorativa es la que le permite determinar cuál es la conducta esperada del individuo en uno u otro sentido, es decir, la aceptación y confirmación de su apego a la legalidad, o en oposición al orden establecido con la consecuencia jurídica que ello significa.

La prevención general positiva exige que tanto en el establecimiento de delitos, como en su persecución y sanción la actividad del Estado sea efectiva, es decir que demuestre que la amenaza de la pena se cumple para quien infringe la ley; sólo así será posible que los valores implícitos del mandato de ley se mantengan vigentes y reafirmen permanentemente, de lo contrario el mensaje será de impunidad y de una falsa aplicación de legislación; Durán Migliardi se refiere a éste caso bajo la denominación del “derecho penal simbólico”, refiriendo que éste pretende aplacar los sentimientos de inseguridad e inquietud que surgen en la colectividad frente a nuevos problemas, sin embargo el alcance real de la norma penal sólo es simbólico o retórico, ya que más que proteger de manera efectiva los bienes jurídicos, sólo busca producir una impresión tranquilizadora en la opinión pública aparentando que tiene “gobernantes atentos a las necesidades sociales”, pero en la realidad la aplicación de esas normas penales es prácticamente nula, un ejemplo de estas normas lo encontramos en los denominados “*Delitos contra los Servicios de Emergencia*” establecidos en los numerales 229 Ter y 229 Quater del

Código Penal del Estado de Querétaro incorporados en el mes de noviembre de 2012 como una normativa a la problemática que se ocasiona con motivo de llamadas falsas que provocan la movilización innecesaria de los servicios de emergencia; lo anterior es así, ya que por todos es conocida la frecuencia con la que en las líneas telefónicas destinadas a la prestación de los servicios de emergencia, se reciben llamadas falsas o de broma que buscan provocar la movilización de los cuerpos policiacos, bomberos, urgencias médicas o protección civil, sin embargo desde su creación -7 años atrás. Hasta nuestros días no se ha conocido por la sociedad de un solo caso en el que se haya aplicado una pena a los responsables de tales conductas, lo cual pone de manifiesto lo ineficaz e inútil que ha resultado el tipo penal para prevenir este tipo de conductas, limitándose solamente a los efectos simbólicos que este tipo de legislación penal pretende transmitir a la sociedad para influenciar la valoración o desvaloración social de tales conductas.

La prevención general positiva tiene entonces distintos ámbitos de aplicación: en la norma misma, en la sociedad y en el ciudadano; en esta última perspectiva se reconoce al ciudadano como el destinatario de la ley penal la cual es utilizada como un medio para incidir sobre su conciencia y contribuir en su socialización, lo que supone una conservación del derecho por medio de la pacificación de la conciencia social.

Mario Durán Migliardi⁶⁶ señala que las funciones de explicación, legitimación-fundamentación y limitación del derecho de penar *-lus Puniendi-* han sido atribuidas a la prevención general positiva o prevención integradora, principalmente por los teóricos alemanes Günther Jakobs y Claus Roxin; indicando que entre éstas pueden distinguirse con claridad dos grupo de doctrinas:

- A) Las que buscan otorgar a la prevención general positiva un carácter fundamentador e, incluso, ampliatorio de la intervención penal, ubicando dentro de éstas a Welzel y Jakobs.

⁶⁶En su artículo titulado "La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función", Op cit.

- B) Las que utilizan a la prevención general positiva en un sentido limitador de la intervención penal, dentro de las cuales ubica a Hassemer, Roxin y Zipf.

2.2.3. TEORÍAS DE LA UNIÓN, MIXTAS O ECLÉCTICAS.

Se le denomina así porque en ellas se hacen presentes los postulados sustentados por las teorías absolutas y las relativas, indicando que unas no excluyen ni impiden que se cumplan los fines de las otras, ya que la pena surte sus efectos tanto en el individuo como en el grupo social en distintos tiempos.

En un primer momento se hace presente el efecto de prevención general negativa, cuando el Legislador crea la norma penal para sancionar una conducta como delito, acompañándola de la amenaza de imposición de la pena, ya que el mensaje que se manda tiene una esencia intimidatoria para la sociedad, procurando que la coacción psicológica sea lo suficientemente eficaz para evitar que la conducta delictiva se ejecute.

Creada la norma penal, corresponde ahora difundir su contenido y educar a la sociedad en el conocimiento e importancia de su respeto, procurando que ésta se cumpla por la convicción de que a través de esta se procura el orden y la estabilidad social, de tal manera que la colectividad asuma moral y éticamente la responsabilidad de su observancia; en este proceso observamos como ejemplos la formación social que recibimos en los procesos educativos de enseñanza básica, los cuales buscan generar una consciencia de colectividad y formar en los individuos un sentido de pertenencia e identidad social.

Cuando efecto intimidante de la pena (prevención general negativa) y la concientización social (prevención general positiva) no han sido suficientemente poderosos para impedir que el delito se ejecute, surge entonces la necesidad de aplicar la pena al delincuente como una consecuencia lógica, ética y jurídica por su conducta reprochable (retribución), de manera que la pena cumpla con la finalidad de devolver al delincuente el mal que éste ocasionó con su conducta, privándolo o restringiéndolo de los derechos que tiene reconocidos como persona e integrante de la colectividad.

En la ejecución de la pena, se procura que el delincuente reciba un tratamiento multidisciplinario en las áreas profesionales y técnicas que le resulten necesaria para atender y superar los factores que lo hicieron proclive al delito, de tal manera evite reincidir en una nueva conducta delictiva, cumpliéndose en esta etapa la finalidad de prevención especial.

Finalmente, más no menos importante, resultará la necesidad de que a través del derecho penal se procure la reparación de los daños y perjuicios que hayan sido ocasionados a la víctima u ofendido como consecuencia del delito.

Al iniciar su obra intitulada "Sobre la Teoría de la Pena"⁶⁷ Günther Jakobs se refiere a las Teorías de la Unión -dominantes en el Poder Judicial de varios países actualmente-, señalando que éstas pretenden unir diversos fundamentos sobre la legitimación y fines de la pena, indicando que su propósito declarado es mediar entre las teorías absolutas y relativas previamente aplicadas; opina que esto implica combinar la retribución de culpabilidad (tesis absolutas) con la influencia rehabilitadora, intimidatoria o de aseguramiento en el autor concreto (tesis de prevención especial) y la influencia rehabilitadora, intimidatoria o de aseguramiento en potenciales autores (tesis de prevención general) de manera que en la idealidad todos los fines de la pena alcancen una relación equilibrada.⁶⁸

Al respecto precisa:

"No se les escapa a los defensores doctrinales de la teoría de la unión que los presupuestos implícitos de armonía necesarios para estar de tal modo en misa y repicando pueden ser ajenos a la praxis: en tal caso, se dice que debe 'darse preferencia a uno u otro principio en el caso particular', sosteniéndose, sin embargo, que 'la medida de la culpabilidad' ha de constituir en todo caso 'el punto de orientación'. Esto, a su vez, significa que **la pena adecuada a la culpabilidad nunca debe ser sobrepasada por razones preventivas**, y que en virtud de estas mismas razones, por otro lado, **sólo puede ser fijada una pena moderadamente inferior a la pena adecuada a la culpabilidad**, esto último, por ejemplo, 'para no dificultar al autor el camino de la reinserción'."⁶⁹

⁶⁷ JAKOBS Günther. "Sobre la Teoría de la Pena", Op cit.

⁶⁸ Cita textual de la obra de Jescheck-Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5ª edición, 1996

⁶⁹ JAKOBS Günther.- Op cit, páginas 9 y 10.

2.3. NUEVOS PUNTOS DE VISTA SOBRE LOS FINES DE LA PENA

A consideración de la catedrática de derecho penal de la Universidad de Granada, Elena B. Marín de Espinosa Ceballos⁷⁰, en la actualidad es posible identificar planteamientos que reformulan los fines de la pena incorporando nuevos puntos de vista que buscan legitimar su imposición desde la perspectiva de la prevención general positiva señalando a Günther Jakobs como su máximo exponente

A partir de una cita textual a la obra de Jakobs ' *Sobre la Teoría de la Pena* ' en la que señala: "la pena pública existe para caracterizar el delito como delito, lo que significa lo siguiente: como confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad"⁷¹.

Marín de Espinosa señala que para este autor la pena busca reafirmar la vigencia de la norma y el ejercicio en el reconocimiento de ésta, por lo que la pena tiene por finalidad que todos los ciudadanos ejerciten: 1) La fidelidad al Derecho, 2) La confianza en la norma y 3) La aceptación de sus consecuencias.

Precisa que los fines de este triple ejercicio, no permean hacia la totalidad de las fases del proceso punitivo, sino solamente a las primeras, ya que la pena debe procurar además cumplir con los objetivos de la prevención especial durante la fase de ejecución de la pena sobre el delincuente, etapa en la cual la prevención general positiva no aporta nada.

En la prevención especial, sus fines son influir en el criterio del Juzgador para la individualización de la pena, orientándolo para que pueda determinar su naturaleza y *Quantum*, en la medida en que resulte necesario estabilizar la observancia y vigencia de las normas, tomando en cuenta la culpabilidad del autor

⁷⁰ MARÍN DE ESPINOSA Ceballos, Elena B. "El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica", publicado en la Revista de Derecho Penal y Criminología, publicada por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 3.ª Época, n.º 11, España, enero de 2014, (12 de agosto de 2019) págs. 119-146. Consultable en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2014-11-5010/Marin_Espinosa.pdf

⁷¹ *Ibidem*, páginas 120 y 121.

en un marco de reacción que no debe ser drástico ni exagerado. “Esa pena adecuada a la culpabilidad del autor es por definición la pena”.⁷²

Marín de Espinosa, afirma que Jakobs proporciona inicialmente un concepto de culpabilidad configurado funcionalmente como un fin preventivo general positivo, que busca mantener el reconocimiento general de la norma, en el cual la función de la culpabilidad no se reduce a servir como límite a la pena, sino que además la fundamenta.

Finalmente, en relación con Jakobs señala que éste en tiempos recientes ha comenzado a atribuirle a la pena una *función simbólica de confirmación de la vigencia de la norma*, entendiéndola como la negación de la negación del Derecho, y atribuyéndole un efecto de aseguramiento cognitivo de la norma, de tal manera que propone una nueva concepción de culpabilidad equiparándola con el injusto, de manera que ésta no se determina a partir de la constitución psíquica del autor, sino de acuerdo con las necesidades sociales de prevención general.

En cuanto a Claus Roxin, analiza su obra *Problemas básicos del Derecho Penal* dentro del apartado *sentido y límites de la pena estatal*, precisando que éste replantea los fines de la pena ante el descrédito que sufre la prevención especial por su falta de éxito como medio de resocialización, al no haber logrado crear programas eficientes y de fácil manejo por la carencia de recursos económicos; por ello, ha replanteado su teoría de la pena en la cual defendía que la función de la pena -y del derecho penal- estaba estrechamente vinculada con la política criminal la cual debía responder a una praxis que buscara consolidar a la estructura social, para ahora conceder un mayor protagonismo a la prevención general, pero no en su forma negativa de intimidación, sino en su forma de manifestación positiva.

Precisa que en el pensamiento actual de Roxin, en la imposición de sanciones influyen conjuntamente la prevención general y la prevención especial, en forma escalonada, según la gravedad del delito, realizando la siguiente cita textual de su ideario:

⁷² *Ibidem*, página 121.

“cuando el proceso penal culmine en una condena, pasan a primer plano, la imposición de la sanción, los puntos de vista de prevención general y de prevención especial por igual. Mientras más grave sea el delito, tanto más exige la prevención general un agotamiento de la medida de la culpabilidad. Y es que cuando se trata de delitos gravísimos, la confianza en el ordenamiento jurídico solamente puede mantenerse y la paz jurídica solo puede restablecerse, cuando se produzca una represión adecuada a la culpabilidad. Por el contrario, **en los delitos leves y de mediana gravedad**, que son la mayoría, **puede practicarse más tolerancia, esto es, razones de prevención especial**. Entonces aquí... **la pena puede quedarse por debajo de la medida de la culpabilidad, y pueden entrar a tallar todos los beneficios que se basen en la posibilidad de la suspensión condicional de la pena, la reparación civil, la reconciliación y el trabajo comunitario**. Y es que los delitos menores conmueven la paz social de manera comparativamente leve y, una reintegración social del delincuente sirve más a la seguridad pública, que un rigor promotor de la reincidencia”⁷³

De lo anterior destaca el planeamiento propuesto para que el derecho penal se enfoque, tratándose de conductas consideradas como delitos menores, en la reparación civil de los daños, la reconciliación entre víctima y victimario, así como el impulso al trabajo comunitario como alternativa viable en substitución de las penas privativas y restrictivas de libertad, de manera que la pena cumpla una función de reintegración social del delincuente a favor de la seguridad pública.

2.4. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN SEGURIDAD PÚBLICA Y JUSTICIA PENAL

El ideario sobre los nuevos fines y funciones de la pena planteado por Jakobs y Roxin, permeó sin duda en la política pública que en el año 2008 fue observada para realizar la reforma constitucional en materia de seguridad pública y justicia penal; reforma sobre la cual el Gobierno Federal y el Congreso de la Unión expresaron:

⁷³ *Ibidem*, página 123

“2. El cambio **obedece al gran atraso e ineficiencia del sistema actual** (mixto inquisitivo o también denominado tradicional) **para dar vigencia plena a las garantías individuales y derechos humanos** que consagra la Constitución y brindar la seguridad debida a personas y propiedades.

Actualmente, **menos de cinco de cada cien delitos denunciados reciben sentencia en México**. La delincuencia organizada tiene un gran poder económico y capacidad para operar internacionalmente, evadir la justicia y atacar. Como en todo el mundo, **la delincuencia organizada es una seria amenaza para el Estado y a sociedad**.

En México **existe una desconfianza extendida en el aparato de justicia**, ya que las instituciones públicas han sido permeadas por la delincuencia, **los procesos y juicios penales son burocráticos y lentos**, escritos en expedientes interminables, y **las cárceles son inseguras, no garantizan la reinserción social y son las ´universidades del crimen´**.

Para enfrentar esta situación, los Poderes Ejecutivo y Legislativo se complementaron en su serio esfuerzo para **modificar diez artículos de la Constitución, con el fin de transformar de raíz el sistema de justicia penal en todo el país.**⁷⁴

La reforma reconoce, entre otros puntos, la impunidad dominante e incapaz de enfrentar a una delincuencia rampante que aún representa una seria amenaza no sólo para estabilidad, sino para la permanencia misma de la sociedad y Estado.

La generalizada desconfianza social en las instituciones encargadas de la seguridad pública y la justicia, debido a su falta de profesionalismo, lentitud y desinterés, no sólo representa un obstáculo para la consecución de sus fines, sino además un impedimento que paraliza la comunicación y colaboración entre los destinatarios y los responsables de cumplir con ambas funciones; todo lo anterior, en abono a la impunidad y la proliferación de actos criminales.

⁷⁴ “Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia / Guía de Consulta, ¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma”, publicado por el Gobierno Federal de los Estados Unidos Mexicanos, México, julio de 2008, página 1.

No menos alentador resulta el mensaje que se envía respecto de la ejecución de las penas privativas de la libertad personal –dominantes como regla de punibilidad en el sistema de justicia penal-, al señalar que el tratamiento recibido en prisión no ha sido el adecuado para lograr la reinserción social y, contrario a lo deseado, las cárceles se constituyeron en espacios públicos de concentración, contacto y especialización de las personas dedicadas a realizar actividades criminales, al reconocerlas –oprobiosamente- como las *universidades del crimen*.

En cuanto a los objetivos de la reforma relacionados con el sistema de ejecución de sanciones penales, destaca lo siguiente:

“9. Otro aspecto relevante de la reforma es el fortalecimiento en la Constitución del **régimen especial para la delincuencia organizada**. Se establecen **medidas** como las que ya existen en otros países democráticos **para enfrentar a delincuentes peligrosos**, entre ellas el arraigo antes de la sujeción a proceso, la prisión antes y durante el juicio, confidencialidad de víctimas o testigos, intervención de comunicaciones privadas, acceso a información reservada y extinción de dominio de propiedades en favor del Estado, siempre con orden del juez...

10. Para evitar más abusos, se prevé que un **juez vigile y controle la ejecución de las sentencias en las cárceles**, atribución que hoy es del Poder Ejecutivo. **Los procesados por delincuencia organizada o de peligrosidad extrema serán recluidos en instalaciones de alta seguridad.**”⁷⁵

Se aprecia en el mensaje un interés por aplicar un régimen punitivo diferenciado para los delincuentes que en razón del tipo de delitos cometidos (delincuencia organizada) o por sus rasgos de personalidad (peligrosidad extrema) representan una amenaza potencial para la estabilidad social y el Estado mismo.

Sobre el particular, viene al caso el ideario planteado por Günther Jakobs en su obra *Derecho Penal del Enemigo*⁷⁶, en la cual señala que existe una *cómoda ilusión* de que todos los seres humanos nos encontramos vinculados por medio del

⁷⁵ *Ibidem*, página 2.

⁷⁶ JAKOBS Günther. “Derecho Penal del Enemigo”, Madrid, Civitas Ediciones S.L., 2003.

Derecho, precisa que si se pretende que el derecho constituya el vínculo que mantiene unido a la sociedad, es necesario primero que esto ocurra en la realidad y no solamente en lo conceptual, de tal manera que las normas efectivamente conformen a la configuración social y no sean solamente un mero postulado del deber ser; indica que si la ley no dirige la conducta de las personas, entonces será carente de una realidad social y no constituirá una expectativa seria de dirección con efectos permanentes, por el contrario, cuando la persona es convertida en un mero postulado e interpretada sólo cognitivamente, se provoca la aparición de un individuo peligroso, al cual denomina el enemigo.

A manera de ejemplo señala:

“... quien persistentemente delinque una y otra vez, siendo sus delitos más que bagatelas, se le impide, en cuanto a un individuo peligroso (aparte de la imposición de la pena), cometer ulteriores hechos, concretamente, a través de la custodia de seguridad. Hablando en términos kantianos: hay que separarse de quien no admite ser incluido bajo una constitución civil.”⁷⁷

En opinión de Jakobs el derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones:

1. El Derecho Penal Ciudadano.- En el cual debe esperarse a que el individuo exteriorice el hecho, para entonces reaccionar con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad.

La manera en que el Estado deberá realizar su aplicación, es ver a quienes delinquieron como personas que cometieron un error, tratándolos como personas, ya que éstos ofrecen una garantía cognitiva suficiente para corregir su comportamiento personal.

2. El Derecho Penal del Enemigo.- En el cual el individuo debe ser interceptado pronto, en el estadio previo al delito, para combatir su peligrosidad. Por ejemplo, el líder o cabecilla de una organización criminal o terrorista.

⁷⁷ *Ibidem*, página 14.

La manera en que el Estado debe aplicarlo es mediante la coacción física, para impedirles que destruyan el ordenamiento jurídico y vulneren el derecho de todos a la seguridad; estos individuos no pueden esperar ser tratados aún como personas ya que no ofrecen una seguridad cognitiva suficiente para cambiar o corregir su comportamiento, por lo que deben ser tratados como enemigos ya que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana.

Sin embargo, Jakobs reconoce que la coacción a ejercer sobre el enemigo puede quedar limitada en un doble sentido: en primer lugar, no necesariamente debe ser privado de todos sus derechos, por lo que puede ser sometido a una custodia de seguridad en la que queden a salvo sus derechos como propietario de cosas; en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz.

Continuando el análisis de la Reforma Constitucional de 2008, ahora específicamente en lo cuanto a su impacto en el rubro del ejercicio del derecho punitivo del Estado, se destacan los siguientes puntos:

1. La institucionalización de las *Medidas Alternativas de Solución de Controversias*, siguiendo la tendencia mundial de la justicia restaurativa, que representa una de las formas de terminación del procedimiento penal aplicada cuando el acusado, en cierta forma reconoce su responsabilidad, y manifiesta su disposición para repararle el daño a la víctima contando con su anuencia para concluir de esta forma su conflicto.

Se actualiza aquí la propuesta de Roxin, para que la pena aplicable a los delitos menores quede por debajo de la medida de la culpabilidad, permitiendo la aplicación de penas que privilegian la reconciliación entre las personas en conflicto, tales como la reparación civil del daño, por encima de reglas de punibilidad que en su mayoría aún determinan la aplicación de penas privativas de libertad

En adelante, seguramente seremos testigos de un *proceso de depuración* de la población penitenciaria para que únicamente permanezcan en reclusión las personas que se han visto involucradas en la comisión de delitos graves que ameriten la aplicación de una medida cautelar de prisión preventiva oficiosa o justificada, así como aquellas sujetos a tratamiento de reinserción en reclusión por el tipo de conducta realizada o el peligro que por su conducta precedente represente para la sociedad. Bajo esta tesitura, la pena privativa de libertad, será aplicada como última opción, atendiendo a la aplicación del principio de necesidad de pena.

2. La creación de Jueces de Ejecución Penal, con lo cual le corresponde a la autoridad jurisdiccional no sólo la función de imponer las penas, sino además autorizar su modificación, de manera que las facultades del Poder Ejecutivo quedan restringidas a la administración de los centros de Reinserción Social.

En su función de vigilar y controlar el cumplimiento de las penas, el Juez Ejecutor deberá proteger los derechos humanos de los reclusos, evitando los abusos y vigilando que se cumpla el tratamiento destinado a la reinserción social del sentenciado.

CAPÍTULO TERCERO

POLÍTICA CRIMINAL: LA POLÍTICA PÚBLICA QUE RIGE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

3.1. NOCIONES PREVIAS

A fin de contar con un marco referencial que unifique la forma en que deberán interpretarse los conceptos generales que serán materia de análisis en el presente capítulo, se incluyen las siguientes definiciones:

- A) Autoridad Penitenciaria.- Autoridad administrativa dependiente del Poder Ejecutivo Federal, o de sus similares en las entidades federativas, a cuyo cargo se encuentra la operación del Sistema Penitenciario.
- B) Centro Penitenciario.- Espacio físico a cargo del Poder Ejecutivo Federal o de las Entidades Federativas, destinado al cumplimiento la prisión como pena privativa de libertad, y de la semilibertad como pena restrictiva de la misma.

Es pertinente mencionar que en la mayor parte del territorio de nuestra país, en estos establecimientos se cumple además la medida cautelar de prisión preventiva impuesta por la autoridad judicial al probable responsable del delito.

- C) Consejo Técnico / Comité Técnico.- Órgano Colegiado Consultivo y de autoridad al interior del Centro Penitenciario al cual, entre otras funciones, le corresponde informar a la persona sentenciada de la posibilidad de acceder a las medidas de libertad condicional y de libertad anticipada en cuanto dicha circunstancia se verifique.⁷⁸
- D) Juez de Ejecución.- Autoridad judicial facultada para resolver las controversias surgidas durante la ejecución de las penas, así como para modificar las penas otorgando los beneficios que contempla la ley.

⁷⁸ Artículo 18, fracción VI, de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

- E) Política Criminal.- Armando Juárez Bribiesca⁷⁹ indica que esta expresión ha sido utilizada desde el siglo XVIII con varios sentidos y distintas concepciones, pero que en nuestros días predomina un concepto que la define como “la función de establecer un estándar (deber ser), para configurar la legislación y jurisprudencia penal, con el objeto de propender a la eficaz protección de la sociedad.”
- F) Política Pública.- El investigador mexicano Mauricio Merino⁸⁰ la define como “...una intervención deliberada del Estado para corregir o modificar una situación social o económica que ha sido reconocida como problema público.”; refiere que también suele llamarse así a “... las decisiones transversales que regulan la actuación interna de los gobiernos y que están destinadas a perfeccionar la gestión pública: regulaciones que atañen a la forma en que los poderes públicos realizan las atribuciones que les han sido conferidas y que, en consecuencia, pueden llegar a determinar la eficacia, la eficiencia o la legitimidad de sus resultados.” aclara que no cualquier intervención, regulación o acción pública es una política pública, para tener tal carácter debe contener decisiones tomadas por los órganos representativos del Estado con el propósito explícito de modificar el *statu quo* en un sentido determinado, mediante el uso de los recursos normativos, presupuestarios y humanos con los que cuenta el sector público —al menos parcialmente o como punto de partida— y en un horizonte temporal razonablemente definido.
- G) Preliberación- Beneficio que puede ser otorgado por la autoridad jurisdiccional al sentenciado en prisión, para que obtenga la libertad previo al cumplimiento total de su condena; siempre y cuando se demuestre que éste ha observado una buena conducta en su

⁷⁹ JUÁREZ BRIBIESCA, Armando, et. al. “Política Criminal”, artículo publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, (13 de agosto de 2019), disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/download/8806/10857>

⁸⁰ MERINO, Mauricio. “Políticas Públicas / Ensayo sobre la intervención del Estado en la solución de problemas públicos”, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), 2013.

internamiento, y ha cumplido satisfactoriamente el Plan de Actividades establecido para su tratamiento, de manera que existan datos suficientes que revelen que se encuentra listo para realizar su reinserción a la sociedad.

- H) Prisión.- Pena privativa de libertad que debe cumplirse en un Centro Penitenciario, a fin de recibir tratamiento de reinserción social.
- I) Prisión preventiva.- Medida cautelar impuesta por un Juez de Control a quien le ha sido imputada la responsabilidad como autor o participe de un delito, que amerita legalmente su reclusión preventiva en forma oficiosa o justificada.
- J) Recluso.- Persona privada de su libertad en un Centro Penitenciario, que se encuentra sujeto a un tratamiento de reinserción social por su responsabilidad en la comisión de un delito, o detenido con motivo de la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva.
- K) Reinserción Social.- En opinión del Investigador Jorge Ojeda Velázquez, significa "...volver a encausar al hombre delincuente dentro de la sociedad que lo vio cometer un delito"⁸¹, sus acciones van dirigidas a "...obtener la responsabilización del reo hacia él mismo y hacia la sociedad a través del logro, sea de un mayor conocimiento de sus deberes y una mayor capacidad de resistencia a los estímulos criminosos, sea el reconocimiento de su culpabilidad o de los errores cometidos en el pasado."⁸²
- L) Remisión Parcial de la Pena.- Beneficio de libertad anticipada que permitía disminuir el tiempo de ejecución de la pena privativa de libertad, al reducirle al sentenciado un día de prisión por cada dos días de trabajo, siempre que éste se hubiere conducido con buena conducta, participara regularmente en las actividades educativas organizadas por el Centro

⁸¹ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge.- "Reinserción social y función de la pena", artículo difundido en la página del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, (22 de julio de 2019) visible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3169/7.pdf>, página 70

⁸² *Idem*

Penitenciario y revelara por otros datos su efectiva reinserción social a juicio del Consejo Técnico Interdisciplinario, salvo las excepciones establecidas en la propia Ley de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

M) Sistema Penitenciario.- Conjunto de normas jurídicas y de instituciones del Estado que tiene por objeto la supervisión de la prisión preventiva y la ejecución de sanciones penales, así como de las medidas de seguridad derivadas de una sentencia, el cual está organizado sobre la base del respeto de los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción de la persona sentenciada a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir.⁸³

3.2. MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL

A partir de la reforma constitucional de 2008, nuestro país se ha visto inmerso en una dinámica de cambios sustanciales en su normatividad sustantiva, adjetiva y de ejecución de penas y medidas de seguridad, la cual no es ajena a las propuestas dogmáticas que en las últimas décadas han surgido respecto del papel que el derecho penal debe cumplir en nuestro mundo actual.

La política criminal no ha sido ajena a estos nuevos paradigmas, por lo que ha experimentado cambios sustanciales en su concepción, los cuales hasta el día de hoy no estaríamos en posibilidad de determinar su alcance, ya que aún nos encontramos en proceso de construcción del nuevo modelo de justicia penal; sin embargo, sí coincidimos con quienes afirman que ésta transformación deberá sustentarse en un enfoque humanista que reconozca al delincuente como persona, y garantice el respeto de su dignidad y derechos como tal.

A continuación haremos una breve referencia a los modelos de política criminal que han sido aplicados en las últimas décadas.

⁸³ Ley Nacional de Ejecución Penal, artículo 3, fracción XXIV

3.2.1. MODELO GARANTISTA

Hacia finales de la década de los ochentas, 1989 para ser exactos, Luigi Ferrajoli publicó su obra "*Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*", que generó un gran interés en la comunidad internacional, al tiempo de propiciar el debate en el campo dogmático-jurídico.

En su obra, Ferrajoli señaló que el vocablo *garantismo* puede ser entendido bajo las siguientes acepciones:

- a) Un modelo de Estado de derecho.- Presentándolo como una alternativa para enfrentar las insuficiencias del Modelo Liberal del Estado de Derecho, que –en su opinión- no había logrado satisfacer las desigualdades sociales y económicas, hacía necesario revisar los alcances de la legalidad, y se encontraba enmarcado dentro de un concepto decadente de soberanía.
- b) Una propuesta de Teoría General de Derecho.- Concebido como una superación de los reduccionismos iusnaturalistas y positivistas del derecho.

Al sumar ambas acepciones se constituiría el axioma distintivo del *garantismo*: "*El derecho como garantía de limitación al poder*"⁸⁴. Los postulados relacionados con la política criminal son:⁸⁵

- Como instrumentos de intervención social la norma y la sanción tiene una eficacia limitada, sus efectos sólo son perceptibles cuando los objetivos de éstos coinciden y se relacionan dentro de un contexto más amplio con los de otros subsistemas de control social general, como: familia, escuela, comunidad, medio laboral, relaciones sociales y opinión pública. Sólo así, habrá la garantía de que la intervención penal condicionará los comportamientos sociales.

⁸⁴ MORENO CRUZ, Rodolfo.- "El Modelo Garantista de Luigi Ferrajoli", publicado en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XL, número 120, septiembre-diciembre de 2007, pp. 825-852.

⁸⁵ Información obtenida de la Página Web de la Suprema Corte, en el rubro de cursos de derecho penal, consultable en <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/LECTURA%201%2C%20MODULO%20I.pdf>

- Reduce el ámbito de actuación del derecho penal a la tutela de los presupuestos más esenciales para la convivencia social, destacando la naturaleza especialmente aflictiva de la sanción penal, la cual estima superior con respecto a cualquier otro medio de intervención social.
- Manifiesta su desconfianza en el ejercicio del poder sancionatorio, al señalar que éste no ha sido equilibrado por parte de los poderes públicos.
- Coloca la protección del delincuente, y del ciudadano potencial o presuntamente delincuente, en el mismo plano de tutela ante posibles abusos y arbitrariedades del Estado punitivo. Lo anterior, explica las estrictas exigencias que deben satisfacer los poderes públicos al establecer los comportamientos delictivos y las penas, así como en el momento de la ejecución de las sanciones impuestas.

Para apreciar con mayor claridad la forma en que el modelo garantista fue acogido en nuestro País, específicamente como política pública en materia de administración de justicia, a continuación se analizará una tesis de jurisprudencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en el año 2012 se pronunció en contra de considerar como un antecedente penal para una persona adulta, la conducta antisocial realizada por ésta durante su minoría de edad; refiriendo que la reforma al artículo 18 constitucional había tenido por finalidad acoger la tendencia internacional ejercida por el garantismo en la que se reconoce al adolescente no sólo como titular de derechos, sino también de obligaciones, deberes y responsabilidades, dejando atrás el tutelarismo en el que se le consideró como un extraviado o delincuente de primera ocasión (primodelincuente), ya que tal circunstancia en lugar de prevenir la realización de nuevas conductas, había provocado que desarrollara **pautas permanentes** de comportamientos indeseables.

“Época: Novena Época
Registro: 160265
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1
Materia(s): Constitucional, Penal
Tesis: 1a. I/2012 (9a.)
Página: 666

SISTEMA INTEGRAL DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES. ES CONTRARIO A LA LEY SUPREMA CONSIDERAR COMO ANTECEDENTE PENAL DE UNA PERSONA, EN UN PROCESO PENAL FEDERAL PARA ADULTOS, UNA CONDUCTA ANTISOCIAL QUE COMETIÓ CUANDO CONTABA CON DIECISÉIS AÑOS Y ESTABA EN VIGOR EL TEXTO DEL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, REFORMADO Y ADICIONADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 12 DE DICIEMBRE DE 2005.

La citada reforma al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, **tuvo como efecto acoger la tendencia internacional generada alrededor de la materia de menores infractores, conforme a la cual debía transitarse del tutelarismo al garantismo** sobre la base de un **sistema de responsabilidad penal, donde el adolescente no sólo es titular de derechos reconocidos y garantizados, sino también de obligaciones, deberes y responsabilidades**. Dicha reforma se sustentó en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo modelo de justicia sirvió para desarrollar el nuevo sistema aplicable, y se inspiró en instrumentos internacionales como las Directrices de Riad, en las que se **sostuvo, como aspecto de prevención del delito, que calificar a un joven como extraviado, delincuente o primodelincuente, a menudo contribuye a que desarrolle pautas permanentes de comportamiento indeseable**. Así, el carácter penal de este nuevo sistema quedó definido constitucionalmente, en cuanto a que las únicas conductas que son objeto de aquél son exclusivamente las tipificadas en las leyes como delitos, distinguiéndose el derecho penal de adolescentes del de adultos, en cuanto a que, en aquél, **el fin de las sanciones origina un derecho penal educativo o de naturaleza sancionadora educativa**, no así en el segundo. En efecto, **el principio sancionador educativo, característico del sistema de justicia para adolescentes, es una consecuencia del principio de interés superior y de protección integral de la infancia**; por tanto, **la diferencia** entre el sistema de justicia penal para adolescentes y el de adultos **radica en una cuestión de intensidad, donde se privilegia el aspecto educativo y de reinserción familiar respecto del punitivo de las acciones** que, por cierto, son de proporciones distintas a las de los adultos. De ahí que los antecedentes penales de los menores también deben verse en un contexto diferente al de los adultos, lo que se explica

considerando que los fines perseguidos en el sistema de justicia para adolescentes son básicamente educativos y de inserción familiar. Lo anterior es así, porque la interpretación constitucional de la citada reforma es en el sentido de que **los registros de antecedentes delictivos de los adolescentes durante esa etapa no pueden considerarse como los de los adultos, ya que la reforma dio pauta a considerar un aspecto sancionador modalizado respecto de sus conductas ilícitas.** En ese tenor, la reforma al indicado artículo 18 constitucional debe interpretarse en el sentido de que es contrario a la Ley Suprema considerar como antecedente penal de una persona, en un proceso penal federal para adultos, una conducta antisocial que cometió cuando contaba con dieciséis años y estaba en vigor dicho texto constitucional.

Amparo directo en revisión 938/2011. 8 de junio de 2011. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Horacio Nicolás Ruiz Palma.⁸⁶

Pese a sus postulados liberales de este modelo, en la actualidad el criterio de los órganos jurisdiccionales federales es que resulta insuficiente para interpretar los cambios que se han presentado recientemente dentro del ámbito de la política criminal.

3.2.2. DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO AL MODELO DE SEGURIDAD CIUDADANA.

El catedrático de derecho penal de la Universidad de Málaga, José Luis Díez Ripollés⁸⁷ precisa que el debate original sobre el derecho penal de la sociedad del riesgo, comienza en la constatación de un conjunto de realidades sociales que podrían sintetizarse en tres grandes bloques:

- a) DIFICULTA PARA PREVENIR LA GENERALIZACIÓN DE NUEVOS RIESGOS.- Somos testigos de la forma en que la criminalidad ha extendido sus efectos dañinos prácticamente hacia la totalidad de la comunidad internacional, provocando afectaciones en amplios colectivos que incluso llegan a ser

⁸⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación.- "Semanario Judicial de la Federación" (25 de agosto de 2019), visible en: https://sif.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e100000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=garantismo&Dominio=Rubro.Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=3&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6.1.2.50.7&ID=160265&Hit=2&IDs=2010502.160265.170656&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

⁸⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado." publicado en la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, núm. 07-01, p. 01:1-01:37. (16 de agosto de 2019) Consultable en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>

incuantificables, cuando éstos tienen su origen en el uso de las nuevas tecnologías que por su naturaleza permiten alcanzar, en cuestión de minutos, a personas de muy diversos ámbitos sociales y nacionalidades, cuyas consecuencias colaterales son difíciles de anticipar ya suelen originarse en el conocimiento y manejo de las nuevas tecnologías.

- b) DIFICULTAD PARA ATRIBUIR LA RESPONSABILIDAD DE LOS RIESGOS A PERSONAS DETERMINADAS (INDIVIDUALES O COLECTIVAS): A la anterior, se agrega la dificultad para determinar con la exactitud que exige el derecho penal para su aplicación, la forma en que intervienen los diversos sujetos (físicos o jurídicos) que se han visto involucrados en la ejecución de las conductas criminales, ya que con frecuencia sus actividades se entrecruzan unas con otras, lo que representa todo un reto, no sólo para las autoridades responsables de la prevención de tales conductas, sino además para aquellas que intervienen con fines de su persecución y sanción.

Inclusive, dada la pluralidad de sujetos que intervienen en la comisión de las nuevas conductas criminales –delincuencia organizada y globalizada-, a éstos mismos se les escapa de las manos el control de los riesgos y, por ende el dominio del hecho delictivo, ya que las propias organizaciones criminales tienen previsto la posibilidad de que en cualquier momento alguno de sus integrantes deje de serlo, por lo que han previsto opciones para suplir su intervención a través de otros integrantes, dificultando a la autoridad su labor para determinar en manos de quién está ese control.

Todo lo anterior, plantea el ineludible reto de crear nuevos criterios legales para cumplir las exigencias de imputación de responsabilidad que establece la ley penal, de acuerdo con la distribución de tales riesgos.

- c) PROPAGACIÓN DE UN EXAGERADO SENTIMIENTO DE INSEGURIDAD: Las circunstancias planteadas, han provocado un creciente sentimiento de inseguridad en la sociedad el cual, en algunas ocasiones, pareciera no

corresponder con riesgos reales, sino potenciados por la intensa cobertura mediática de sucesos criminales, provocando que la colectividad se vea imposibilitada para comprender los cambios que se originan como consecuencia de la acelerada transformación tecnológica y acompañar éstos en su vida cotidiana.

Es por ello que –en opinión de Díez Ripóllés- que la percepción social de inseguridad se extiende rápidamente en la sociedad tecnológica moderna, lo cual ha conllevado a la transformación de los valores y relaciones sociales afectando los sentimientos de solidaridad colectiva e impulsando las exigencias de una intervención socio-estatal enfocada en controlar los riesgos y aplacar los temores, para lo cual se ha recurrido al uso de diversos instrumentos, entre ellos la política criminal.

La política criminal aplicada en la *sociedad del riesgo* puede ser diferenciada a partir de cuatro grandes rasgos⁸⁸:

- a) AMPLIACIÓN NOTABLE DE LOS ÁMBITOS SOCIALES OBJETO DE LA INTERVENCIÓN PENAL.- Su pretensión es incidir sobre las nuevas realidades sociales que representan una problemática, y sobre aquellas preexistentes en las que su vulnerabilidad se potenció.

Entre los sectores intervenidos estuvieron los relacionados con la fabricación y distribución de nuevos productos relacionados con el medio ambiente, nuevos ámbitos tecnológicos (nuclear, informático, genético etc.), actividades relacionadas con estructuras de producción y distribución de productos vinculados con procesos para la elaboración y tráfico ilícito de drogas.

- b) SIGNIFICATIVA TRANSFORMACIÓN DEL BLANCO DE LA NUEVA POLÍTICA CRIMINAL.- Los esfuerzos para la persecución de la criminalidad se redirigieron hacia sectores económica y socialmente poderosos, por su capacidad potencial para desarrollar tales conductas delictivas, los

⁸⁸ *Ibidem*, páginas 01:4 y 01:5

cuales hasta ese momento se mantuvieran ajenos de las actividades de investigación e intervención de la justicia penal.

Las nuevas organizaciones surgidas para defender intereses colectivos (protección de grupos vulnerables, de consumidores, ecologistas, protectores de animales, etc.) se constituyeron en el aval de nuevas políticas criminales, facilitando la inserción de la izquierda política en la definición de los programas y propuestas para la criminalización de las actividades lesivas realizadas por “los poderosos”, las cuales pronto alcanzaron el respaldo de las mayorías sociales, que se identificó con las víctimas de los abusos de los socialmente privilegiados.

- c) PREEMINENCIA DE LA INTERVENCIÓN PENAL, EN DETRIMENTO DE OTROS INSTRUMENTOS DE CONTROL SOCIAL: El derecho penal se concibe, por su contundencia y capacidad socializadora, como el más eficaz de los instrumentos para prevenir conductas que, previamente a través de otras medidas de política -económicas o sociales-, no habían sido posibles de controlar, de manera que se recurre a él como un instrumento de control social, ignorando la finalidad del principio de subsidiariedad penal que desde años atrás se pretendía privilegiar.

Lo anterior, provocó la necesidad de que los contenidos del derecho sustantivo y adjetivo penal se adaptaran a fin de responder a las dificultades que planteaba la persecución de las nuevas formas de criminalidad.

El derecho penal impulsado por esta política criminal observó las siguientes características esenciales:

- a) Incremento en la criminalización de comportamientos para la protección de bienes jurídicos de naturaleza colectiva, preconizando las funciones sociales del derecho penal en detrimento de los referentes individuales.
- b) Predominio de tipos penales de estructura simple o de mera actividad, ligados a resultados de peligro o de lesión ideal del bien jurídicamente

- tutelado; disminuyendo los tipos penales que exigían un resultado material.
- c) Anticipación de la intervención penal tipificando conductas que antes se encontraban dentro del campo del derecho administrativo, civil o mercantil, penalizando conductas consideradas como actos preparatorios.
 - d) Modificaciones al sistema de imputación de responsabilidad y al conjunto de garantías penales y procesales, en detrimento del principio de seguridad jurídica por la menor exigencia de precisión en la descripción de los comportamientos típicos, así como el uso frecuente de la técnica legislativa de las leyes en blanco a fin de facultar al legislador para que realice una interpretación amplia sobre la lesividad real o potencial de daño de ciertos comportamientos, como los delitos de tendencia y apologías del delito; además se revaloriza el principio de disponibilidad del proceso, mediante la acreditación del principio de oportunidad procesal y de las conformidades entre las partes, entre otras.

Frente a las demandas de la sociedad del riesgo respecto a las nuevas formas de criminalidad, surgió la opinión de estudiosos que advirtieron la necesidad de incluir a quienes poco tenían que ver con los riesgos tecnológicos, tales como los miembros de los sectores delincuenciales tradicionales para los cuales la tecnología no les representaba relevancia alguna para continuar con sus actividades, entre ellos los delitos de narcotráfico y terrorismo, además de excluir a aquellas personas olvidadas por el modelo de bienestar social (desempleados, inmigrantes, adictos, discapacitados etc.) quienes además señalaban que el debate sobre la criminalidad continuaba excluyendo a los grupos poderosos de las conductas criminales, por lo que la política criminal seguiría enfocada en los integrantes de los grupos marginados, como destinatarios de la persecución penal.

Frente a la política criminal propuesta por la sociedad del riesgo, surgió el modelo de la seguridad ciudadana bajo equiparaciones conceptuales que indicaban

que el anterior modelo se construyó bajo términos equívocos al tratar como realidades idénticas a condiciones sociales que tenían caracteres muy distintos e, incluso, contrapuestos, procurando la protección de las clases económicamente débiles bajo el credo de la seguridad ciudadana, inspirado en el ideal de una mejor protección para los sectores sociales menos desfavorecidos, a costa de incidir primordialmente sobre la delincuencia de los socialmente privilegiados.

3.2.3. MODELOS PENALES INSPIRADOS EN LA SEGURIDAD CIUDADANA

3.2.3.1. MODELO RESOCIALIZADOR

Entre los 60's y 70's del siglo XX el *modelo resocializador* influenció a los ordenamientos jurídicos de países anglosajones como Estados Unidos y Gran Bretaña, éste tenía su principal impulso en la "*ideología del tratamiento*" afirmando que la legitimación del derecho penal provenía de su capacidad para resocializar al delincuente; sin embargo, ésta ideología no era nueva, le precedían una larga tradición que provenía desde la segunda mitad del XIX con los correccionalistas españoles y los positivistas italianos, las escuelas intermedias de Italia y Alemania desarrolladas en las décadas de los 20's y 30's, así como las teorías de la defensa social que florecieron entre los 40's y 50's en Italia y Francia.

Por más de dos décadas (60's y 70's), los países se esforzaron para hacer coincidir su modelo de intervención penal con el ideario que proponía el modelo de resocialización, determinando a la reintegración social del delincuente como su nueva política criminal; se cuestiona entonces los efectos preventivos generales de la pena, pasando a un segundo plano el enfoque intimidatorio o de inocuización del delincuente que se sustentaba en las propuesta de Franz Von Liszt sobre la prevención especial.

Para lograr su objetivo resocializador, las legislaciones penales suprimieron algunas cautelas que provenían del derecho penal clásico, tales como tomar en cuenta las referencias del hecho concreto al momento de determinar la responsabilidad del delincuente, y poner especial atención en los condicionamientos personales y sociales que motivaron al delincuente para realizar su conducta. Se

generaliza la aplicación de penas de duración y contenido indeterminados, las cuales quedaron condicionadas a la evolución del delincuente en su tratamiento.

La pena de prisión se constituye en el marco espacial y regimental ideal para la reeducación del delincuente, pero desprovista de los componentes aflictivos o características similares, correspondiendo a un “grupo de expertos en el comportamiento humano” la facultad de determinar las necesidades del tratamiento del sentenciado.

El abordaje de la delincuencia en cuanto a su combate se encomienda a un grupo de profesionales en las policías, las procuradurías y los tribunales; en tanto que el tratamiento del delincuente en prisión le corresponderá a órganos técnicos integrados por profesionales en ciencias de la salud y del comportamiento humano a quienes se les encomienda buscar los medios más eficaces para alcanzar la reintegración social del delincuente. El tiempo de aplicación de este modelo en la ejecución de las penas fue relativamente corto, debido a los siguientes motivos:

- a) Las técnicas de tratamiento aplicadas en él para la resocialización del delincuente fueron ineficaces, provocando muy pronto el desánimo general y de quienes fueron eran sus promotores.
- b) En corto tiempo se desarrolló una percepción general de que el énfasis que éste modelo ponía en la resocialización, sólo constituía una cortina de humo que pretendía ocultar las responsabilidades que tenía los órganos de seguridad y justicia, así como algunos sectores de la sociedad en la proliferación de la delincuencia, e incluso en la propia determinación de lo que debería ser considerada como tal.
- c) Resurgen así las voces del garantismo que cuestionan la legitimidad del modelo por su enérgica injerencia sobre los derechos y la personalidad del delincuente, para exigir que se restablezcan las garantías del sentenciado para que el tratamiento se relacione exclusivamente con su responsabilidad por el hecho ejecutado, de manera que la pena tenga una duración determinada y no quede al arbitrio de la autoridad judicial ni de la autoridad encargada del tratamiento penitenciario.

- d) Se genera una discusión dogmática sobre las verdaderas pretensiones perseguidas por la resocialización, ya que con frecuencia no sólo buscaban asegurar el acatamiento futuro de la norma por el delincuente, sino que aspiraban a modificar profundamente su personalidad.

Bajo este escenario, los efectos socio-personales de la pena relativos a sus fines de prevención general y especial (en ambos casos intimidatorios) recuperan su prestigio; de tal forma que para la prevención general se promueve la creación de catálogos de penas que guarden una proporción con la gravedad de la conducta, manteniendo al margen de las características del delincuente, en cuanto a la prevención especial la propuesta incluye olvidar la exigencia de proporcionalidad de la pena cuando se esté ante delincuentes reincidentes, ya que el tratamiento de éstos exige de condenas largas en prisión que incluso podrían ser ajenas a la evolución del sentenciado durante su tratamiento.

3.2.3.2. MODELO DE TOLERANCIA CERO

Conocido también como el "Modelo Giuliani" o "Modelo Nueva York", comenzó a aplicarse por Rudolph Giuliani en su periodo como alcalde de la ciudad norteamericana de Nueva York, entre 1994 y 2001, alcanzando fama internacional porque logró reducir los altos índices de criminalidad que abatían a esta ciudad.

Éste se fundamenta en la tesis de control social conocida con la "Teoría de las Ventanas Rotas", que para algunos⁸⁹ surgió en 1982 con la publicación de un artículo autoría de Georges Kelling y James Wilson dentro de la revista *The Atlantic Monthly*, en el plantearon los principios de la Teoría de Las Ventanas Rotas, utilizando el término de "tolerancia cero" para definir la solución propuesta, el cual a su vez tomaron de la "*Safe and Clean Neighborhoods Act*" (Ley de Vecindarios Seguros y Limpios) que fue creada en Nueva Jersey en 1973.

El Modelo trata de explicar la relación que se presenta entre la aparición de desórdenes y el surgimiento de la delincuencia, cuando se permite que en un lugar

⁸⁹ Otros atribuyen la creación de esta Teoría al Profesor Phillip Zimbardo de la Universidad de Stanford, ubicando su surgimiento en el año de 1969, quien realizó un experimento con dos vehículos en los barrios del Bronx, Nueva York y de Palo Alto, California.

exista una sola ventana rota que permanezca sin arreglarse, ya que esto manda el mensaje a los posibles infractores de que ni la policía, ni los habitantes del lugar tiene un interés por conservar en buenas condiciones su comunidad; lo que con el tiempo provocará que a la ventana rota se le sumen otros signos de desorden y vandalismo como pintas en las paredes, proliferación de basura y vehículos en abandono, entre otros, ocasionando un proceso de deterioro gradual de la vida en comunidad.

La manera en que el Modelo de las Ventanas Rotas se hizo extensivo hacia la seguridad ciudadana, fue a través dos postulados:

- a) Si el responsable de una infracción no es condenado inmediatamente, se le incita a reincidir.
- b) Si los responsables de infracciones no son condenados cada vez con toda la severidad de la ley, pasarán progresivamente de los pequeños delitos hacia los grandes crímenes.

Las políticas de tolerancia cero, afirman que las acciones destinadas al continuo de mantenimiento del orden son la clave para lograr reducir la incidencia de los delitos graves; por lo anterior, centran su atención en los pequeños delitos y conducta menores que perturban al orden público, al sostener que las acciones de la autoridad destinadas a combatirlos producen efectos positivos que se manifiestan directamente en la reducción de otras formas de delincuencia más graves.

Pese a la exitosa aplicación de este modelo en Nueva York, que permitió reducir la tasa de homicidios a su nivel más bajo en casi cien años, se considera que éste tiene los siguientes fallos:

- a) Faculta a la policía para que discrecionalmente identifique y reaccione frente a lo que considere como desórdenes sociales.
- b) Adolece de una definición sistemática de lo que debe entenderse como desorden, por lo que las autoridades de la policía tienen amplias facultades para clasificar como tal casi a cualquier cosa que consideren como una amenaza.

- c) Promueve el autoritarismo, ya que si bien permite la reducción de los índices de delincuencia, a la par puede producir el incremento de quejas relacionadas con el abuso de las autoridades, el acoso de la sociedad por los integrantes de las fuerzas encargadas de la seguridad pública e interior, así como el aumento de quejas por violaciones a los derechos humanos.

Cabe mencionar que bajo el argumento de proteger los intereses de la comunidad a través de la aplicación de una política de Tolerancia Cero, se siguen cometiendo innumerables abusos en contra de los sujetos a quien se dice proteger; un ejemplo reciente de su aplicación lo podemos encontrar en los Estados Unidos de Norteamérica, con la actual política de contención migratoria.

3.2.3.3. MODELO “LA TERCERA ES LA VENCIDA”

Tiene su origen en el Estado de California, EE.UU., proviene de la propuesta realizada por el padre de una víctima de homicidio, que con posterioridad al crimen se integró a un grupo de familiares de víctimas, caracterizándose por proponer el incremento de la pena en atención a la reincidencia criminal del sujeto.

Establece que ante la comisión de un segundo delito -cualquiera que éste haya sido-, el Juzgador debe imponer al responsable una pena que entrañe la duplicación de la que se encuentre prevista para el delito cometido, y en el caso de incurrir en un tercer delito, toda persona debe ser obligatoriamente condenada a una pena privativa de libertad que va desde una mínima de 25 años hasta la reclusión en perpetua; sin la posibilidad de obtener un beneficio de libertad provisional antes de cumplir al menos con el 80% de la pena, si esta no implicó la prisión perpetua, sin embargo no precisa qué delitos deben ser considerados como violentos o graves.

La iniciativa tuvo el respaldo de grupos de víctimas y familiares de éstos, así como de otros grupos de presión como la asociación de funcionarios de prisiones, de potenciales víctimas y la asociación nacional del rifle, sin haber alcanzado el consenso necesario hasta que ocurrió el asesinato de una menor de 12 años, que fue raptada y violada, provocando una gran indignación social y el

interés de los medios de comunicación del país por la afectación causada a una familia típica de clase media, esto provocó que la propuesta de la ley fuera retomada debido a que el autor del delito era un delincuente reincidente por crímenes violentos el cual se encontraba bajo libertad condicional.

A lo anterior se agregó el interés político, ya que el Gobernador de California se encontraba en campaña para su reelección, por lo que estableció el compromiso de que en el caso de ser reelecto, trabajaría por la aprobación de ésta ley; en marzo de 1994, la Asamblea Legislativa del Estado de California autorizó la Ley, misma que no tuvo que cumplir con ningún proceso de análisis por expertos o profesionales en justicia penal, ni siquiera las fuerzas parlamentarias la discutieron, por lo que se interpreta como una norma creada como consecuencia del contexto político-social.

3.3. POLÍTICA CRIMINAL APLICADA EN MÉXICO PARA EL TRATAMIENTO DE LOS SENTENCIADOS A PRISIÓN. (ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL)

Los especialistas en derecho constitucional señalan que la Revolución de 1917 significó la transición de un Estado Liberal hacia un Estado Social-democrático, la cual se también vio reflejada en la política criminal relativa a la ejecución de las sanciones penales, estableciendo como finalidad del sistema penitenciario la *regeneración* del sentenciado en los términos siguientes:

“Art. 18.- Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El lugar de ésta será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas.

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal –colonias penitenciarias o presidios- **sobre la base del trabajo como medio de regeneración.”**

En esta época el delincuente fue considerado como un degenerado social, una persona ética y moralmente mala, razón por la cual se determinó que su tratamiento debería orientarse a su regeneración.

En la aplicación de la pena se siguen los lineamientos establecidos por el *derecho penal de autor*, el cual asume como factores para la justificación de la pena

las características personales del inculpado, al cual denomina delincuente relacionándolo con la categoría de persona desviada, enferma, desadaptada, ignorante, entre otros calificativos, con los cuales busca impactar sobre el criterio del juzgador para la imposición, aumento o disminución de la pena.

Bajo la tesis del derecho penal del autor, la pena se aplica como castigo tomando como referencia sus cualidades morales, personalidad o comportamiento precedente frente a la sociedad, de manera que con su tratamiento se busca curarlo, rehabilitarlo, reeducarlo, sanarlo, normalizarlo o modificar coactivamente su identidad.

La política criminal pretende corregir al individuo "peligroso" o "patológico", con la justificación de que ello es para su beneficio, de tal manera que el quantum se encuentra determinado por el grado de disfuncionalidad que se perciba en el sujeto.

Este modelo de tratamiento penal tiene como premisa la existencia de una asociación lógico-necesaria entre el "delincuente" y el delito, de tal manera que asume que quien ha delinquido tiene altas probabilidades de volverlo a hacer en el futuro, por lo que asume que el Estado –entiéndase los órganos del Poder Público– están legitimados para imponer el castigo por la ausencia de determinadas cualidades o virtudes en la persona, de manera que se siguen los lineamientos de las *teorías correccionalistas*, en las cuales en el fondo del delito se encuentra la personalidad del delincuente, de manera que la pena tiene por finalidad el corregirlo aplicándole un tratamiento progresista.

Durante 48 años se observó este criterio, hasta que el 23 de febrero de 1965 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una reforma a este dispositivo, que modificó la finalidad del tratamiento en prisión, instituyéndose ahora como política criminal la finalidad del tratamiento de *readaptación social* en los términos siguientes:

“Art. 18.- Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, **sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente**. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Los Gobernadores de los Estados sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.”

Bajo el enfoque de la Readaptación Social el delincuente fue ahora concebido como una persona psicológicamente desviada, por lo que debería ser sujeto de un tratamiento en prisión en el cual se le limitaría y privaría de algunos sus derechos, como la libertad personal y algunos derechos de naturaleza político-civil.

Con la política criminal de Readaptación Social, se busca proveer al sujeto de los medios necesarios para que pueda elegir por la conducta debida y tener un comportamiento lícito, para lo cual se agregan al trabajo, la capacitación para el trabajo y la educación, como medios para alcanzar la adaptación del delincuente a la vida en sociedad.

La aplicación de la pena de prisión se generaliza y fortalece, por considerarse que ésta representa el lugar ideal para el tratamiento del *inadaptado social*, a lo cual se agrega la prisión preventiva como medida de seguridad para la protección del grupo social contra la peligrosidad del delincuente, lo cual provoca sobrepoblación en los establecimientos penitenciarios, imposibilitando que las actividades destinadas al de tratamiento sean personalizadas, hay que en el mejor de los casos fueron generales, y en muchos otros el esfuerzo de la autoridad penitenciaria sólo se dedicó al tema de la custodia para impedir que los reclusos se evadieran a la acción de la justicia, a grado tal que en el periodo constitucional del Presidente Felipe Calderón Hinojoza, se reconoció que los establecimientos penitenciarios se habían convertido en las “Universidades del Crimen”, lo cual

justificó la necesidad de impulsar la reforma constitucional en materia de seguridad pública y justicia penal en el año 2008.

En 1971 se expidió la *Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados*, misma que dio origen al derecho penitenciario mexicano.

Esta política criminal de tratamiento de Readaptación Social, se mantuvo vigente durante 46 años, hasta que en el marco de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, se reformó nuevamente el dispositivo constitucional para establecer como nueva política criminal a la *Reinserción Social*; estas fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 10 de junio de 2011, quedan el dispositivo en los siguientes términos:

“Art. 18.- Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios para que los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa.

La Federación y las entidades federativas establecerán en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia para los adolescentes...”

Esta transformación de la Política Criminal formó parte de las reformas constitucionales en materia de derecho humanitario que además incluyó a los numerales 1°,3°, 11, 15 y 29 del apartado dogmático.

Su finalidad fue adecuar el sistema penitenciario nacional a los estándares del sistema internacional de derechos humanos – como el caso de los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)-, fortaleciendo una visión humanista en el tratamiento de reinserción social; además implicó dar continuidad a las acciones legislativas destinadas a la actualización del marco legal aplicable en materia de justicia penal, iniciadas en 2008 con la reforma constitucional en la materia.

Previo a la reforma, la política criminal predominante en el contexto nacional –Federal y Estatal- justificaba la aplicación generalizada de la privación de libertad como medida de seguridad y como pena, de manera que ésta constituía la forma más común de respuesta institucional frente al delito, acrecentando el catálogo de delitos graves que ameritaban la detención preventiva del probable responsable durante el procedimiento penal, lo cual se constituyó no sólo en una medida de prevención general colectiva, sino además en el detonante que provocó sobrepoblación penitenciaria con altos costos económicos y sociales, dificultando –por no decir imposibilitando- la capacidad de las instituciones penitenciarias para cumplir los fines del tratamiento en prisión.

Tres años antes, la reforma constitucional al sistema de justicia penal habría sentado las bases para impulsar la corresponsabilidad del gobierno y sociedad en el fomento de una nueva cultura de legalidad (prevención general positiva) como política pública destinada a prevenir y combatir el delito, en ésta se estableció el compromiso de incorporar en la legislación adjetiva penal la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias y de otras formas anticipadas de terminación del proceso penal, reconociendo que la aplicación generalizada de la reclusión no había cumplido su objetivo de prevenir el delito, que contrario a ello, paradójicamente se había constituido en un detonante de su incremento por las constantes violaciones a los derechos humanos de los internos, desencadenando confrontaciones y enconos entre la sociedad y los reclusos, quienes al salir de prisión ya no se sentían identificados con la colectividad, y quienes pretendían reintegrarse a ella eran constantemente rechazados.

A manera de ejemplo, en octubre de 2010 la entonces Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, señaló en una de sus publicaciones, relacionada con el tema de la reforma al sistema de justicia penal y derechos humanos⁹⁰, que en momento en la ciudad de México la cifra global de sobrepoblación en las cárceles rebasaba el 70%, ocasionando que las y los internos enfrentaran condiciones de vida indignas, además de recibirse recurrentemente denuncias relacionadas con:

“...casos de tortura; hacinamiento; suministro insuficiente de agua; negligencia y falta de atención médica; desabasto de alimentos; negativa y suspensiones de visitas familiar e íntima; discrecionalidad en el otorgamiento de los beneficios de libertad anticipada; conflictos en las zonas de aislamiento, etcétera.”⁹¹

Entre los principales alcances de esta reforma, destaca la aplicación de una nueva política criminal en la cual la finalidad de la pena de prisión ya no sería la readaptación sino la *Reinserción Social*, lo que implicó no sólo cambiar una palabra, sino todo un paradigma en el tratamiento jurídico-penal del sujeto activo del delito.

Entre las aportaciones más importantes de este modelo de política criminal destacan las siguientes:

- a) Adopción del *derecho penal del acto* como nuevo criterio jurisdiccional para la individualización de la pena, bajo el cual la pena no se fundamenta en una idea rehabilitadora, ni busca el arrepentimiento del infractor; por el contrario, lo reconoce como un sujeto de derechos y, bajo esa medida, presupone que éste puede y debe hacerse responsable de sus actos.

La forma en que el sujeto responsable enfrente su responsabilidad penal dentro del ámbito personal, queda fuera del ejercicio del poder sancionador del Estado.

⁹⁰ Revista de derechos humanos “*defensor*”, órgano de difusión oficial de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Número 10, año VIII, octubre de 2010.

⁹¹ *Ibidem*, página 3.

Al respecto, el Máximo Tribunal de Justicia de nuestro País, ha pronunciado su posicionamiento respecto de la aplicación del derecho penal del acto en la siguiente tesis de jurisprudencia:

“Época: Décima Época
Registro: 2011648
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Jurisprudencia
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 30, Mayo de 2016, Tomo II
Materia(s): Penal
Tesis: 1a./J. 19/2016 (10a.)
Página: 925

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PENAL DEL ACTO PROHÍBE LA POSIBILIDAD DE QUE LOS ANTECEDENTES PENALES, ENTENDIDOS EN SENTIDO AMPLIO, SEAN CONSIDERADOS POR EL JUZGADOR PARA GRADUAR LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA SENTENCIADA.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las tesis jurisprudenciales 1a./J. 19/2014 (10a.), de rubro: "DERECHO PENAL DEL AUTOR Y DERECHO PENAL DEL ACTO. RASGOS CARACTERIZADORES Y DIFERENCIAS." y 1a./J. 21/2014 (10a.), de rubro: "DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 1o., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO).", explicó las razones por las cuales **-a partir de una interpretación sistemática de diversos principios constitucionales-** es posible concluir que cuando **los juzgadores** se encuentran en condiciones de hacer uso de su prudente arbitrio para individualizar la pena, **deben rechazar la posibilidad de ponderar la supuesta peligrosidad de la persona, así como cualquier prejuicio sobre alguna supuesta proclividad al delito, bajo la idea de que la persona cuenta con antecedentes penales. Las personas solamente pueden ser sancionadas por la comisión de conductas penales establecidas previamente en la ley; nunca con apoyo en juicios de valor sobre su personalidad.** Sin embargo, el término "antecedentes penales", entendido en sentido amplio -y que aplica para esta clase de valoraciones constitucionalmente vedadas- **debe distinguirse del concepto de "reincidencia", mismo que el legislador puede utilizar expresamente como criterio para elevar el parámetro de punibilidad de acuerdo con la jurisprudencia 1a./J. 80/2013 (10a.), de rubro: "INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. LOS ANTECEDENTES PENALES DEL SENTENCIADO QUE LLEVEN A CONSIDERARLO COMO REINCIDENTE, DEBEN TOMARSE EN CUENTA PARA FIJAR LA PUNIBILIDAD."**

Contradicción de tesis 298/2014. Entre las sustentadas por el Quinto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito. 18 de noviembre de 2015. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Mayoría de cuatro votos de los Ministros José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en cuanto al fondo. Disidente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Patricia del Arenal Urueta.

Tesis y/o criterios contendientes:

El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, al resolver el juicio de amparo directo 86/2012, sustentó la tesis aislada III.2o.P.15 P (10a.), de rubro: "INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. SI PARA DETERMINAR EL GRADO DE CULPABILIDAD SE TOMAN EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL SENTENCIADO SE CONTRAVIENE SU DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD Y, POR TANTO, EL DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).", publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVI, Tomo 3, enero de 2013, página 2069, con número de registro digital: 2002539.

El Quinto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, al resolver el juicio de amparo directo 400/2014, determinó que conforme a la fracción VI del artículo 69 del Código Penal del Estado de Baja California, para imponer una pena, el juzgador debe ponderar tanto las circunstancias que rodearon el evento delictivo, como los aspectos personales del sujeto activo, dentro de los cuales incuestionablemente se encuentran los antecedentes penales, al ser estos factores los que, en el caso concreto, revelan que el sentenciado se mostró renuente a reincorporarse a la sociedad al, ser considerado como reincidente.

Nota: Las tesis de jurisprudencia 1a./J. 19/2014 (10a.), 1a./J. 21/2014 (10a.) y 1a./J. 80/2013 (10a.) citadas, aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 14 de marzo de 2014 a las 9:53 horas, del viernes 21 de marzo de 2014 a las 11:03 horas y del viernes 6 de diciembre de 2013 a las 6:00 horas, y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 4, Tomo I, marzo de 2014, páginas 374 y 354, y Libro 1, Tomo I, diciembre de 2013, página 353, respectivamente.

Tesis de jurisprudencia 19/2016 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha dieciséis de marzo de dos mil dieciséis.

Esta tesis se publicó el viernes 20 de mayo de 2016 a las 10:20 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 23 de mayo de 2016, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.⁹²

⁹² Suprema Corte de Justicia de la Nación.- "Semanario Judicial de la Federación" (26 de agosto de 2019), visible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/ResultadosV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=INDIVIDUALIZACION%20DE%20LA%20PENA.%20DEL%20PARADIGMA%20CONSTITUCIONAL%20DEL%20DERECHO%20PENAL%20DEL%20ACTO%20PROHIBE%20LA%20POSIBILIDAD%20DE%20QUE%20LOS%20ANTECEDENTES%20PENALES&Dominio=Rubro.Texto&TATJ=2&Orden=1&Clase=TesisBL&bc=Jurisprudencia.Resultados&TesisPrincipal=TesisPrincipal&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&Hits=20>

Respecto a los razonamientos por los cuales la Suprema Corte previamente señaló que la Ley Suprema se había decantado por el paradigma del derecho penal del acto, a continuación se hace referencia a los argumentos que fueron expresados en la Jurisprudencia 21/2014 de la 1ª Sala, correspondiente a la 10 época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación en fecha de 21 Marzo de 2014, bajo el rubro "DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 1o., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO"

I.El artículo 1o. constitucional protege la dignidad humana como condición y base de todos los derechos humanos, por lo que al proteger la autonomía de la persona, rechaza cualquier modelo de Estado autoritario que permita proscribir ideologías o forzar modelos de excelencia humana a través del uso del poder punitivo.

Por ende, el derecho penal no puede sancionar la ausencia de determinadas cualidades o la personalidad, porque está limitado a juzgar actos.

II.El principio de legalidad tutelado en el artículo 14, tercer párrafo, establece que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Por lo que el derecho penal sólo puede prohibir la comisión de conductas específicas y no la personalidad del sujeto activo; por lo que sólo el acto prohibido puede motivar la aplicación de la sanción.

III.En el artículo 18, segundo párrafo, constitucional se sustituye el concepto de "readaptación" por el de "reinserción", de manera que la pena adquiere nuevas connotaciones, al eliminar la posibilidad de

que el sistema penal opere bajo la premisa de que el sujeto activo del delito es un desadaptado, decantándose por un derecho penal sancionador de delitos, no de personalidades.

Así, el abandono del término "delincuente" también exhibe la intención del constituyente permanente de eliminar cualquier vestigio de un "derecho penal de autor", permisivo de la estigmatización de quien ha cometido un delito.

IV. Finalmente, el artículo 22, primer párrafo, prohíbe la aplicación de penas inusitadas o trascendentales, reafirmando la prohibición para que en el ejercicio del derecho punitivo se aplique cualquier consideración vinculada con etiquetas a la personalidad del sujeto infractor.

- b) Reconoce y protege los derechos humanos del individuo sentenciado a cumplir una pena privativa de libertad, al concebirlo como una persona que forma parte del grupo social.
- c) La víctima asume un papel protagónico en el derecho penal, como el sujeto directamente afectado por el delito, de manera que la sociedad pasa a un lugar secundario dentro del drama penal; ahora en los delitos de menor impacto, se privilegia la reparación de los daños y perjuicios por encima de la pena privativa de libertad, que por años fue aplicada como un mecanismo de protección social frente al delincuente.

En mayo de 2013, se publica en el Diario Oficial de la Federación la Ley General de Víctimas, obligando a las autoridades de todos los ámbitos de gobierno (federal, estatal y municipal), a sus poderes constitucionales, así como a cualquiera de sus oficinas, dependencias, organismos o instituciones públicas o privadas, a que en el ámbito de sus respectivas competencias, velaran por la protección de las víctimas, proporcionándoles ayuda, asistencia y reparación integral.

La reparación integral comprendería "... las medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición,

en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica”, a favor de la víctima tomando en cuenta la gravedad y magnitud, así como las circunstancias y características del hecho victimizante.⁹³

Respecto a la forma en que el derecho de la víctima a la reparación del daño ha sido privilegiado por los tribunales federales, en relación con la aplicación de otro tipo de penas, resulta pertinente citar las siguientes tesis, en las cuales se hace además evidente el propósito de resolver el problema penal desde sus orígenes a fin de evitar que se constituya en causa generadora de otros delitos.

Las tesis que a continuación se citan, establecen el criterio del Tribunal Colegiado en materias Penal y Administrativa del Vigésimo Segundo Circuito, mismo que tiene su sede en el Estado de Querétaro.

“Época: Décima Época
Registro: 2018355
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 60, Noviembre de 2018, Tomo III
Materia(s): Constitucional, Penal
Tesis: XXII.P.A.46 P (10a.)
Página: 2412

REPARACIÓN DEL DAÑO A LA VÍCTIMA U OFENDIDO POR LA COMISIÓN DE UN DELITO. A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 1o., PÁRRAFO TERCERO, 20, APARTADOS A, FRACCIÓN I, Y C, FRACCIONES IV Y VII, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, 10, 11, 459 Y 461 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, EN RELACIÓN CON LOS DIVERSOS 1, 7 Y 12 DE LA LEY GENERAL DE VÍCTIMAS Y 25, NUMERAL 1, DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, DEBE CONSIDERARSE COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL Y, COMO TAL, SUSCEPTIBLE DE TUTELA OFICIOSA POR LAS AUTORIDADES JURISDICCIONALES.

Los preceptos constitucionales citados imponen a las autoridades jurisdiccionales, en el ámbito de su competencia, el deber de sancionar y reparar las violaciones a derechos humanos en los términos que establezca la ley, y **como propósito del proceso penal acusatorio se establece el relativo a procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen; de manera que el juzgador no puede absolver al sentenciado de**

⁹³ Ley General de Víctimas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2013.

dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria, lo cual puede impugnar la víctima ante la autoridad judicial, si se debe a omisiones o irregularidades del Ministerio Público. En este sentido, los artículos del Código Nacional de Procedimientos Penales mencionados, consagran el principio de igualdad entre imputado y víctima del delito y la posibilidad de tutelar, bajo dicha máxima, los derechos fundamentales de uno y otra, así sea oficiosamente. Por su parte, la Ley General de Víctimas, en los preceptos indicados, establece su aplicación explícita en el proceso penal acusatorio, con independencia del mecanismo alterno de solución de conflicto de que se trate; todo lo cual, guarda conformidad con el parámetro de regularidad convencional establecido en el artículo 25, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por estas razones, no sólo es factible, sino que constituye una obligación del tribunal de apelación, extender el análisis del fallo recurrido más allá de lo planteado en los agravios e, incluso, de los límites del recurso, si advierte la violación a dicho derecho fundamental de la víctima, el cual es considerado así, a la luz del marco normativo apuntado y, como tal, susceptible de tutela oficiosa por las autoridades jurisdiccionales.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL VIGÉSIMO SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 89/2018. 21 de junio de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Mauricio Barajas Villa. Secretaria: Elsa Aguilera Araiza.

Esta tesis se publicó el viernes 09 de noviembre de 2018 a las 10:20 horas en el Semanario Judicial de la Federación.⁹⁴

En esta segunda, se hace mención específica de cómo a través de la reparación del daño, es posible procurar la reinserción social y prevenir que se puedan cometer futuras conductas delictivas por causas relacionadas con problemas de origen familiar:

Época: Décima Época
Registro: 2019255
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 63, Febrero de 2019, Tomo II
Materia(s): Constitucional, Penal
Tesis: XXII.P.A.55 P (10a.)

⁹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación.- "Semanario Judicial de la Federación" (26 de agosto de 2019), visible en: https://sf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=REPARACI%25C3%2593N%2520DEL%2520DA%25C3%2593N%2520A%2520LA%2520V%25C3%258DCTIMA%2520U%2520OFENDIDO%2520POR%2520LA%2520COMISI%25C3%2593N%2520DE%2520UN%2520DELITO%2520A%2520LA%2520LUZ%2520DE%2520LOS%2520ART%25C3%258DCULOS%25201o.%25C3%2581RRAFO%2520TERCERO%25C3%2520O%2520APARTADOS%2520A%25C3%2520FRACCI%25C3%2593N%2520%2520Y%2520C%2520FRACCIONES%2520IV%2520Y%2520VI%25C3%2520DE%2520LA%2520CONSTITUCI%25C3%2593N%2520FEDERAL%25C3%2520I%25C3%25201%25C3%252045%2520Y%2520461%2520DEL%2520C%25C3%2593DIGO%2520NACIONAL%2520&Dominio=Rubro_Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2018355&Hit=1&IDs=2018355&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

Página: 3027

JUSTICIA RESTAURATIVA. CONFORME A ESTE MODELO CONSTITUCIONAL DE REINSERCIÓN SOCIAL, EN EL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE ASISTENCIA FAMILIAR **NO SÓLO DEBE PREVALECEER EL DAÑO PATRIMONIAL, SINO EL PROPÓSITO DE CONSTRUIR LA MEJOR IMAGEN DE LOS PROGENITORES DEUDORES**, POR LO QUE EL ESTADO DEBE PROPORCIONAR FACILIDADES A LOS PARTICULARES EN LA CONSECUCCIÓN DE ESTOS FINES EN FAVOR DE LOS MENORES DE EDAD.

Entre las categorías por las que eventualmente podría generarse discriminación, prohibida por el quinto párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se encuentra la edad. En este sentido, **las normas que protegen los derechos de menores tienen que interpretarse de manera tal que potencien la protección del interés superior de la niñez y, en el terreno del derecho penal, de forma que procuren, en la intelección de los bienes jurídicamente tutelados, no sólo el aspecto meramente patrimonial, sino asumir el compromiso institucional de construir la identidad de los menores sobre la base del respeto a los derechos humanos, entre ellos, los de sus propios progenitores**, como parte de la protección a su dignidad. En esa línea constitucional, el artículo 4o., párrafo noveno, de la Constitución Federal establece que en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos, y que los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, de manera que sus ascendientes tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios. Leer de esta manera el Texto Constitucional permite apreciar que el párrafo décimo primero del artículo 4o. constitucional, conlleva la idea de concebir que la obligación del Estado de proporcionar facilidades a los particulares en la consecución de estos fines en favor de los menores, tiende a su debido cumplimiento cuando, en el caso de las obligaciones de asistencia familiar, **se brinda al deudor la posibilidad de que pague en plazos y parcialidades, lo cual implica comprender que no se trata de un asunto meramente patrimonial, sino de la oportunidad para que aquéllos y sus padres procuren una imagen que corresponda con la construcción de su propia identidad y dignidad**. Por su parte, el artículo 18 constitucional establece que **el sistema de ejecución de penas tiene como propósito lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir**. Esto es, instituye un sistema penitenciario basado en el principio de reinserción social, **consistente en un conjunto de derechos y criterios de justicia penitenciaria, fundados en los derechos humanos del sentenciado, en el que se reconoce a la delincuencia como un problema social y no individual**, de suerte que **EL FIN DE LA PRISIÓN CAMBIA RADICALMENTE, PUES YA NO SE INTENTA READAPTAR, SINO REGRESAR AL REO A LA**

PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD QUE LOS RIGE, ES ILEGAL QUE AL CONVOCAR A LAS PARTES PARA SU APERTURA, SE LES APERCIBA CON LA IMPOSICIÓN DE ALGUNA MEDIDA DE APREMIO, DE NO ATENDER LA CONVOCATORIA RELATIVA.

El artículo 17, párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé los mecanismos alternativos de solución de controversias, cuya regulación en materia penal los establece la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, donde en su artículo 4 se enuncian los principios que rigen el sistema de justicia alternativa y, específicamente, en su fracción I, enuncia el de "**voluntariedad**", el cual **se sustenta en el hecho de que la participación de los intervinientes deberá ser por propia decisión, libre de toda coacción y no por obligación**. Ahora bien, **la condición para la apertura del procedimiento de justicia alterna tiene como presupuesto necesario que se haya iniciado un procedimiento penal ordinario, cuyo hecho considerado como delito debe ser susceptible para desahogarse por esta vía, pues tiene como objeto y finalidad que éste encuentre una solución no contenciosa y conciliatoria entre las partes involucradas** que, incluso, **a partir del resarcimiento del daño ocasionado, en ciertos casos, prescinde de la imposición de una pena**. En este sentido, cuando la autoridad convoca a las partes para activar ese mecanismo alternativo de solución de controversias, es ilegal apercibirlos con imponer alguna medida de apremio en caso de no atender la convocatoria relativa, en aplicación de las reglas establecidas para el trámite ordinario y conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales pues, de hacerlo, soslaya atender que la justicia alternativa se rige por sus propios principios, entre ellos, el destacado, lo que implica que la intervención de las partes debe ser por decisión propia y libre de toda coacción.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 38/2018. 5 de abril de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Venancio Pineda. Secretario: Javier Ojeda Escudero.

Esta tesis se publicó el viernes 06 de julio de 2018 a las 10:13 horas en el Semanario Judicial de la Federación.⁹⁷

⁹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación.- "Semanario Judicial de la Federación" (27 de agosto de 2019), visible en: <https://sfj.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e100000000000&Apndice=10000000000000&Expresion=MECANISMOS%20ALTERNATIVOS%20DE%20SOLUCI%20C%2593N%20DE%20CONTROVERSIAS%20EN%20MATERIA%20PENAL.%20COCNFORME%20AL%20PRINCIPIO%20DE%20VOLUNTARIEDAD%20&Dominio=Rubro.Texto&TA.TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6.1.2.50.7&ID=2017354&Hit=1&IDs=2017354&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=>

3.4. LINEAMIENTOS DEL MÁXIMO TRIBUNAL DE JUSTICIA PARA ANALIZAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES

Por último, a partir del análisis de una Jurisprudencia emitida por el Máximo Tribunal de Justicia en nuestro País, sobre la forma en que los Tribunales de amparo deberá analizar la constitucionalidad de las leyes penales tomando como base los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, se aportarán algunos elementos que nos permitirán comprender con mayor claridad la forma en que el derecho penal es aplicado como un instrumento de Política Criminal, teniendo como base los lineamientos establecidos por el Poder Legislativo a través del ordenamiento legal.

A partir del análisis del contenido de la primera de las Tesis, se desglosará un estudio destinado a comprender el alcance jurídico de los criterios establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación -como máxima autoridad en materia de control de la constitucionalidad-, respecto a los elementos que deberán tomarse en cuenta para la creación de las normas penales y su aplicación como instrumento de Política Criminal

La tesis en comento es la número 102/200, que a la letra establece:

“Época: Novena Época
Registro: 168878
Instancia: Pleno
Tipo de Tesis: Jurisprudencia
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo XXVIII, Septiembre de 2008
Materia(s): Constitucional, Penal
Tesis: P./J. 102/2008
Página: 599

LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA.

El legislador en materia penal tiene amplia libertad para diseñar el rumbo de la política criminal, es decir, para elegir los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, de acuerdo con las necesidades sociales del momento histórico respectivo; sin embargo, al configurar las leyes relativas debe respetar el contenido de diversos principios constitucionales, entre ellos los de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, a fin de que la aplicación de las penas no sea infamante, cruel,

excesiva, inusitada, trascendental o contraria a la dignidad del ser humano, conforme a los artículos 14, 16, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por esa razón, el **Juez constitucional, al examinar la constitucionalidad de las leyes penales**, debe analizar que exista proporción y razonabilidad suficientes entre la cuantía de la pena y la gravedad del delito cometido, para lo cual **debe considerar el daño al bien jurídico protegido, la posibilidad para individualizarla entre un mínimo y un máximo, el grado de reprochabilidad atribuible al sujeto activo, la idoneidad del tipo y de la cuantía de la pena para alcanzar la prevención del delito, así como la viabilidad de lograr, mediante su aplicación, la resocialización del sentenciado.**

Acción de inconstitucionalidad 31/2006. Procurador General de la República. 19 de febrero de 2008. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretarios: Fernando Silva García y Alfredo Villeda Ayala.

El Tribunal Pleno, el dieciocho de agosto en curso, aprobó, con el número 102/2008, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dieciocho de agosto de dos mil ocho.⁹⁸

En primer lugar, habremos de referirnos a la competencia de los órganos del Poder Público que se encuentran facultados para determinar y aplicar la política criminal como una política pública en materia de seguridad y justicia.

Como puede apreciarse, corresponde al Poder Legislativo la facultad para determinar el rumbo de la política criminal a través de los ordenamientos penales, en los cuales prescribe los bienes que serán objeto de la tutela jurídica del derecho penal, al determinar las conductas que se considerarán típicas y antijurídicas, y precisar las sanciones penales que serán aplicadas a quienes incurran en ellas.

Así, en el apartado dogmático de la Norma Fundamental encontramos el artículo 18, en el que el Constituyente Permanente determinó que la finalidad del Sistema Penitencias -política criminal- "...la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir...". Aplicando los conceptos previamente analizados, identificamos que la pena privativa de libertad tiene por finalidad la Reinserción Social bajo un tratamiento que procura además la prevención especial.

⁹⁸ *Ibidem* (28 de agosto de 2019), visible en: https://sif.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1000000000&Apendice=100000000000&Expresion=LEYES%2520PENALES.%2520AL.%2520EXAMINAR%2520SU%2520CONSTITUCIONALIDAD%2520DEBE.N%2520ANALIZARSE%2520LOS%2520PRINCIPIOS%2520DE%2520PROPORCIONALIDAD%2520Y%2520RAZONABILIDAD%2520JUR%2520C3%2520DDICA.&Dominio=Rubro.Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=3&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&index=0&Instancias Seleccionadas=6,1,2,50,7&ID=168878&Hit=3&IDs=2017309,2006648,168878&tipoTesis=&Semanao=0&tabla=&Referencia=&Tema=

En las últimas dos décadas apreciamos la tendencia constitucional para otorgar al Congreso de la Unión en forma exclusiva la potestad para legislar en algunas materias del derecho penal sustantivo, adjetivo y ejecutivo; ejerciendo las facultades que le confiere el artículo 73, fracción XXI, de la Ley Suprema -reformado en 2013 y 2015- al establecer:

“Art. 73.- El Congreso tiene facultad:

I...

(REFORMADA, D.O.F. 8 DE OCTUBRE DE 2013)
XXI. Para expedir:

(REFORMADO PRIMER PÁRRAFO, D.O.F. 10 DE JULIO DE 2015)

- a) Las leyes generales que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones en las materias de secuestro, desaparición forzada de personas, otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley, trata de personas, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como electoral.

Las leyes generales contemplarán también la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios;

- b) La legislación que establezca los delitos y las faltas contra la Federación y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; así como legislar en materia de delincuencia organizada;

(Reformado, D.O.F. 2 de julio de 2015)

- c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

Las autoridades federales podrán conocer de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales o delitos contra periodistas, personas o instalaciones que afecten, limiten o menoscaben el derecho a la información o las libertades de expresión o imprenta.

En las materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales;

...”

En el ejercicio de estas facultades, el Congreso de la Unión ha emitido los siguientes ordenamientos de alcance general y nacional relacionadas con la materia penal:

ORDENAMIENTOS DE NATURALEZA SUSTANTIVA

- Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.- Publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 30 de noviembre de 2010.
- Ley General en materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas.- Publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 17 de noviembre de 2017.
- Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos.- Publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 14 de junio de 2012.
- Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.- Publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 26 de junio de 2017.
- Ley General en Materia de Delitos Electorales.- Publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 23 de mayo de 2014.
- Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.- Publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 7 de noviembre 1996.

ORDENAMIENTOS DE NATURALEZA ADJETIVA

- Código Nacional de Procedimientos Penales.- Publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 5 de marzo de 2014.
- Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.- Publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 29 de diciembre de 2014.
- Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.- Publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 16 de junio de 2016.

ORDENAMIENTOS DE NATURALEZA EJECUTIVA

- Ley Nacional de Ejecución Penal.- Publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 16 de junio de 2016.

OTROS ORDENAMIENTOS RELACIONADOS CON LA MATERIA PENAL

- Ley General de Víctimas.- Publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 9 de enero de 2013.

Como podemos apreciar, el Poder Legislativo ha sido prolijo en el ejercicio de su facultad para legislar materia penal y diseñar el rumbo de la política criminal, atento a las necesidades sociales del momento histórico que nos ha tocado vivir, en la lucha frontal contra el crimen se ha mantenido por más de dos sexenios.

Pese al cuidado que el Legislador pueda poner en el ejercicio de su facultad para evitar vulnerar los derechos humanos, se ha tenido el cuidado de otorgar al Poder Judicial el control de la constitucionalidad de éstas normas, mismo que ejerce a través de su potestad jurisdiccional para vigilar que en los ordenamientos penales se observen y respeten los principios constitucionales que rigen a la materia, entre ellos los de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, con la finalidad de evitar que en la aplicación de las penas se cause infamia o crueldad excesiva, inusitada, trascendental o contraria a la dignidad del ser humano.

Para tal efecto, en el análisis que el órgano jurisdiccional debe realizar sobre la constitucionalidad de las leyes penales, deberá tomar en cuenta el respeto a los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena, para lo cual debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. *El daño al bien jurídico protegido.*

Todos los tipos penales describen normativamente una conducta que al realizarse u omitirse puede dañar o poner en peligro bienes jurídicos de interés superior para la colectividad; por lo anterior, para la individualización de la pena el Juzgador debe tener en cuenta el grado de afectación o riesgo que la conducta produjo al bien tutelado por la ley.

2. *La posibilidad para individualizar la pena entre un mínimo y un máximo.*

Es una práctica común en el ejercicio de la facultad legislativa destinada a la creación de los tipos penales, describir en primer orden la conducta constitutiva de delito para inmediatamente después señalar la regla de punibilidad a la que debe sujetarse el Juzgador para la individualización de la pena.

Así por ejemplo, en el primer tipo penal que contempla la Ley Sustantiva del Estado de Querétaro apreciamos lo siguiente:

“LIBRO SEGUNDO
PARTE ESPECIAL
SECCION PRIMERA
DELITOS CONTRA EL INDIVIDUO
TITULO PRIMERO
DELITOS CONTRA LA VIDA Y SALUD PERSONAL

CAPITULO I
HOMICIDIO

ARTICULO 125.- Al que prive de la vida a otro (hasta aquí la descripción normativa de la conducta), se le impondrá prisión de 7 a 15 años y multa de

cien a quinientos días multa. (Regla de punibilidad que determina el límite mínimo y máximo de la pena)⁹⁹

3. Grado de reprochabilidad atribuible al sujeto activo.

En el juicio de reproche que debe realizarse por el Juzgador para individualizar la pena, se debe analizar la posibilidad que el sujeto tuvo de obrar con conocimiento de la ilicitud de su conducta, así como en la posibilidad de haber actuado de manera distinta, es decir, ajustando su conducta a las disposiciones normativas.

En este contexto, el juicio de reproche otorga a la culpabilidad un carácter normativo y no sólo psicológico, analizando factores y circunstancias que son inherentes a los sujetos, como la motivación del activo y las condiciones personales tanto del activo como del pasivo a fin de determinar la mayor o menor condición de exigibilidad de otra conducta. Lo anterior, no debe interpretarse como una finalidad de castigar al delincuente por su personalidad o peligrosidad, ya que estas posturas han sido superadas tanto doctrinal como normativamente por su pretensión de sancionar hechos pasados o futuros que se derivan de la personalidad de un individuo; por ello, a través de éste análisis se procura conocer en la mayor medida posible cuáles fueron las condiciones que llevaron al sujeto a cometer el hecho delictivo, determinando en una justa dimensión los motivos determinantes y las condiciones de ejecución del hecho en sí mismo, no con fines meramente retributivos, sino además enfocados a la prevención y protección de los bienes jurídicos que corresponden al ámbito del derecho penal.

Al respecto, el numeral 68 del Código Penal del Estado de Querétaro precisa todos los elementos que el Juez deberá tener en consideración para emitir su sentencia.

⁹⁹ Código Penal para el Estado de Querétaro, publicado en el Periódico Oficial del Estado de Querétaro, el jueves 23 de julio de 1987, última actualización 12 de julio de 2019.

“TITULO CUARTO
APLICACION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

CAPITULO I
REGLAS GENERALES

ARTICULO 68.- El Órgano Jurisdiccional fijará la pena dentro de los límites señalados para cada delito, teniendo en cuenta los aspectos objetivos y subjetivos del hecho punible; la lesión o puesta en peligro del bien jurídico; las circunstancias de modo, tiempo y lugar; los motivos determinantes; las demás condiciones del sujeto activo y de la víctima, en la medida en que hayan influido en la comisión del delito, y las que determinen la gravedad ilícita y la culpabilidad del sujeto.

Cuando se trate de un proceso seguido por delito doloso, el órgano jurisdiccional ordenará de oficio a la Dirección de Readaptación Social, la realización de los estudios criminológicos interdisciplinarios del imputado y tomará conocimiento directo de éste, del ofendido y de la ejecución del hecho en la medida requerida para cada caso. Dichos estudios interdisciplinarios serán sintetizados por criminólogos.

En aquellos delitos que tengan señaladas pena privativa de libertad en forma alternativa con cualquier otra, en todo caso se impondrá la de prisión al imputado cuando este haya cometido con anterioridad delito doloso o preterintencional y por el cual se haya dictado sentencia condenatoria ejecutoriada, o existiendo acumulación de expedientes, resulte responsable de los delitos a que se refieren los expedientes acumulados.¹⁰⁰

4. Idoneidad del tipo y de la cuantía de la pena para alcanzar la prevención del delito.

Tomando en cuenta que el derecho penal cumple una función protectora de bienes jurídicos, y que su aplicación debe reservarse sólo para aquellas conductas cuya ejecución no sea posible evitar con la aplicación de otros ordenamientos legales cuya inobservancia provoque consecuencias menos enérgica y trascendentales para los derechos del individuo, como el caso del derecho administrativo o civil; es que el juzgador deberá analizar la pertinencia de la tipificación de la conducta como delito y de su consecuencia legal, para prevenir este tipo de conductas que se consideren lesivas para el grupo social.

¹⁰⁰ *Idem*

En el análisis de la *razonabilidad* de la norma penal el Juzgador debe cuidar que sus finalidades sean legítimas, legales y guarden una coherencia lógica entre lo humano, la justicia y la equidad.

Para tal efecto debe analizar no sólo la necesidad de la norma, sino además su proporcionalidad, para tal efecto la 1ª Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han trazado los lineamientos para ello en la siguiente tesis de jurisprudencia:

"Época: Décima Época
Registro: 2007342
Instancia: Primera Sala
Tipo de Tesis: Aislada
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo I
Materia(s): Constitucional, Penal
Tesis: 1a. CCCIX/2014 (10a.)
Página: 590

PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. SUS DIFERENCIAS CON EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHOS FUNDAMENTALES.

El término "proporcionalidad" es ambiguo, ya que puede predicarse del test de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales, o de las penas, en términos del artículo 22 constitucional. Así, en el primer caso, lo que se analiza es una relación entre principios, entendidos como mandatos de optimización que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida posible (de acuerdo con las posibilidades fácticas y normativas existentes). Los conflictos entre principios (o entre derechos así concebidos) deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad, que viene a ser una especie de meta-principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico. **Ese principio consta, a su vez, de tres sub-principios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.** Los dos primeros se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. Significa que una medida, esto es, **una ley o una sentencia**, etcétera, **que limita un derecho o un bien constitucional de considerable importancia para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad y necesaria, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un costo menor.** El tercer sub-principio, por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas. En cambio, **en el caso de la proporcionalidad de penas**, regularmente se analiza una regla (el tipo penal de que se trate) frente a un principio constitucional (el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 22 constitucional), con la finalidad de determinar si aquella -la regla- satisface o no la exigencia del principio constitucional; concretamente, **si la pena es acorde o no en relación**

con el bien jurídico afectado. En estos casos, es posible adoptar cualquier metodología encaminada a la justificación exigida por el artículo 22, dejando fuera, naturalmente, un análisis de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales, dado que en este tipo de casos no se está ante la colisión de dos principios.

Amparo directo en revisión 85/2014. 4 de junio de 2014. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán.

Esta tesis se publicó el viernes 05 de septiembre de 2014 a las 09:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación.¹⁰¹

En síntesis, la idoneidad de la pena implicará el deber de analizar si ésta resulta o no congruente con la necesidad de protección o restitución del bien jurídico afectado.

5. La viabilidad de lograr mediante la aplicación de la pena la resocialización del sentenciado

La finalidad primordial de la pena debe ser la resocialización del sentenciado, no así la necesidad de preservación del orden público y la paz social; si bien es cierto ambas se encuentran estrechamente interrelacionadas deberá cuidarse que en la determinación y ejecución de la pena la intervención del Estado se distinga del uso de la fuerza pública que se encuentra destinada a prevenir, controlar o reprimir algunas acciones sociales que alteran al orden público y la paz social, ya que éstas acciones no pueden ni deben ser consideradas dentro del ámbito del derecho penal, sino que corresponden a acciones realizadas en el ámbito de la seguridad pública.

¹⁰¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación.- "Semanario Judicial de la Federación" (28 de agosto de 2019), visible en: https://sfj.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=PROPORCIONALIDAD%2520DE%2520LAS%2520PENAS%2520SUS%2520DIFERENCIAS%2520CON%2520EL%2520TEST%2520DE%2520PROPORCIONALIDAD%2520EN%2520DERECHOS%2520FUNDAMENTALES&Dominio=Rubro_Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6.1.2.50.7&ID=2007342&Hit=1&IDs=2007342&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=

CONCLUSIONES

- El derecho punitivo surge de la naturaleza social del ser humano como un instrumento destinado a garantizar las condiciones de paz y seguridad sobre las cuales se fincan la estabilidad y el desarrollo de la colectividad.

El derecho penal está destinado a proteger los intereses de más alto valor para el grupo social, por lo que su determinación está sujeta a constantes modificaciones atendiendo a los valores e intereses que se encuentren dentro del ánimo de la colectividad en un tiempo y espacio determinados.

Por esta misma razón, la importancia que se reconozco al ejercicio del derecho punitivo dependerá de los retos que la sociedad deba enfrentar para prevenir y combatir las conductas lesivas que atenten contra los bienes que son materia de tutela del derecho penal.

- Desde los primeros pensadores, se reconoció que la carencia de lo mínimo indispensable para subsistir, representa un factor que arrastra al ser humano hacia las conductas criminales; por lo anterior, mientras subsista la desigualdad social y las políticas públicas no se enfoquen a mejorar las condiciones generales de vida, de manera que cada individuo tenga la oportunidad de acceder a una vida digna (alimentación, trabajo, salud, vivienda, educación etc.) como resultado de su esfuerzo personal, subsistirá la amenaza del crimen, como una forma de enfrentar tales carencias.

Sobre este punto, es importante aclarar que en poco -más bien en nada- favorecen las políticas públicas que pretender atender la problemática de inseguridad con la equivocada idea de que con la sola distribución de recursos públicos entre las clases sociales menos favorecidas (apoyos económicos, seguros de desempleo, despensas, etc.) será posible cambiar las condiciones que propician el incremento de la incidencia delictiva; contrario a lo anterior, los efectos preventivos sólo se harán presentes si, y solo si, las acciones se enfocan a generar cambios permanentes que permitan el acceso general a mejores oportunidades de vida como empleos, y educación, haciéndonos corresponsables del bienestar colectivo.

- Al derecho penal se le enmarca normativamente como parte de las políticas públicas de seguridad, como podemos apreciarlo en la Ley del Sistema Nacional del Sistema Nacional de Seguridad Pública, en la cual se especifica que la investigación y persecución de los delitos es una de las funciones destinadas a salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como a preservar las libertades, el orden y la paz públicos.

En las últimas décadas, a la función de investigar y perseguir delitos se le vinculó exclusivamente con las funciones del Poder Ejecutivo a cargo de policías y órganos de tratamiento penitenciario; incluso, en el anterior Gobierno Federal las hoy extintas Procuradurías Generales de Justicia –en ese momento Dependencias del Ejecutivo- fueron excluidas de los programas y acciones enfocadas en la prevención social de la violencia y la delincuencia.

En este contexto, el fin del derecho penal se limitó a la aplicación de penas como instrumento de control de la criminalidad (prevención general o especial) y el castigo del delincuente (retribucionismo), de manera que socialmente se le asignó la responsabilidad de ser un instrumento de control de la criminalidad, para lo cual resultaba indispensable la aplicación de las penas privativas de libertad; así las cosas, si el procedimiento penal no concluía con la aplicación de una pena privativa de libertad, entonces no se colmaban las aspiraciones de justicia y, por el contrario, esto sería un referente de impunidad.

Cierto es que la Institución del Ministerio Público aún enfrenta grandes retos para satisfacer las aspiraciones de justicia que tiene la sociedad que implican, entre otros aspectos, la imperiosa necesidad de ser más eficientes en el esclarecimiento de los hechos que se ponen en su conocimiento, ya que una denuncia o querrela representan no sólo el confiar en la institución, sino que además conlleva la aspiración de recibir una respuesta que resulte convincente, que debe sustentarse en la investigación suficiente y diligente de la institución para así eliminar todo viso de impunidad.

- En cuanto a los fines y funciones de la pena es necesario impulsar una nueva cultura, en la cual la prisión deje de ser la pena más aplicada y la única que se considere socialmente como el referente la justicia penal, ya que de lo contrario el ejercicio del *Ius Puniendi* continuará *encadenado* por los fines de venganza y castigo, característicos de los modelos de protección social.

El nuevo sistema de justicia penal, nos convoca para reposicionar al derecho penal como un instrumento enfocado en la solución de los conflictos sociales que se presenten en el campo de su aplicación, de manera que para su aplicación se reconozcan las claras diferencias que debieran existir entre quienes incurrir en el delito por no haber puesto el cuidado necesario para evitarlo (actuando culposamente), quienes cometen delitos de forma consciente y voluntaria pero que su conducta no representa una grave amenaza para la estabilidad social (delincuente común), y aquellos que han sido reincidentes, o han manifestado una conducta violenta y carente de valores que los hace peligroso, e incluso quienes se conducen fuera de las reglas de convivencia social, pretendiendo establecer reglas propias y ejerciendo violencia para imponerlas; éstos últimos no sólo son delincuentes peligrosos, deber ser considerados –como lo diría Jakobs– enemigos de la sociedad.

- El cambio conceptual del nuevo derecho penal deberá reconocer que el delito no sólo afecta al interés de la colectividad, ya que ello implicaría volver a caer en el olvido de los derechos de la víctima u ofendido como persona directamente afectada.

Es necesario matizar el enfoque por el cual el derecho penal se aplica con la finalidad de enfrentar la amenaza que el delito representa para la colectividad, de tal manera que el aseguramiento aprisionamiento del delincuente se limite en su aplicación sólo para quienes representan un riesgo para la estabilidad y permanencia de la sociedad, en éstos casos se considera plenamente justificada su reclusión en establecimientos

penitenciarios para aplicarle –de ser el caso- el tratamiento destinado a su reinserción social, o en su caso mantenerlo bajo aseguramiento por lo que le reste de vida.

En las últimas décadas (1965-2001), se concibió al responsable del delito como un inadaptado que requería de un tratamiento en reclusión para apartarlo de las condiciones que lo hicieron proclive al delito, por lo que la pena de prisión se consideró la alternativa viable para su tratamiento, ya que no solo lo apartaba del medio que lo había convertido en criminal, sino que además permitía readaptarlo para la vida, al tiempo de satisfacer la “*sed de justicia*” de una sociedad que se consideraba amenazada por el delito.

Esta política criminal de prevención intimidatoria, centró su aplicación en la generalización de la pena privativa de libertad y el uso indiscriminado de la medida cautelar de prisión preventiva, provocando sobrepoblación en centros penitenciarios, que por mucho vieron superada su capacidad para dar a los sentenciados un tratamiento, y para garantizar que a las personas en reclusión preventiva se les respetara su derecho de presunción de inocencia.

Bajo este escenario, en la mayor parte del País los centros penitenciarios tuvieron que enfrentar problemas de sobrepoblación penitenciaria, escasez de personal técnico e insuficiencia de recursos para su adecuada operación, de manera que su principal esfuerzo se enfocó en la seguridad para mantener a los internos dentro de la prisión, pasando a un segundo lugar el tratamiento, de ahí la crudeza de la afirmación realizada por el Gobierno Federal en julio de 2008 calificando a las cárceles del país como inseguras, considerándolas como las “Universidades del Crimen”.

El reto actual de la política criminal es impulsar una cultura social de que no todos los conflictos ameritan de la intervención penitenciaria, sino que algunos delitos (menores) pueden resolverse a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos; asimismo, lograr que la prisión se aplique realmente como un tratamiento de reinserción social.

BIBLIOGRAFÍA

Comentado [j7]: Se recomienda con sangría francesa

- BECCARIA, Cesare.- "Tratado de los delitos y las penas", publicada por la Universidad Carlos III de Madrid, España, 2015.
- CARRARA, Francesco.- "Opusculi di Diritto Criminale", Biblioteca Clásicos del Derecho, Volumen 3, Derecho Penal, Traducción y compilación de Enrique Figueroa Alfonso, Editorial Harla, Segunda Edición, México 1998.
- JAKOBS, Günther.- "Derecho Penal del Enemigo", Civitas Ediciones S.L., Primera Edición, Madrid España, 2003.
- JAKOBS, Günther.- "Sobre la Teoría de la Pena", traducción al español de Manuel Cancio Meliá, Editado por la Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Colombia, agosto de 1998. Consultable en la dirección Web http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20170508_03.pdf
- MENDOZA BREMAUNTZ, Emma.- "Derecho Penitenciario", McGraw Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V., México, Noviembre 2005.
- MERINO, Mauricio.- "Políticas Públicas / Ensayo sobre la intervención del Estado en la solución de problemas públicos", Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), primera edición, México, 2013.
- MEZGER, Edmund.- "Derecho Penal, Parte General", Editorial Biográfica Argentina, 6ª Edición, Buenos Aires, 1958.
- ROXIN, Claus.- "Problemas Básicos del Derecho Penal", publicado por REUS S.A., Traducción y notas por Diego Manuel Luzon Peña, Madrid, 1976, apartado titulado Sentido y Límites de la Pena Estatal.
- VON LISZT, Franz.- "La Idea de fin en el Derecho Penal", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en unión con la Universidad de Valparaíso de Chile, Serie J, Enseñanza del derecho y material didáctico, Número 15, México, 1994.
- WELZEL, Hans.- "Derecho Penal, Parte General", publicado por Roque Depalma Editor, Buenos Aires, Traducción del Alemán por el Dr. Carlos Fontán Balestra, Argentina 1956.

LEYES

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.
- Ley General de Víctimas.
- Ley Nacional de Ejecución Penal.
- Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

HEMEROGRAFÍAS

BECKER, Gary.- "Crimen y castigo: Un enfoque económico", consultable en:

http://www.ebour.com.ar/ensayos_meyde2/Gary%20S.%20Becker%20-%20Crimen%20y%20Castigo.pdf

CARO Matías Alejandro.- "El Pensamiento de Aristóteles, Hobbes y Marx en las Teorías Criminalísticas Contemporáneas", publicado en la Revista Cadernos de Dereito Actual, N° 8.

CIOCCHINI Francisco J.- "El crimen y el castigo", ensayo publicado en la dirección <http://200.16.86.50/digital/658/revistas/vsi/ciocchini3-3.pdf>

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado." publicado en la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, núm. 07-01, p. 01:1-01:37. Consultable en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>

DURÁN MIGLIARDI, Mario.- "La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función", artículo elaborado en el marco del Proyecto Regular de Investigación Conicyt-Fondecyt 2012 N° 1120150. Versión On-line: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502016000100013

DURÁN MIGLIARDI, Mario.- “Teorías Absolutas de la Pena: Origen y Fundamentos / Conceptos y críticas fundamentales a la Teoría de la Retribución Moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual”, ensayo publicado en la Revista de Filosofía, de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad de Chile, Volumen 67, publicada en el 2011. Versión On-line en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-43602011000100009#nota6

JUÁREZ BRIBIESCA, Armando y otro.- “Política Criminal”, artículo publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/download/8806/10857>

MARÍN DE ESPINOSA Ceballos Elena B., artículo “El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica”, publicado en la Revista de Derecho Penal y Criminología, publicada por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 3.ª Época, n.º 11, España, enero de 2014, Consultable en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2014-11-5010/Marin_Espinosa.pdf

MÉXICO: GOBIERNO FEDERAL. “Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia / Guía de Consulta, ¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma”, Talleres Gráficos de México, julio de 2008.

MIZRAHI, Esteban.- “La Legitimación Hegeliana de la Pena”, publicado en la Revista de Filosofía de la Universidad Complutense de Madrid, Volumen 29, Número 1, España, 2004. Versión On-line consultable en <https://revistas.ucm.es/index.php/RESF/issue/view/RESF040412>

MORENO CRUZ, Rodolfo.- “El Modelo Garantista de Luigi Ferrajoli”, publicado en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XL, número 120, septiembre-diciembre de 2007.

Comentado [j8]: AUTOR COOPERATIVO

OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge.- “Reinserción social y función de la pena”, artículo difundido en la página del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3169/7.pdf>

Revista de derechos humanos “dfensor”, órgano de difusión oficial de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Número 10, año VIII, octubre de 2010.

SITIOS EN RED

- <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>
- http://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/extorsion/Teorias_pena_investigacion.pdf

JURISPRUDENCIA/TESIS

Tesis 1a. I/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Registro 160265, Libro V, febrero de 2012, Tomo 1, p. 666.

Tesis 1a./J. 19/2016, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Registro 2011648, Libro 30, mayo de 2016, Tomo II, p. 925.

Tesis XXII.P.A.46 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Registro 2018355, Libro 60, noviembre de 2018, Tomo III, p. 2412.

Tesis XXII.P.A.55 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Registro 2019255, Libro 63, febrero de 2019, Tomo II, p. 2412.

Tesis II.4o.P.5 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Registro 2017354, Libro 56, julio de 2018, Tomo II, p. 1511.

Tesis P./J. 102/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Registro 168878, septiembre de 2008, Tomo XXVIII, p. 599.

Tesis 1a. CCCIX/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Registro 2007342, Libro 10, septiembre de 2014, Tomo I, p. 590.