

III. La culpabilidad, la pena y el derecho penal	41
1. La culpabilidad	41
A. Fundamento de la culpabilidad.	41
B. La determinación de la pena.	42
C. Fases de la determinación de la pena	43
D. La determinación de la pena y su vinculación con la polémica sobre la culpabilidad	44
2. La función de la pena	46
A. Teorías absolutas	47
B. Teorías relativas	48
C. Teorías mixtas o de la unión	53
D. La teoría de la prevención general positiva	54
3. El derecho penal y la pena privativa de libertad	56
A. La función de tutela de los bienes jurídicos	57
B. La eficacia del derecho penal	58
C. Principios rectores del derecho penal	58

III. LA CULPABILIDAD, LA PENA Y EL DERECHO PENAL

1. LA CULPABILIDAD

El principio de que no hay pena sin culpabilidad (*nullum crimen sine culpa*) es un axioma indiscutido en el derecho penal moderno. El término se emplea en el sentido de autor de un delito, aunque también se utiliza el de “responsable”. La responsabilidad es la obligación de responder por las consecuencias de los actos propios y presupone que el sujeto ha cometido un delito con todos sus elementos, mientras que la culpabilidad es uno de los caracteres del delito. Igualmente se ha extendido en la literatura penal la opinión de que la culpabilidad es reprochabilidad,⁴¹ usándolos como sinónimos, pues una conducta es reprochable porque es culpable: la reprochabilidad es consecuencia de la culpabilidad, no la culpabilidad misma.

Por lo general, se indica que para que exista responsabilidad penal debe existir dolo o al menos culpa, o bien, dolo, culpa o preterintención. Por excepción, se insiste en que la conducta debe ser culpable.

A. Fundamento de la culpabilidad

La culpabilidad se fundamenta en la idea de existencia de la libertad humana. Un sujeto es considerado culpable cuando se piensa que *podía haber* actuado de otra manera a como lo hizo, que *pudo haber* actuado de otra manera a como lo actúo; *pudo haberse* ajustado al deber jurídico y proceder de otro modo. Sin la idea de libertad resulta imposible construir el concepto del delito, puesto que donde no hay libertad falta la acción penal. Se legisla, entonces, para hombres libres y responsables de sus actos. El

⁴¹ Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español (parte general)*, 14^a ed., Madrid, Dykinson, 1991, p. 434.

derecho penal está edificado sobre la base de que el hombre es un ser libre, y es por ello que la libertad recibe protección penal.

El derecho penal está ajeno a la polémica filosófica sobre el tema de la libertad del hombre. El concepto que en las leyes penales se maneja es más bien negativo; consiste en la ausencia de coacción. El hombre es libre porque no actúa coaccionado. Se es libre para hacer o no hacer algo concreto, para trasladarse de un lugar a otro, para profesar o no una religión, para expresar sus propias ideas, etcétera. La libertad en el derecho es relativa por naturaleza.⁴²

El planteamiento del problema de la libertad en el derecho penal ha de tener presente en todo momento esas limitaciones que vedan al jurista la posibilidad de convertirse en filósofo. Sabemos que el derecho penal se realiza a través del proceso. Cabe en él la prueba de la ausencia de coacción externa; pero no cabe la prueba de las posibilidades que el sujeto tuvo de actuar de otra manera a como lo hizo.

La determinación de que un sujeto es culpable se verifica con modelos jurídicos, es decir, un sujeto que ha realizado una acción típica y antijurídica es culpable en tanto no concurra en él una causa de exclusión de la culpabilidad. No dejará de ser considerado culpable el sujeto cuyo acto responda a profundas convicciones (como las objeciones de conciencia) sobre lo justo y lo injusto, que sean diferentes a las valoraciones del ordenamiento jurídico vigente. Ese (u otro) factor será seguramente soportado en la determinación de la culpabilidad desde el punto de vista religioso o ético, no desde el punto de vista jurídico (sin que tampoco se diga que carecen de importancia) ya que lo tendrá en la medida de la pena.

B. La determinación de la pena

Muy variados factores personales y externos intervienen en la fundamentación de la decisión punitiva. La búsqueda de la pena justa y adecuada a la conducta del autor de un delito es una preocupación constante para los defensores y los jueces. En nuestro sistema punitivo encontramos como principios dominantes los de retribución y prevención general. Estos principios afectan al fundamento y al fin de la pena en nuestro derecho, aunque aparecen en el momento de la individualización concreta de la pena.

⁴² *Ibidem.*

Los principios político-criminales fundamentales en un Estado de derecho democrático, afirma Gonzalo Quintero,⁴³ deben condicionar la decisión legal y judicial por la que se individualiza el castigo a imponer al autor de un hecho concreto.

La llamada fase de individualización judicial sigue teóricamente a la individualización legal. Ella consiste en fijar un marco con mínimos y máximos en el que puede moverse el juez. La individualización judicial consiste en la determinación de la pena que, dentro de las posibilidades legales hace el juez, ya que el legislador le obliga a valorar circunstancias agravantes y atenuantes de acuerdo a reglas fijas, no deseando que el juez las valore conforme a su arbitrio.

La individualización judicial tiene la ventaja de excluir en gran número de casos la pena de prisión y sustituirla por otros medios (en la mayoría de los casos, la multa). Al hablar de las experiencias extranjeras diremos cuándo puede hacerse y los requisitos que deben cumplirse. Sin embargo, para una correcta individualización judicial se requiere del juez lo siguiente:

- a) poseer una especial preparación criminológica;
- b) disponer, antes del juicio, de informes válidos sobre la personalidad biosicológica y social del delincuente;
- c) encontrar en el código penal o en textos análogos, una gama variada de medidas entre las cuales tenga la posibilidad de escoger la más adecuada a las circunstancias personales del sujeto;
- d) conocer las ventajas y los inconvenientes de dichas medidas respecto a la pena privativa de libertad, así como sus modalidades de aplicación, los resultados obtenidos en los países que han tenido la ocasión de experimentarlas y la pertinencia de su puesta en práctica en un contexto social determinado.⁴⁴

C. Fases de la determinación de la pena

Las fases para la determinación de la pena son el camino que se ha de recorrer por parte del poder punitivo del Estado, desde la creación de la ley que impone la pena, hasta su ejecución final.⁴⁵ En este camino o recorrido intervienen distintos órganos e instituciones públicas. Su participación es

⁴³ Quintero Olivares, Gonzalo, *Derecho penal*, Barcelona, Signo, 1986, p. 572.

⁴⁴ Véase, *supra*, nota 35.

⁴⁵ González Salas, Raúl, "La determinación de la pena", en *Perspectivas actuales del derecho*, México, ITAM, 1991, pp. 444-445.

por fases cuyo fin es decidir la cantidad de pena a aplicar a una persona que ha cometido un injusto y del cual resulta culpable.

Siguiendo a González Salas, la primera fase es la individualización legal. En ella se elabora la ley y se fija la clase de pena para el delito. En esta fase se establecen específicamente las circunstancias atenuantes, agravantes, de grado de desarrollo del delito y de participación. También se establecen las consideraciones en las cuales el juez podrá valorar las circunstancias personales, con el fin de aumentar o disminuir la pena.

La segunda fase es en la que se conjugan los elementos contenidos en la ley, los cuales son valorados por el juez para decidir la cantidad de pena a imponerse, una vez que ha decidido la culpabilidad del procesado. El juez tomará en cuenta los elementos indicados en la ley con la finalidad de tomar una decisión respecto a la duración de la pena, conforme a los artículos 51 y 52 del código penal.

La tercera fase corresponde a las facultades que tienen las autoridades administrativas o penitenciarias para determinar la cantidad de pena a cumplir y la forma de ejecutarse. Atiende principalmente a factores como los recursos materiales con que cuenta la administración; las circunstancias personales del delincuente; la valoración de la readaptación que el sentenciado vaya teniendo, los beneficios preliberacionales y la aplicación de la remisión de la pena.

D. La determinación de la pena y su vinculación con la polémica sobre la culpabilidad.

Durante años se afirmó que la culpabilidad era el fundamento de la pena y que su medida estaba limitada por ella. Una vez que se puso en duda la existencia de este concepto y su demostrabilidad, entraron en crisis las funciones atribuidas. Ha ido ganando adeptos la tesis de que la culpabilidad no puede fundamentar la pena, pero que debe limitar el castigo. Tal afirmación, señala Gonzalo Quintero,⁴⁶ viene a decir simplemente que la culpabilidad no puede invocarse como razón del castigo, pero que al menos debe suponer la garantía de que tal castigo no excederá del marco legal de pena asignado al delito correspondiente, entendiendo que tal marco legal expresa la medida de la culpabilidad. De este modo, la culpabilidad servirá para limitar la pena, y su aplicación se fundará en necesidades político-cri-

⁴⁶ Quintero Olivares, Gonzalo, *op. cit.*, p. 573.

minales vigentes. La pena es consecuencia del delito porque la sociedad no ha discurrido nada mejor para responder al mismo, y no porque esa pena exprese un reproche en su justa medida.

Con relación a la individualización de la pena, encontramos algunas tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación relacionadas con el tema, aunque no están de acuerdo con el actual código penal, cuyos artículos 51 y 52 permanecieron intactos desde 1931 hasta 1984, al referirse a la peligrosidad o la temibilidad del sujeto para individualizar la pena. Veamos, por ejemplo, una tesis de noviembre de 1958. Expresa que “aun cuando el juzgador puede usar libremente de su arbitrio para cuantificar las sanciones adecuadas, esa libertad no es absoluta, ya que debe compaginar con la peligrosidad del acusado”.⁴⁷

Otra tesis, del año 1959, expone que:

no se razonó en forma alguna para aplicar el máximo de la penalidad señalada por la ley, si no alude el juzgador a ninguno de los extremos de los artículos 51 y 52 del código penal, no obstante que de autos se desprende que el acusado carece de antecedentes penales, que confesó los hechos delictuosos, que comprobó que subsistía trabajando como empleado en la institución ofendida, que presentó dos testigos que abonaron su conducta, etcétera, por lo que no se justifica la imposición de una pena máxima, ya que debió ejercitarse el arbitrio en función de los elementos reseñados para poder establecer el grado de temibilidad.⁴⁸

Una tesis más, del mismo año, expresaba que:

la peligrosidad del sujeto activo constituye el pivote del arbitrio judicial en la adecuación de las sanciones, el que no sólo debe atender al daño objetivo y a la forma de su consumación, sino que deben evaluarse también los antecedentes del acusado. En efecto, es de explorado derecho que el juez natural, por imperativo de la ley, debe individualizar los casos criminosos sujetos a su conocimiento y con ellos las sanciones que el agente del delito deben ser aplicadas, con el fin de que no sean el resultado de un simple análisis de las circunstancias de hecho en que el acto criminoso se realiza y de un enunciado más o menos completo de las características ostensibles del delincuente, sino la conclusión racional resultante del examen de su personalidad, en sus diversos aspectos, y sobre los móviles que lo indujeron a cometer el delito. En resumen,

⁴⁷ *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, vol. XVII, 2^a parte, p. 205.

⁴⁸ *Ibid.*, vol. XIX, 2^a parte, p. 160.

la métrica jurídica y el concepto básico del señalamiento de una pena privativa de libertad, exigen un análisis de todas las circunstancias de atenuación o de agravación que obran en el proceso, a fin de que su significación determinen el *quantum* de la pena.⁴⁹

Por último, en 1969 se dispuso que

el artículo 51 del Código Penal autoriza al juzgador para imponer, según las circunstancias, una pena comprendida entre el mínimo y el máximo de la que señala la ley, castigando con pena cercana al mínimo, cuando todo favoreza al acusado, indicando que su peligrosidad es escasa, e imponiendo hasta el máximo, si pasa lo contrario. Es lógico el sentenciador que razona temibilidad mínima e impone una pena cercana al medio, sin tomar en consideración que una sentencia debe ser siempre un razonamiento lógico y que se carece de lógica cuando se hace la estimación que hace la responsable y se llega a una conclusión que no es la correcta del silogismo en que se funda el fallo.⁵⁰

En realidad el problema de la culpabilidad y las penas va mucho más allá de lo apuntado en estas líneas. Como el debate respectivo excede los objetivos de este trabajo, sólo puede concluirse que la culpabilidad debe ser considerada uno de los fundamentos de la pena, ya que ésta debe cumplir las exigencias de justicia y necesariedad.

2. LA FUNCIÓN DE LA PENA

Entre las definiciones que del concepto “pena” se manejan, podemos quedarnos con la que considera a la pena como disminución de uno o más bienes jurídicos impuesta jurisdiccionalmente al autor de un acto antijurídico (delito), que no representa la ejecución coactiva, real y concreta del precepto infringido, sino su reafirmación ideal, moral y simbólica. Por su carácter de ir más allá de la mera ejecución coactiva de lo indicado en el tipo penal, conduce a indagar sobre su sentido y límites. ¿Cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que un grupo de hombres asociados en el Estado, priven a alguno de sus miembros de su libertad, conformando así su vida social? A esta pregunta han respondido diversas teorías.

⁴⁹ *Ibid.*, vol. XXII, 2^a parte, p. 129.

⁵⁰ *Ibid.*, vol. XXV, 2^a parte, p. 64.

La doctrina española moderna⁵¹ ha clasificado en cuatro grandes grupos las teorías sobre la función y la finalidad de la pena: las absolutas, las relativas, las mixtas y la teoría de la prevención general positiva.

A. Teorías absolutas

Se les reconoce como teorías absolutas porque consideran a la culpabilidad el fundamento de la pena, a ésta como un fin en sí misma y que al imponer una pena no se buscan fines prácticos, sino realizar la justicia. Ellas responden a la pregunta ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de la pena? Desde el último cuarto del siglo pasado la llamada escuela clásica mantuvo el criterio legitimante de la justicia a través de las teorías absolutas de la pena. Dicha escuela concebía los poderes del Estado de manera más estrecha que la positiva, la cual proponía la utilidad como único criterio. Según ambas, la pena será legítima siempre y cuando la retribución de una lesión sea cometida culpablemente. El fundamento de la pena sólo será la justicia o la necesidad moral. Las teorías absolutas, en consecuencia, legitiman la pena si ésta es justa. La pena necesaria para estas teorías será la que produzca al autor un mal que compense el que él ha causado libremente. La utilidad de la pena queda fuera del fundamento jurídico de la misma. Sólo es legítima la pena justa aunque no sea útil, así como una pena útil, pero no justa, carecerá de legitimidad.

Contra las teorías absolutas (o de la retribución) se argumenta⁵² que: *a) carecen de un fundamento empírico, y b) que la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena es puramente ficticia porque, en realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito.*

Esta teoría no explica cuándo tiene que penarse, esto es, conforme a qué presupuestos está autorizado el Estado para retribuir la culpabilidad. Racionalmente no puede comprenderse cómo se puede borrar un mal cometido añadiendo un segundo mal: el de sufrir una pena. La teoría de la retribución fracasa ante la tarea de trazar un límite —en cuanto al contenido— a la potestad penal estatal. No impide que se incluya en el código penal cualquier conducta, dando un cheque en blanco al legislador. Puede criticársele

⁵¹ Entre otros autores coinciden José María Rodríguez Devesa, Santiago Mir Puig, Enrique Bacigalupo, Marino Barbero Santos, Juan Córdoba Roda, Francisco Muñoz Conde y Juan Bustos Ramírez. *Cfr.*, *infra*, la bibliografía citada al final, pp. 199 y ss.

⁵² Bacigalupo, Enrique, *Principios de derecho penal*, Madrid, Akal, 1990, p. 19.

también que el libre albedrío es indemostrable y la posibilidad de culpabilidad presupone la libertad de voluntad, y aunque ésta pudiera demostrarse, no es posible comprobar si en la situación concreta la persona habría podido obrar de otro modo.

En favor de las teorías absolutas se puede sostener que impiden la utilización del condenado para fines preventivos generales, es decir, para intimidar a la generalidad mediante la aplicación de penas al que ha cometido un delito (lo cual no necesita guardar relación con la gravedad del mismo) y que, por tanto, no deben estar condicionadas por la tendencia general a delinquir a la que el autor del delito es ajeno. En otras palabras, impiden sacrificar al individuo en favor de la colectividad.

B. Teorías relativas

Las teorías relativas procuran legitimar la pena mediante la obtención de un determinado fin, o la tendencia a obtenerlo. Su criterio legitimante es la utilidad de la pena. Si este fin consiste en la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, se tratará de una teoría preventivo-general de la pena. Si, por el contrario, el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no reitere su hecho, estaremos ante una teoría preventivo-especial o individual de la pena.⁵³

La prevención general no es cuestionada, bajo ciertas circunstancias, en el momento de la amenaza de la pena (cuando el código penal amenaza con privar de la libertad a quien prive de la vida a otro). El problema es diferente en el momento de la individualización de la pena, cuando debe fijarse la pena merecida por el autor dentro del máximo y del mínimo; en este caso, las consideraciones preventivo-generales que conduzcan a una pena superior a la que corresponda por la gravedad del hecho carecen de legitimidad.⁵⁴ Por otra parte, la existencia empírica de un efecto preventivo-general de las penas ejecutadas no ha sido hasta ahora comprobada convincentemente. El representante más conocido de las teorías preventivo-generales es Feuerbach, quien sostuvo que era “una preocupación del Estado, que se hace necesaria por el fin de la sociedad, que aquel que tenga tendencias antijurídicas sea impedido psicológicamente de motivarse según estas tenden-

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

cias".⁵⁵ La amenaza de la pena tendría precisamente esta función disuasoria. Pero ello permite elevar las penas indefinidamente, pues cuanto más grave sea el mal amenazado, más fuerte será el efecto intimidante. Por este motivo, la prevención general requiere, en todo caso, límites que no se pueden extraer de su propia lógica y que deben ser, por decirlo así, externos (digamos, la culpabilidad del autor).

¿Es la pena un instrumento de inhibición de conductas? Son varias las posturas doctrinarias que hacen girar el sentido de la pena alrededor del principio de prevención general. Entre los autores españoles encontramos a los profesores Gimbernat Ordeig, Santiago Mir Puig y Diego Luzón Peña.⁵⁶ Según su posición, la función primordial de la pena es la de motivar en los individuos los comportamientos deseados, inhibiendo las tendencias antisociales y promocionando los comportamientos valiosos.

Gimbernat niega toda idea de reproche por la imposibilidad de demostrar la existencia del libre albedrío. La irresponsabilidad del inculpable se justifica, entonces, por su inaccesibilidad al efecto inhibitorio del castigo. Consecuentemente, la pena es una amarga necesidad dentro de la imperfección humana.⁵⁷

Esta teoría llevada al extremo nos obligaría a modificar la gravedad de las penas hasta llegar a la más severa: la pena capital para todos los delitos. Es así como en estos últimos tiempos ha resurgido el argumento de reimplantar la pena de muerte por su eficacia intimidante. Intimidar a los demás con el fin de que se abstengan de delitos similares; por ello se acepta la muerte del reo. He ahí la pena de muerte fundada en razones de utilidad y no de justicia.

Los seguidores de la teoría de la motivación no son insensibles a esta preocupación. En concreto, el fin perseguido por Gimbernat es el de conseguir una mayor seguridad jurídica. Por esta razón son firmes partidarios de la pena proporcionada... y creen que la proporcionalidad es una consecuencia obligada de la motivación o prevención general.⁵⁸

⁵⁵ Citado por Roxin, Claus, "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Reus, 1976, p. 17.

⁵⁶ Cfr., Gimbernat Ordeig, Enrique, *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1980. Luzón Peña, Diego, "Antinomias penales y medición de la pena", en *La reforma del derecho penal*, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 1981. Mir Puig, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Bosch, 1979.

⁵⁷ Cfr., Gimbernat Ordeig, Enrique, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?", en *Problemas actuales de derecho penal y procesal*, Salamanca, Bosch, 1971.

⁵⁸ Bajo Fernández, Miguel, "Reflexiones sobre el sentido de la pena privativa de libertad", en *Revista*

¿Debemos entender entonces que la pena sólo se justifica si puede motivar la no comisión del hecho? Si aceptamos esta concepción las consecuencias serían las siguientes:

Primera. La irresponsabilidad de los inimputables y de los que actúan bajo error invencible de prohibición, ya que frente a tales sujetos la pena carece de efectos inhibitorios de control.

Segunda. Resulta obligada la proporcionalidad según la gravedad del hecho y según si la conducta fue dolosa o culposa.

Tercera. Tratándose de un caso fortuito no es punible el resultado, porque la pena no puede motivar la inhibición de una conducta imprevisible e inevitable.

En estos casos no se consigue conciliar la proporcionalidad de la pena con su carácter de motivador de conductas. Se conseguirá sólo uno de los dos fines.

No corresponde a los fines de este trabajo reproducir aquí el muy interesante debate que suscita el tema de la culpabilidad con respecto al libre albedrío como fundamento del reproche jurídico penal y su indemostrabilidad. La discusión no está terminada. Aunque en abstracto existe el libre albedrío, es imposible demostrar si una persona determinada, en una situación concreta ha cometido libremente o no un determinado delito. A lo que el derecho se limita en estos momentos es a tratar de establecer si el sujeto ha obrado libremente en el sentido de que, según nuestra experiencia del obrar humano, otro en su lugar hubiera actuado de manera distinta aplicando la fuerza de voluntad necesaria.

En el fondo, esta teoría —que ve a la pena como una contramotivación (o motivación negativa)— parte también de una concepción de la pena retributiva, pues demuestra que la prevención sólo se consigue con el castigo.

La prevención general se justifica desde un punto de vista político criminal porque la amenaza de pena (así como su imposición y ejecución) es un medio imprescindible de encauzar conductas y de control social. El efecto inhibitorio hace necesaria la amenaza y ejecución penal en tanto no haya otros medios para posibilitar la convivencia social. Pero hay que demostrar la imprescindibilidad real de la pena y su necesidad hacia los fines expuestos. Para fundamentarla hay que atender a una serie de princi-

pios como los de subsidiariedad; de protección de bienes jurídicos importantes y de aplicación del derecho penal como último recurso. En cuanto a los fundamentos de su aplicación, deben existir razones de gravedad suficiente.

La prevención general tiene dos aspectos, nos dice Luzón Peña:⁵⁹ la intimidación general dirigida a la colectividad para que se abstenga de delinquir y el prevalecimiento del orden jurídico, con la consiguiente sensación de seguridad, paz y confianza de los ciudadanos en el derecho.

Roxin agrega un aspecto: la prevención compensadora de la culpabilidad, considerando que la pena por la culpabilidad no recibe su sentido de la retribución sino que es un instrumento de prevención.

En cuanto a la defensa del orden jurídico corresponde hacer un comentario sobre el código penal alemán. Éste dispone que no se impongan penas privativas de libertad inferiores a seis meses, salvo que lo requiera la personalidad del autor, o que sea imprescindible para la defensa del orden jurídico (artículo 47), e igualmente el artículo 56 prevé la condena condicional para penas comprendidas entre seis meses y un año, a no ser que a ello se oponga la defensa del orden jurídico. En la medición de la pena, la ley permite que la pena quede por abajo de la medida de la culpabilidad cuando la pena tenga efectos desocializadores.

A menudo las consecuencias sociales, profesionales o laborales son igual o aun más intimidatorias que las de un juicio penal, y como señala Córdoba Roda “la eficacia intimidatoria no depende tanto de la gravedad de la pena prevista legalmente, como del grado de su realización práctica”.⁶⁰

En cuanto a la prevención especial hay que decir que ha sido sostenida en diferentes momentos de la historia del derecho penal. Su fundamento es que la comisión de un delito contiene la amenaza de futuras lesiones del orden jurídico; por lo tanto, la pena debe servir para evitar esos futuros delitos, ya que el que se cometió no puede borrarse de este mundo. La fisonomía de esta teoría cambió cuando el positivismo hizo de ella su teoría de la pena. Con sus nuevas características, la teoría preventivo-especial se convirtió en el siglo XX en el punto de partida de lo que se puede llamar el derecho penal moderno, pues sobre su base se orientaron las reformas legislativas de los códigos penales del siglo pasado.

59 Luzón Peña, Diego, *op. cit.*, p. 27.

60 Córdoba Roda, Juan, *Culpabilidad y pena*. Barcelona, Bosch, 1977, p. 64.

La moderna teoría de la prevención especial se caracteriza por el desplazamiento del acento del derecho penal desde el hecho cometido al autor del mismo.

El punto de vista dominante —decía von Liszt en su Programa de Marburgo en 1882— determina la pena en relación a un hecho que parece no haber sido cometido por ningún autor... No es el concepto sino el autor lo que debe sancionarse. Ésta, agregaba von Liszt, era la manera de concebir correctamente la pena retributiva: represión y prevención no constituyen oposición alguna.⁶¹

La pena en consecuencia, afirma Bacigalupo, es prevención mediante represión, y debía servir para: *a) la corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección; b) intimidación del delincuente que no requiere corrección; y c) inocuización del delincuente que carece de capacidad de corrección.* Por delincuentes que carecen de capacidad correcional, entendió Von Liszt a los habituales. Los delincuentes que requieren corrección y que son susceptibles de ella son los “principiantes de la carrera delictiva”. Los que no requieren corrección son los delincuentes ocasionales. Estas ideas quedaron ya superadas a partir de la década de los sesenta con los aportes pedagógico-sociales sobre la conducta humana.

Los criterios orientadores de la concepción moderna de la prevención especial están actualmente sometidos a fuertes discusiones, que provienen tanto del pensamiento más conservador como del más radical. Quienes parten de la co-responsabilidad social en el fenómeno de la delincuencia niegan el derecho de la sociedad a “resocializar” al autor y proponen la “resocialización de la sociedad”. Quienes, por el contrario, representan puntos de vista conservadores subrayan el fracaso de la idea de tratamiento y postulan un retorno a las ideas penales clásicas de las teorías absolutas de la pena. Por el momento, baste señalar la frecuencia con que el argumento del fracaso del tratamiento es utilizado también para atacar la idea de resocialización.

Pese a las críticas al modelo que se impone en nuestros centros de readaptación, no se puede prescindir del fin resocializador de la pena porque va necesariamente vinculado a la ejecución de penas privativas de libertad, las que por razones diversas como la seguridad colectiva, no se pueden suprimir. No existe otra justificación de la inversión en tiempo y esfuerzo

⁶¹ Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, p. 20.

de personal, aunado a lo económico, si no es con un criterio utilitario de privación de la libertad.

C. Teorías mixtas o de la unión

Un tercer grupo de teorías está compuesto por las llamadas teorías de la unión. Tratan de combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas con los de las relativas en una teoría unificadora. Por lo tanto, se trata de teorías que procuran justificar la pena en su capacidad para reprimir (retribución) y prevenir (protección) al mismo tiempo. Dicho en otras palabras, la pena será legítima en la medida en que sea a la vez justa y útil. Los valores justicia y utilidad, que en las teorías absolutas resultan excluyentes, y que en las relativas son contemplados sólo a través de la preponderancia de la utilidad, resultan unidos en estas teorías. Admiten que el fin represivo y el preventivo de la pena pueden no coincidir e inclusive ser antinómicos. La pena justa con respecto al hecho cometido puede ser insuficiente para el autor del delito y sus necesidades. El conflicto debe resolverse optando por uno de ellos, el que sea preponderante. Ello permite, continúa Bacigalupo,⁶² configurar dos orientaciones diversas de las teorías de la unión: la primera de ellas da preponderancia a la justicia sobre la utilidad, es decir, a la represión sobre la prevención. De acuerdo con esto, la utilidad de la pena puede contemplarse legítimamente siempre y cuando no se requiera exceder ni atenuar la pena justa.

La segunda orientación de las teorías de la unión distribuye en momentos distintos la incidencia legitimante de la utilidad y de la justicia. La utilidad es el fundamento de la pena y, por lo tanto, sólo es legítima la pena que opere en forma preventiva.

En la actualidad, los penalistas, en la teoría y en la práctica, trabajan con una serie de criterios justificantes o legitimantes de la pena en distintos momentos: el de la amenaza, el de la aplicación y el de la ejecución. Según Claus Roxin⁶³ la forma de alcanzar esta síntesis es que en el momento de la amenaza, el fin de la pena es la prevención general; en el de la determinación de la pena, los fines preventivos son limitados por la medida de la

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Roxin, Claus, *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 24-28.

gravedad de la culpabilidad; y en el momento de la ejecución, la importancia la tiene el fin resocializador (prevención especial).

D. *La teoría de la prevención general positiva*

Las teorías preventivas tradicionales se han apoyado en consideraciones empíricas que no han podido hasta ahora ser demostradas. La prevención por la coacción sicológica o por medio de la resocialización son fines que no se pueden verificar como verdaderamente alcanzables, además, del desánimo ante la idea de lograr la resocialización de los presos. Los autores Muñoz Conde y García Pablos⁶⁴ están convencidos de que esta idea constituye sólo un mito. Ambos factores han llevado a los modernos doctrinarios europeos a revisar las funciones de la pena, lo que en definitiva supone la vuelta a la prevención general, entendida ahora no en una dimensión negativo-intimidatoria, sino como prevención general positiva. En tal concepto se deposita la confianza de que la prevención general pueda superar su tendencia natural al terror penal utilitarista. El escritor alemán Guenther Jakobs considera que esta nueva filosofía se asienta en una especie de neorretribucionismo, legitimador de la intervención penal.⁶⁵ Dejemos que sea Gonzalo Quintero quien nos explique las ideas de Jakobs:

Este entramado teórico se liga a la tesis de Luhmann sobre el fundamento y el papel de las normas jurídicas: en la medida que las normas jurídicas estabilizan y garantizan expectativas sociales (el derecho aparece como estabilizador de la convivencia social), se asigna al derecho penal la finalidad de preservar la función orientadora de las normas jurídicas, de tal suerte que el delito al constituir una infracción de la norma supone una defraudación de expectativas. Ligada lógico-mecánicamente la pena a esta negación (el delito), el castigo reafirma la

64 En la doctrina española destacan Francisco Muñoz Conde con su artículo “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1979, pp. 91 y ss.; y de Antonio García Pablos “La supuesta función resocializadora del derecho penal: utopía, mito y eufemismo”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, septiembre-diciembre 1979, fasc. 3, pp. 645 y ss. Otros autores europeos son Albin Eser “Resozialisierung in der Krise?”, en *Festschrift fuer K. Peters*, Alemania, Walter de Gruyter, 1974, pp. 509 y ss., Alessandro Baratta “Criminología liberal e ideología della difesa sociale”, en *La Questione Criminale*, Italia, 1976, pp. 237 y ss.

65 En los años cincuenta se hablaba sólo de las teorías de prevención general y especial. Después del resultado de unir ambas conocimos las teorías de la unión (el proyecto alternativo al código penal alemán). A partir de Guenter Jakobs (seguido por Hassemer) y su propuesta de vuelta a la prevención general —ahora positiva— los autores contemporáneos manejan cuatro teorías. Juan Bustos Ramírez atiende en forma muy extensa y clara las teorías absolutas, las relativas, las mixtas e intentos superadores, cfr. *Manual de derecho penal español sobre la pena y sus teorías*, Barcelona, Ariel, 1986, pp. 20-41.

función orientadora y de confianza propia de las normas jurídicas (la pena como algo positivo), la pena así no ejerce un papel negativo-intimidatorio ni preventivo, sino positivo: reafirma la confianza en la norma.⁶⁶

La propuesta de Jakobs ha merecido severas críticas. El mismo autor nos las resume en cinco puntos:

1. Se señala que el problema de la pena queda desligado de la función de protección de bienes jurídicos propia del derecho penal, de suerte que nos hallamos ante un neorreibucionismo, que elimina de su ideario aquellos únicos aspectos garantistas insertos en el retribucionismo: el llamado principio de proporcionalidad. Al respecto, Alessandro Baratta ha expresado que estamos no ante un intento de legitimar la intervención penal, sino ante una teoría aún más peligrosa que las tesis retribucionistas clásicas.⁶⁷ La preservación del sistema social se hace por encima de las garantías, los derechos y los valores del individuo.
2. La intervención penal para garantizar las expectativas es un concepto que maneja Jakobs olvidando la especificidad propia del derecho penal en cuanto instancia de control formal que está condicionado por múltiples límites y garantías, como dice Hassemer. Parece que tienden a eliminarse las barreras formales entre el derecho penal y otros medios de control social menos drásticos. El derecho penal queda, con esto, vacío de contenido y de funciones intrínsecas y específicas.
3. Al eliminar los límites del *ius puniendi* tanto en su aspecto formal como en el material, conduce a la legitimación y desarrollo de una política criminal carente de legitimación democrática.
4. La injerencia del derecho penal en la conciencia de los ciudadanos, es decir, la imposición de aceptaciones éticas del derecho por medio de la pena es inaceptable desde los postulados del Estado social y democrático de derecho.
5. En la teoría de Jakobs, las exigencias de pena por parte de la sociedad pueden rebasar los niveles requeridos desde la teoría prevencionista clásica (general-intimidatoria). En esta medida la prevención general “estabilizadora” carece de fundamento racional: bajo una ornamentación estéticoracional, la teoría legitima impulsos irracionales y emocionales primarios

66 Quintero Olivares, Gonzalo, *op. cit.*, p. 134.

67 “Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1984, p. 535.

ante el hecho criminal, así, la pena se entiende como medio de reequilibrio síquico de la sociedad.

3. EL DERECHO PENAL Y LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Durante años se ha atribuido al derecho penal la función de regular conductas para la adecuada protección de los derechos humanos, sin embargo, no todo depende únicamente del código penal. Éste constituye una muy modesta parte de todo lo que implica el sistema penal; la mayor parte está en función de su aplicación. Estamos refiriéndonos a los poderes judicial y ejecutivo, que son los encargados, el primero, de aplicar la ley penal a los casos concretos y, el segundo, de ejecutar las resoluciones judiciales.

La función del derecho penal estará siempre en relación con el tipo de Estado de que se trate.

El concepto de derecho que existe en un determinado orden social está, o debe estar, en relación directa con el contenido de la Constitución. Ésta, por tanto, constituye el indicador del sistema penal y de la política criminal que debe existir en un determinado contexto social, así como el parámetro de validez del derecho penal.⁶⁸

No parece necesario ampliar el tema, baste decir que cualquier Estado moderno tiene como principio básico el respeto a los derechos del hombre (incluyan a los delincuentes), que se traducen en garantías legales. En este caso, la parte dogmática de nuestra Carta Magna y las leyes secundarias que de ella emanen.

Corresponde en este momento hacer una crítica a la concepción de la pena basada únicamente en consideraciones de prevención especial que ignore las tres limitaciones siguientes: duración determinada por la culpabilidad del autor, consentimiento del interno para someterse a tratamiento y la posibilidad de no aplicación. Ya que de no hacerlo se pondrían en peligro las libertades individuales. La concepción reeducadora de la pena, ya explicada, es preventivista, y los riesgos a que puede llevar, en palabras de Miguel Bajo Fernández, trata de lo siguiente:

⁶⁸ Moreno Hernández, Moisés, "Algunas bases para la política criminal del Estado mexicano", en *Revista Mexicana de Justicia*, México, abril-junio 1985, núm. 2, vol. III. p. 114.

primero se comienza simplemente aprovechando el período de prisión para intentar reeducar al delincuente. Luego se intentará alargar el tiempo de privación de libertad para conseguir eficacia en el tratamiento reeducador, continuándose por adelantar la entrada en las cárceles para conseguir que el sujeto peligroso no llegue a delinquir. El final no tan fantástico e irreal como pudiera pensarse, estaría en la aplicación de técnicas sofisticadas que van desde los hospitales psiquiátricos para sujetos desviados, hasta aquellas prácticas quirúrgicas capaces de eliminar drásticamente la agresividad de un individuo. No nos son, geográfica ni históricamente, tan lejanas técnicas psiquiátricas dirigidas a acabar con el disidente político, o castraciones utilizadas para reincorporar en la sociedad al delincuente sexual.⁶⁹

Mantener una concepción preventiva de la pena basada en la resocialización implica desconocer el privilegio de clase que se mantiene con la idea de resocialización que fundamenta nuestras instituciones penales. No hay que olvidar que tratándose de delincuentes pertenecientes a las clases altas la estigmatización de la prisión no aparece. La concepción reeducadora de la pena coincide con los viejos postulados de que el delincuente es un sujeto anormal necesitado de tratamiento rehabilitador.

La idea de los delincuentes que gustosos se someten a la pena y su ejecución, para ser readaptados, es irreal. En delitos que se deben a conflictos síquicos del sujeto, éste requiere ayuda siquiatrífica, pero no a través del cumplimiento de una pena. Si la causa del delito fue por carencias económicas, el sujeto necesitará de un trabajo para resolver su problema de dinero, y no la ejecución de una pena, por mucho que se le diga que se le va a capacitar para el trabajo. La imposición y la ejecución de una pena no son un bien destinado al sujeto, aunque puedan en el futuro repercutir en su beneficio.

A. La función de tutela de los bienes jurídicos

En la medida en que existan los intereses, los bienes jurídicos —individuales o colectivos— que se vean afectados por los comportamientos humanos, se seguirá hablando de la existencia del fenómeno de la criminalidad, cualesquiera que sean dichos bienes o intereses, así como las formas que adopte la criminalidad. Mientras haya criminalidad, habrá siempre reacción contra ella, la que, a su vez, podrá adoptar las más variadas formas;

⁶⁹ Bajo Fernández, Miguel, *op. cit.*, p. 137.

pero será, sin duda, una reacción institucionalizada. Dentro de ésta se encuentra el sistema penal en cuanto complejo de medios de control social institucionalizado de carácter penal. Asimismo, dentro del sistema penal y como recurso político-criminal, la legislación penal será el marco normativo necesario para la intervención de los diferentes órganos del Estado que tienen que ver con los medios de control frente al fenómeno de la criminalidad.

B. La eficacia del derecho penal

En la consecución de sus fines, debe buscarse que el derecho penal resulte eficaz, pues de otra manera no cumplirá con su función, y por ello no se justificará. Dentro de nuestra realidad y bajo las condiciones actuales no puede plantearse que la legislación penal sustantiva se justifique por ser un instrumento eficaz de lucha contra la delincuencia. Hasta ahora el efecto preventivo general del derecho penal no ha alcanzado proporciones considerables. Corresponde a otras instancias del sistema penal lograr un mayor efecto preventivo. Pero antes que a las instancias penales, corresponde a otras áreas del quehacer estatal esa función promordial; pues debe prevalecer la idea de que el derecho penal, como los otros sectores del sistema penal, sólo debe ser utilizado como último recurso.

C. Principios rectores del derecho penal

1. *Nullum crimen sine legi, nulla poena sine lege.* Este es un principio limitador del poder penal del Estado y garantizador de derechos humanos; el cual exige que los tipos penales estén de tal manera diseñados que de su forma y contenido se derive seguridad jurídica para los destinatarios de la norma penal.

2. *Nullum crimen sine conducta.* Este principio establece, por una parte, que el objeto de las normas penales únicamente lo son las conductas humanas (acciones u omisiones), es decir, que las normas penales no pueden prohibir y ordenar más que conductas humanas y, por otra, consecuente con lo anterior, que la pena sólo podrá imponerse al sujeto “por lo que ha hecho” y no “por lo que él es” o “por la forma de conducir su vida”.

3. *No hay delito ni pena sin lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.* Debe haber necesariamente un bien jurídico de por medio que haya sido lesionado o por lo menos puesto en peligro; los tipos penales y el derecho

penal en general existen, se justifican, por la existencia de bienes jurídicos que requieren protección penal.

4. *Nullum crimen sine culpa*. Esta exigencia establece el límite de lo que puede ser penalmente relevante, se excluye la llamada responsabilidad puramente objetiva.

5. *Nulla poena sine culpabilidad*. A nadie podrá imponerse pena alguna si no se demuestra previamente que es culpable. La culpabilidad, por tanto, constituye uno de los presupuestos fundamentales de la punibilidad, además del injusto penal. Conforme a este principio, la medida de la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad; es decir, entre cantidad de pena y grado de culpabilidad debe existir una relación directa.

6. *Racionalidad y humanidad de la pena*. Esta exigencia vale no sólo para el juzgador a la hora de la individualización penal, sino también para el legislador al fijar las consecuencias imponibles para cada delito y, por supuesto, para el ejecutor de las penas.

7. *Personalidad o intrascendencia de la pena*. Desgraciadamente los principios antes citados no han sido incorporados a nuestro sistema legislativo, menos aún han sido llevados a la práctica, pese a que aparecen siempre en los discursos que en foros nacionales o internacionales mantienen nuestras autoridades penitenciarias. Remitámonos a la situación que guardan los principios de igualdad ante la ley y el principio de culpabilidad. Conforme han venido interpretando los jueces penales el artículo 52 del código penal, es la peligrosidad o temibilidad el criterio determinante para la individualización judicial. Así que, según nuestra legislación secundaria, lo que se retribuye es la peligrosidad en lugar de la culpabilidad.⁷⁰

⁷⁰ Moreno Hernández, Moisés, *Presente y futuro de la legislación penal. Hacia el derecho penal del nuevo milenio*. México, Inacipe, 1991, pp. 221 y ss.