



**Mi Universidad**

**ANTOLOGÍA**

**TEORÍA DE LA LEY PENAL**

**Nombre de la materia:**

*Teoría de la Ley Penal*

**Nombre del Posgrado:**

*Maestría en Ciencias Jurídicas Penales y Criminológicas*

**Cuatrimestre:**

*Segundo*

---

## Marco Estratégico de Referencia

---

### **Antecedentes históricos**

Nuestra Universidad tiene sus antecedentes de formación en el año de 1979 con el inicio de actividades de la normal de educadoras “Edgar Robledo Santiago”, que en su momento marcó un nuevo rumbo para la educación de Comitán y del estado de Chiapas. Nuestra escuela fue fundada por el Profesor Manuel Albores Salazar con la idea de traer educación a Comitán, ya que esto representaba una forma de apoyar a muchas familias de la región para que siguieran estudiando.

En el año 1984 inicia actividades el CBTiS Moctezuma Ilhuicamina, que fue el primer bachillerato tecnológico particular del estado de Chiapas, manteniendo con esto la visión en grande de traer educación a nuestro municipio, esta institución fue creada para que la gente que trabajaba por la mañana tuviera la opción de estudiar por las tardes.

La Maestra Martha Ruth Alcázar Mellanes es la madre de los tres integrantes de la familia Albores Alcázar que se fueron integrando poco a poco a la escuela formada por su padre, el Profesor Manuel Albores Salazar; Víctor Manuel Albores Alcázar en julio de 1996 como chofer de transporte escolar, Karla Fabiola Albores Alcázar se integró en la docencia en 1998, Martha Patricia Albores Alcázar en el departamento de cobranza en 1999.

En el año 2002, Víctor Manuel Albores Alcázar formó el Grupo Educativo Albores Alcázar S.C. para darle un nuevo rumbo y sentido empresarial al negocio familiar y en el año 2004 funda la Universidad Del Sureste.

La formación de nuestra Universidad se da principalmente porque en Comitán y en toda la región no existía una verdadera oferta Educativa, por lo que se veía urgente la creación de una institución de Educación superior, pero que estuviera a la altura de las exigencias de los jóvenes que tenían intención de seguir estudiando o de los profesionistas para seguir preparándose a través de estudios de posgrado.

Nuestra Universidad inició sus actividades el 18 de agosto del 2004 en las instalaciones de la 4ª avenida oriente sur no. 24, con la licenciatura en Puericultura, contando con dos grupos de cuarenta alumnos cada uno. En el año 2005 nos trasladamos a nuestras propias instalaciones en la carretera Comitán – Tzimol km. 57 donde actualmente se encuentra el campus Comitán y el corporativo UDS, este último, es el encargado de estandarizar y controlar todos los procesos operativos y educativos de los diferentes campus, así como de crear los diferentes planes estratégicos de expansión de la marca.

## **Misión**

Satisfacer la necesidad de Educación que promueva el espíritu emprendedor, aplicando altos estándares de calidad académica, que propicien el desarrollo de nuestros alumnos, Profesores, colaboradores y la sociedad, a través de la incorporación de tecnologías en el proceso de enseñanza-aprendizaje.

## **Visión**

Ser la mejor oferta académica en cada región de influencia, y a través de nuestra plataforma virtual tener una cobertura global, con un crecimiento sostenible y las ofertas académicas innovadoras con pertinencia para la sociedad.

## Valores

- Disciplina
- Honestidad
- Equidad
- Libertad

## Escudo



El escudo del Grupo Educativo Albores Alcázar S.C. está constituido por tres líneas curvas que nacen de izquierda a derecha formando los escalones al éxito. En la parte superior está situado un cuadro motivo de la abstracción de la forma de un libro abierto.

## Eslogan

“Mi Universidad”

## ALBORES



Es nuestra mascota, un Jaguar. Su piel es negra y se distingue por ser líder, trabaja en equipo y obtiene lo que desea. El ímpetu, extremo valor y fortaleza son los rasgos que distinguen.

---

## Nombre de la Materia: Teoría de la Ley Penal

---

**Objetivo de la materia:** Al finalizar el curso, el alumno conocerá los principios fundamentales que sustentan la Teoría de la Ley Penal vigente, así como las formas de su interpretación, sus fuentes e integración.

### Criterios de evaluación:

No	Concepto	Porcentaje
1	Trabajos en plataforma Educativa	60%
2	Examen	40%
<b>Total de Criterios de evaluación</b>		<b>100%</b>

# ÍNDICE

## **UNIDAD I.**

### **IUS PUNIENDI Y IUS POENALE.**

I.1. Ius Puniendi y Ius Poenale.

I.1.1 Ius puniendi.

- Legislativo.
- Judicial.
- Ejecutivo.

I.1.2. Ius Poenale.

I.2. Principios sobre el ejercicio del Ius Puniendi.

I.3. El universo teórico sobre la Ley Penal.

I.3.1. Teorías generales.

I.3.2. Teoría general de las normas penales.

I.3.3. Teoría general de los delitos.

I.3.4. Teoría general de las penas.

I.3.5. Teoría general de las medidas de seguridad.

I.3.6. Teorías particulares específicas.

## **UNIDAD II.**

### **LAS FUENTES, LA INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN Y LOS ÁMBITOS DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL.**

2.1. Las Fuentes de la Ley Penal.

2.1.1. Fuentes históricas.

2.1.2. Fuentes reales.

2.1.3. Fuentes formales.

2.2. La interpretación e integración de la Ley Penal.

2.2.1. Interpretación.

2.3. Ámbitos de validez de la Ley Penal.

2.3.1 Espacial.

2.3.2. Personal.



## **UNIDAD I.**

### **IUS PUNIENDI Y IUS POENALE.**

#### **I.1. Ius Puniendi y Ius Poenale.**

El Derecho Penal, en sentido objetivo, dice Cuello Calón, es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquéllos son sancionados. Para Pesin es el conjunto de principios relativos al castigo del delito; Von Liszt lo define como el sistema de normas establecidas por el Estado, que asocia al crimen como hecho, la pena como su legítima consecuencia. Según Edmundo Mezger, el Derecho Penal Objetivo es el conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del estado, conecantdo en el delito como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica.

En México, Raúl Carrancá y Trujillo estima que el Derecho Penal, objetivamente considerado, es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delinquentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación.

En sentido subjetivo, el Derecho Penal se identifica con el ius puniendi: es el derecho a castigar. Consiste en la facultad del estado (mediante leyes) de conminar la realización del delito con penas, y, en su caso, imponerlas y ejecutarlas. Para Cuello Calón es el derecho del Estado a determinar, imponer y eecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad. Difiere del anterior criterio Julio Klein, para quien la sanción penal no es un derecho, sino un deber del Estado: el único deber ser que se contiene en la norma primaria penal.

En realidad, el Derecho Penal subjetivo, es el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para detrmnar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad.

#### **I.1.1 Ius puniendi.**

Si el derecho penal en sentido objetivo se integra por el universo jurídico total, cuyo objeto se orienta a la sistematización de las normas jurídico penales, el derecho penal en sentido subjetivo, en cambio, hace referencia a la potestad punitiva. (Se habla así del derecho penal objetivo o ius poenale y del derecho penal subjetivo o ius puniendi).

Nos ocupa ahora el análisis del derecho penal subjetivo o potestad punitiva del Estado. Para atender su estudio, procurando no caer en una perspectiva metajurídica que pudiera suponer un reduccionismo histórico, económico, social o político, vale observar, que la comprensión cabal del tema exige, sin embargo, la necesaria referencia a conceptos que tienen un contenido metajurídico, sin los cuales no es posible entender los rasgos de evolución metodológica, de sistematización y de análisis de los conceptos e instituciones jurídico penales que conforman el derecho actual y de que se ocupa la obra, los cuales son indispensables para explicarlas, precisando su contenido y alcance.

Si el Estado es ejercicio del poder legitimado por el reconocimiento de una sociedad plural, dentro de un espacio determinado, el ius puniendo, a su vez, es autoconstatación ideológica y simbólica del Estado, con las características recogidas en su definición constitucional.

En este orden de ideas, es evidente la interrelación entre el derecho penal en sentido objetivo y el derecho penal en sentido subjetivo, entendido, aquel, como el orden jurídico dado; éste, como la facultad del Estado para establecerlo y aplicarlo. Surge, así, de entrada, la pregunta: ¿el derecho de punir del Estado constituye el origen del derecho penal?, o bien: ¿el derecho penal objetivo origina el derecho de punir? Entendemos que la respuesta es relativa y está determinada por las razones históricas que la definen. Así, cabe pensar que desde el punto de vista histórico, en sus orígenes, sin duda debió ser el derecho penal en sentido subjetivo o derecho de punir del soberano lo que, en su momento, determinó la existencia de la ley escrita o derecho objetivamente considerado; o lo que es lo mismo, cuando no existía un derecho escrito es lógico inferir que correspondía al monarca o jefe de grupo social, el ejercicio de la potestad punitiva, dictando las leyes e imponiendo las penas. La estabilización en la forma de resolver los conflictos sociales, con el tiempo hubo de generar las bases que determinaron la concepción de un derecho penal en sentido objetivo. Una vez creado y establecido el derecho penal en sentido objetivo es de entenderse que, a partir de entonces, correspondió al derecho penal objetivo fijar las bases del derecho penal subjetivo o facultad punitiva del Estado. En efecto, en el Estado mexicano corresponde a la Constitución de la República, establecer las bases de lo que es el ius puniendi. Ahí se delimitan las bases jurídicas de la potestad punitiva del Estado.

Derecho penal en sentido subjetivo es la potestad penal del Estado para declarar como punibles determinados comportamientos (creación de la ley) para imponer las penas o medidas (función jurisdiccional) y para ejecutarlos (función ejecutiva penal).

El entendimiento del derecho penal en sentido subjetivo lleva a la necesidad de comentar la evolución de la concepción del derecho penal hasta su estado actual. Para este efecto, como convención, se adopta como punto de partida el estado de derecho en sentido moderno, que es aquel en el que se da la definición de la nueva legislación penal.

Las características del *ius puniendi*, naturalmente, guardan relación con las características de la estructura del poder que lo ejerce. Con la delimitación señalada en el tema que nos ocupa es decir, la concepción del Estado moderno que se da como consecuencia del movimiento iluminista europeo de fines del siglo XVIII, el derecho observa la evolución general siguiente.

#### *El Estado absolutista y el Estado liberal*

El estado de derecho moderno encuentra su antecedente inmediato en el Estado absolutista que lo precedió, básicamente monárquico, que estuvo caracterizado por la centralización absoluta del ejercicio del poder legítimo en la persona del monarca, dentro del marco de la filosofía política acerca del poder que señalaba Hobbes. En la medida en que era entendido que tal poder provenía de la autoridad divina, razón que explica la importancia que durante esta época y desde la Edad Media tuvo la epístola de San Pablo a los romanos, en la que aparece el señalamiento de que las autoridades terrenas han sido establecidas por Dios para castigar a quienes obran mal. Este ejercicio absoluto del poder es el que, a su vez, habría de plantearse como el objeto de impugnación de las ideas del iluminismo europeo, caracterizado, fundamentalmente, como un movimiento crítico ideológico racionalista, jusnaturalista y utilitarista, al Estado absoluto que implicó el regular abuso del poder en detrimento de la libertad de los miembros de la comunidad social.

Atento a esto se planteó y desarrolló el interés en buscar nuevas vías a través de las cuales se lograra la delimitación de dicho poder que, a la vez, se estableciera como garantía para los miembros de la sociedad frente a la autoridad y con las cuales se creara también el nuevo concepto de la autoridad. Este fenómeno que se da en el siglo XVII y fundamentalmente en el curso del siglo XVIII, a la vez que crítico del Estado preexistente, se orienta fundamentalmente a la concepción y afirmación del

principio de legalidad, como, también, del principio de división de poderes, como límites para el ejercicio del poder y, consecuentemente, como garantía para la sociedad en el ejercicio de sus libertades. Naturalmente, el marco de tales ideas tenía que ser la concepción de un Estado democrático y liberal.

Durante la Edad Media la estructura social y económica de los pueblos desarrollados en Europa, formados a la caída del Imperio Romano de Occidente, con el desarrollo de los pueblos formados sobre todo por las migraciones del Asia Central, conformaron una estructura feudal, en parte importante derivada de la repartición de la tierra entre los que habían sido capitanes y jefes administrativos reconocidos por el Imperio y que se afirmó con la presencia del señor, como el dueño de la tierra, y el siervo, como unido a la tierra que trabajaba y a la que hacía producir, bajo el dominio del señor feudal, debiéndole lealtad, tributo y respeto, a la vez que recibiendo de aquel protección frente a las frecuentes invasiones, tanto de otros grupos bajo la autoridad de otros señores feudales, como de las invasiones provenientes de oriente.

Esta estructura social, sin embargo, evoluciona y se modifica al desarrollarse los centros urbanos surgidos como villas y Burgos alrededor de los principales castillos y centros feudales, lo que fue originando una nueva concentración urbana y una nueva estructura económica, que con el tiempo, favoreció una nueva forma de producción urbana que supuso el desarrollo de diversas actividades y oficios lo que, a su vez, fortaleció el desarrollo de una nueva clase social, diferente a las de la aristocrática feudal y de la servidumbre preexistente.

La nueva estructura, favoreció la concentración del capital urbano que rápidamente se fue fortaleciendo, lo que a la vez que originó la concentración urbana y el surgimiento de una nueva forma de poder, simultáneamente ocasionó, también, el debilitamiento de la estructura feudal como una consecuencia natural de las migraciones originadas del campo a la ciudad, lo que debilitó la base de la fuerza de la propia estructura feudal, tanto por la afectación en la producción del campo, cuanto por la disminución de los efectos que suponían la defensa y la fuerza de la autoridad feudal.

Durante un espacio que duró varios siglos se produce la transformación de la estructura feudal a la estructura de producción urbana, que llevó al maquinismo, favoreciendo al movimiento conocido como la “Revolución Industrial”, que alcanzó su culminación en el curso del siglo XVIII.

Naturalmente, tales cambios generaron también modificaciones fundamentales en la nueva estructura social, derivadas tanto de la rápida concentración urbana operada, que, en un principio, se manifiesta como fenómeno de acelerado ascenso en la mano de obra que se oferta en su interés de incorporarse al trabajo en la nueva vida urbana y en las nuevas formas de producción, con una insuficiente oferta de trabajo derivada de la aún precaria existencia de fuentes laborales, lo que originó el desarrollo de condiciones de trabajo particularmente inhumanas y explotadoras, pero que, en breve tiempo, ante el rápido desarrollo e incremento de la producción, derivado, entre otros aspectos, del bajo costo de la mano de obra y la consecuente ventajosa y fácil reinversión del capital, se produjo el incremento rápido de la planta productiva, lo que, a su vez, origino un mayor equilibrio entre la oferta y la demanda de trabajo, así como una mayor atención y mayor equilibrio en la regulación jurídica relacionada que, también, hizo disminuir las condiciones infrahumanas de trabajo.

Unido a esto, por otra parte, desde sus inicios, la nueva estructura social urbana origino, como resultado de esa misma nueva concentración urbana, la convivencia en espacios relativamente reducidos de las clases económicamente más favorecidas con una masa de población en constante incremento, cuyas condiciones económicas eran mínimas, de donde las desigualdades sociales se hicieron más claramente marcadas, fenómeno, éste, que, a su vez, origino la necesidad de generar y fortalecer mecanismos de una mayor vigilancia y control interno urbano, que evitara los fenómenos de violencia, cuyos brotes empezaron a manifestarse afectando sobre todo a la vida, libertad y propiedad de los miembros de aquellas comunidades.

En este marco general se produce la crítica a la autoridad del Estado monárquico absolutista, que había surgido como la estructura de poder que sustituyó a la aristocracia feudal para establecer el orden en ella, pero que a su vez se planteó, paralelamente al desarrollo de la nueva organización social, con los nuevos problemas de la integración urbana, el pronunciamiento de las desigualdades, la manifestación del abuso del poder de esa nueva estructura y, asimismo, de la necesidad de garantizar las mejores condiciones de vida para el grupo social y el respeto a ciertos derechos básicos de la persona. Aspectos, estos, todos, que fueron recogidos en las preocupaciones del iusnaturalismo, ahora fundado en el derecho natural, que a su vez evoluciono de su precedente concepción de origen divino, y en el racionalismo, particularmente en sus afirmaciones inherentes a la condición humana y su naturaleza que encuentran como el mejor cauce para su desarrollo a la tesis del contractualismo,

ficción que mejor satisfacía el anhelo social de su tiempo, por lo que sería la base y el crisol en que se produciría el desarrollo y la afirmación de las nuevas ideas que habrían de producir, como resultado, la concepción del nuevo estado de derecho en sentido moderno.

Este movimiento estuvo apoyado principalmente por tres fundamentos filosóficos: el racionalismo, el iusnaturalismo y el utilitarismo.

La concepción de la naturaleza social del hombre aparecía recogida en la Edad media, desde San Agustín, para alcanzar su mayor esplendor, sobre todo, con el pensamiento tomista que recogió y adaptó aspectos fundamentales del pensamiento aristotélico que afirmó la condición eminentemente social del hombre, a partir de su concepto del *zoon politikon*. La misma explicación de la sociedad aparece sostenida también por diversos pensadores del iluminismo, particularmente en el pensamiento de Montesquieu quien continúa afirmando dicha naturaleza social del hombre como, también, en la teoría de la división de poderes base del equilibrio en el ejercicio del poder, igualmente afirmada por Jhon Locke. Surge, así, también, como pensamiento que traduce de manera clara esta expresión crítica de la situación precedente y la búsqueda de las nuevas condiciones que el Estado debe reunir, el pensamiento contractualista del origen social del hombre que de manera clara sostuvo Juan Jacobo Rousseau, su principal exponente, quien afirma que el contrato social es la fuente legitimadora del *ius puniendi*, tanto en su contenido material, como su contenido formal.

Para dicho autor, delincuente es la persona que se coloca en contra del contrato social y, por lo mismo, debe ser observado como un traidor, ya que con su conducta lesiona el compromiso del contrato contraído por los miembros de la sociedad con el fin de establecer las bases necesarias y suficientes para la vida en convivencia.

A su vez, el delito es la lesión al contrato social y, por esto, es que, debe ser castigado quien lo comete. La tesis contractual afirma también un contenido eminentemente utilitarista en su concepción, a partir de la afirmación de que el contrato social es suscrito en atrás de la consecución de la felicidad de los hombres; por esto, la pena, a la vez que encuentra su fundamento y legitimación en ser la respuesta a la lesión al contrato social (delito), observa también un contenido utilitarista en los términos señalados.

Aun cuando era evidente que la concepción del contrato social no podía pasar de ser una ficción jurídica, sin embargo, aparecía como una ficción que permitía la respuesta, as conveniente y adecuada a las características de la estructura social en aquel momento existente y que se mantenía en el ejercicio del poder; por la clase burguesa, que suponía la nueva estructura de poder, en constante ascenso, en la medida en que se hacia dueña del capital y de los medios de producción en constante incremento; y, por otra parte, por la clase popular urbana, que estaba representada por una masa fuertemente cadenciada y que se manifiesta como un nuevo grupo social con fuertes necesidades visibles y presentes en la vida urbana, a la que, a su vez, se sumaba el grupo de la masa campesina, considerable en numero, pero que no representaba la presión directa de la nueva clase que ahora tomaba conciencia de su condición de clase trabajadora obrera, exigiendo estatutos y derechos que anteriormente no había manifestado.

Por estas razones, frente a esa realidad social, la teoría del contrato, suponía un conveniente acuerdo, en la medida en que partiendo de la base de que la sociedad misma derivaba de un acto artificial y voluntario de todos los miembros de la sociedad, permitía afirmar, como consecuencia, que si son los miembros de la sociedad los que dan origen a la misma, deben ser esos mismos miembros de la sociedad, los que establezcan las bases de su gobierno, con lo cual se superaba el fundamento precedente del origen divino del poder que había sido aprovechado como la base ideológica de las monarquías absolutas.

Por otra parte, implicaba, también, un pensamiento que, en la medida en que reconocía en la voluntad social de los miembros el origen de la sociedad, por lo mismo, con ello, permitía afirmar que si eran los miembros de la sociedad los que determinaban su nueva forma de vida social, correspondía a ellos determinar en que términos y en que medida se establecía dicho consenso, lo que, como consecuencia, permitía afirmar, ahora, sobre estas mismas bases, una nueva concepción del derecho natural del hombre, entendiendo que existían derechos que el hombre no cede en el consenso, mismos que serán la base de la nueva concesión de los derechos naturales del hombre, antecedente directo de la orientación actual sobre los derechos humanos, en tanto que otros derechos si son cedidos y limitados en los términos de la leyes, en aras de la coexistencia.

La tesis del contrato encontró el apoyo de los diversos grupos sociales en la medida en que, a partir de la misma, se planteaban las bases de un nuevo estado de derecho, de un nuevo orden jurídico, que

satisfacía mejor el interés tanto de una clase productiva y burocrática en ascenso, cuanto de una masa popular que veía en las nuevas ideas una forma de alcanzar un mejor status social, con un mayor respeto a sus derechos individuales mínimos, y también de la aristocracia, que entendía que si bien era cierto que tal situación implicaba una limitación a su estructura de poder, a la vez, estaba conciente de que no le sería posible oponerse al nuevo orden de ideas y de que, al menos, lograba mantener no pocos de sus privilegios.

Todo esto explica, el favorable caldo de cultivo que estas ideas generaron en la cultura europea, lo que favoreció el inusitado impacto humanitario de Beccaria con su opúsculo “Dei delitti e delle pene”, en el que expuso la inhumana situación en que se encontraban sometidos quienes eran acusados o eran sospechosos de la comisión de un delito, o de quienes quedaban sujetos a la imposición de una pena por su comisión, con la característica particularmente cruel, de las penas corporales, infamantes e inhumanas y que, bajo la influencia del Despotismo Ilustrado, tuvo un fuerte impacto en diversas de las monarquías de su tiempo, que modificaron leyes y sistemas punitivos, como ocurrió, entre otros, en Rusia, con Catalina II y en Italia, con el Duque Leopoldo de Toscana.

En el plano racionalista, igualmente tuvo inusitado desarrollo el pensamiento filosófico sobre todo de Kant, que en sus trabajos Crítica de la razón pura y Crítica de la razón práctica, establece bases fundamentales para el pensamiento racionalista del futuro y cuyo impacto habría de reflejarse en todo el mundo, según lo acreditan no pocas de las afirmaciones del pensamiento actual, en el campo del derecho.

En relación con el derecho, sobre todo en su investigación sobre la razón práctica, plantea importantes reflexiones sobre los deberes de conciencia, en función de los cuales afirma los imperativos categóricos, que distingue de los imperativos hipotéticos, y establece bases que serán relevantes en el estudio de la norma y, por tanto, en el desarrollo del derecho.

Asimismo, en relación con la pena, congruente con su concepción de que el hombre es fin en sí mismo, afirma un concepto absoluto, entendiendo que la pena es, igualmente, un fin en sí misma, como el mal del castigo que resulta por el mal causado por el delincuente, con lo que, a la vez que se aparta de la concepción divina como origen de la potestad punitiva, concibe e instituye ésta, como un



concepto retributivo, en función del concepto de la soberanía Estado que deriva de la voluntad de los individuos miembros de la sociedad.

En síntesis, el contenido ético social de la pena, en cuanto repuesta social por el delito cometido que, a su vez, implica el contenido ético social de los comportamientos estimados delictuosos, se fija, así, como la base del contenido punitivo sobre el que se construye el nuevo orden jurídico afirmado en la legalidad y en el respeto a la incolumidad y dignidad de la persona, establecido por la concepción racionalista, jusnaturalista y utilitarista del iluminismo, favorecido por el nuevo concepto del estado de derecho en sentido moderno.

Con la nueva estructura ideológica se favoreció la objetivación del orden jurídico con la conformación de un derecho legislado integrado de ordenamientos definidos y concretos, derivados de la nueva concepción del Estado, afirmando en la idea de la tripartición de poderes uno de cuyos ámbitos, el nuevo órgano de poder legislativo, a cuya función se encarga la elaboración de la ley, a nombre de la voluntad social general, vía la representación que implica el nuevo parlamento.

Ya afirmado el nuevo estado de derecho y superada la etapa crítica que supuso la primera expresión del iluminismo, el cientifismo y la filosofía del positivismo, reflejaron, entonces, el interés en la construcción de las bases del nuevo estado de derecho moderno, uno de cuyos aspectos fundamentales estaba representado por el establecimiento del nuevo orden jurídico, sobre la base del principio de legalidad. Sustentado, a su vez, en una estructura política que se reconocía en la democracia republicana y en la representación, bajo el principio de la división de poderes y con el reconocimiento de los derechos naturales del hombre como valores absolutos. De aquí que sea este, precisamente, el periodo de la nueva formación legislativa, en que los Estados recién surgidos en Europa, tanto Occidental como Oriental, conforman su nuevo derecho, uno de cuyos aspectos, a partir del código penal napoleónico de 1810.

El racionalismo, iusnaturalismo y utilitarismo derivado del pensamiento iluminista, después de su etapa crítica con el desarrollo mismo del cientifismo, favoreció la evolución de las ideas jurídico penales de diferentes pensadores posteriormente identificados todos bajo el rubro de la “escuela clásica penal”, sin más unidad en sus ideas que el hecho de haber representado el pensamiento anterior a las nuevas ideas del positivismo sociológico del Ferri, quien acuñó tal denominación.

Más adelante, el mismo cientifismo favoreció el positivismo, como expresión científica y filosófica que, interactuando, representó la línea de pensamiento que marco el nuevo avance del pensamiento jurídico: primero, se favoreció el desarrollo de l positivismo antropológico, sociológico y criminológico que representó la escuela positiva italiana, interesada más en el estudio del delincuente que en la norma. Después, en Italia, la Terza Scuola y, sobre todo en Alemania, con la nueva orientación jurídica política criminal del positivismo alemán, en el ingenio de von Litz, a principios de siglo XX, fueron fijadas bases de la nueva dogmática penal. Esta surge con el esquema del “causalismo naturalista” creador de una sistemática que respondió mejor a los principios generales delimitadores del derecho penal moderno, y que, hoy por hoy, es, aún, y no pocos países, base del pensamiento de no pocos autores en el estudio del derecho penal. En síntesis, el nuevo estado democrático liberal, en relación con el derecho penal, dentro del esquema de evolución general de las ideas penales que se refiere, implicó el cambio decisivo por vía del cual el ius poenale pasó a ser el punto de partida del ius puniendi.

Con la concepción del estado de derecho moderno se crea el derecho legislado que se dirige, no derecho positivo en las codificaciones, una de las cuales es la penal. Asimismo, se establecen las bases de la estructura orgánica fundamental del Estado, a partir de las constituciones, leyes fundamentales, en la que se delimitan y fijan las bases de la nueva estructura del poder, señalando, precisamente, las características del ius puniendi.

La nueva conformación del estado de derecho a partir el principio de legalidad, en el campo penal, trajo importantes consecuencias en relación con el objetivo de seguridad jurídica, a partir de la precisión acerca del contenido de los comportamientos que por ser contrarios al interés social, aparecen estimados como delictivos; en relación con la delimitación y definición del contenido de la coercibilidad penal, con la precisión de las penas aplicables a las personas responsables de la comisión de los delitos.

Esto mismo favoreció el desarrollo de la teoría del delito, como una fórmula garantista de análisis y síntesis jurídico penal, en el sentido de señalar, con el mayor grado de precisión ofrecido por la ciencia jurídica, la existencia o inexistencia del delito y la responsabilidad de su autor, como los presupuestos de la imposición de la pena.

También el derecho procesal reflejó la importancia y el alcance de los nuevos principios, en función del principio de jurisdiccionalidad unido a las anteriores, que exigen la certeza en los procedimientos, es decir, sólo es posible aplicar una pena a la persona acusada legalmente de haber cometido un delito, y como consecuencia del seguimiento del proceso de verificación correspondiente, en que sean respetadas las formalidades esenciales del mismo, y, sólo en caso de resultar culpable, podrá ser objeto de la imposición.

#### **A. Legislativo.**

Los titulares del poder público, al ejercitar el ius puniendi legislativo, deben asumir, como criterio rector, el postulado de la legitimación y el principio de legalidad. En virtud de la legitimación, las normas penales (generales y abstractas) deben describir, precisamente y tan sólo, las diversas clases de acciones u omisiones antisociales que ya están ocurriendo en la sociedad, y deben describirlas tal como se llevan a cabo en la realidad social.

En atención al principio de legalidad, la descripción debe incluir, con toda precisión, el contenido que es necesario y suficiente para garantizar penalmente la protección de los bienes jurídicos y que está dado tanto en forma explícita como en forma implícita.

Por otra parte, y como exigencia tanto de la legitimación como del principio Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta, la descripción debe satisfacer, además, los requisitos de generalización y diferenciación. La generalización exige que toda norma penal sea lo suficientemente amplia para que ninguna particular y concreta acción u omisión antisocial de la clase descrita quede excluida. A su vez, la diferenciación exige que toda norma penal sea lo suficientemente amplia para que ninguna particular y concreta acción u omisión antisocial de la clase descrita quede excluida. A su vez, la diferenciación exige que toda norma penal sea lo suficientemente clara y precisa para que ninguna particular y concreta acción u omisión que no pertenece a esa clase quede incluida.

En consecuencia, parece obvio que las normas penales describen todas las particulares y concretas acciones u omisiones antisociales de todos los sujetos: adultos imputables, adultos inimputables permanentes, menores imputables y menores inimputables permanentes. Esta afirmación se apoya en

dos hechos evidentes: a) son antisociales tanto las conductas de los adultos (imputables o inimputables permanentes) como las de los menores (imputables o inimputables permanentes); b) son represivas tanto las normas que se refieren a los adultos (imputables o inimputables permanentes) como las que se refieren a los menores (imputables o inimputables permanentes); y son represivas porque unas y otras, en su culminación ejecutiva, se traducen en la privación o restricción coactiva de algún determinado bien del sujeto.

Ahora bien, considerando que existen diferencias trascendentes entre adultos y menores y entre imputables e inimputables permanentes, es imprescindible que las normas penales recojan estas diferencias. En este orden de ideas, el legislador debe elaborar cuatro grandes categorías de normas penales:

- a) Normas penales para adultos imputables;
- b) Normas penales para adultos inimputables permanentes;
- c) Normas penales para menores imputables;
- d) Normas penales para menores inimputables permanentes.

En relación a los adultos imputables, vale decir que pueden incurrir en antisocialidad a través de actividades o inactividades que intencionalmente lesionan o ponen en peligro bienes de orden social, o a través de actividades o inactividades que por descuido lesionan tales bienes; por ende, las normas penales para adultos imputables serán de tres clases:

- a) Normas penales dolosas de lesión (consumación) que pueden ser de acción o de omisión;
- b) Normas penales culposas de lesión (consumación), que pueden ser de acción o de omisión;
- c) Normas penales dolosas de puesta en peligro (tentativa), que pueden ser de acción o de omisión.

En este universo, toda norma, de cualesquiera de las clases enunciadas, contiene un tipo y una punibilidad. Esta última debe ser, en lo cualitativo, idónea para la prevención general y, en lo cuantitativo, proporcional a la clase de antisocialidad descrita en el tipo. Así, la clase de punibilidad depende de la clase de bien tutelado; y la cantidad de punibilidad depende del valor del bien tutelado, del dolo o de la culpa y de la lesión (consumación) o puesta en peligro (tentativa) del bien tutelado.

En cuanto a los adultos inimputables permanentes, es necesario subrayar que no pueden incurrir en antisocialidad por inactividad ni por culpa. La razón es muy simple: la inactividad y, por tanto, la culpa, no son sucesos naturales, sino, tan sólo, entidades culturales de índole normativa. Esto quiere decir qué, sin la existencia previa de un deber -de cualquier orden: jurídico, moral, religioso, etcétera-, no es pasible que un sujeto incurra en inactividad; más aún: ni siquiera es pensable la inactividad. Por ello, carece de sentido hablar de la inactividad ahí donde no existe ese deber previo que constituye su fuente generadora.

En este orden de ideas, es válido afirmar que no tiene sentido imponer deberes jurídico penales a sujetos que precisamente carecen de la capacidad de comprender la prohibición penal. Por lo mismo, también es válido afirmar que el legislador no debe imponer deberes a tales sujetos y que, por ende, no debe elaborar para ellos normas penales descriptivas de inactividad. Este razonamiento es igualmente aplicable a la culpa, ya que ésta es, en esencia, una inactividad.

En conclusión: las normas penales para inimputables permanentes, que en lugar de punibilidad describen medidas de seguridad, serán de dos clases;

- a) Normas penales dolosas de lesión (consumación), que sólo son de acción;
- b) Normas penales dolosas de puesta en peligro (tentativa), que sólo son de acción.

En este segundo universo, cada norma, de cualesquiera de las clases anotadas, contiene un tipo y una descripción de medidas de seguridad. Estas últimas deben ser, cualitativamente, idóneas para la protección de los bienes jurídicos y, cuantitativamente, proporcionales a la clase de antisocialidad descrita en el tipo. En lenguaje más explícito: en lo cuantitativo, las medidas de seguridad legisladas dependen del valor del bien tutelado, del dolo y de la lesión (consumación) o puesta en peligro (tentativa) del bien. Además, y esto hay que enfatizarlo, el mínimo y el máximo de las medidas de seguridad nunca serán superiores al mínimo y máximo de la punibilidad que, en relación a adultos inimputables, se legisla para la misma clase de antisocialidad.

Los menores imputables pueden actuar antisocialmente en la misma forma que los adultos imputables. Por ello, las normas penales correspondientes serán, también, de tres clases:

- a) Normas penales dolosas de lesión (consumación), que pueden ser de acción o de omisión;
- b) Normas penales culposas de lesión (consumación), que pueden ser de acción o de omisión;

- c) Normas penales <lolosas de puesta en peligro (tentativa), que pueden ser de acción o de omisión.

En este tercer universo, cada nonna penal se integra, también, con un tipo y una punibilidad. Esta última, sin embargo, será en todo caso considerablemente inferior, en su mínimo y en su máximo, que la punibilidad para adultos imputables. La razón parece obvia: los menores precisamente por su edad, son más fácilmente modificables, más fácilmente conducibles, y, en consecuencia, más accesibles a la repersonalización.

Por último, para los menores inimputables permanentes, igual que para los adultos inimputables permanentes y por las mismas razones anotadas en relación a éstos, habrá dos clases de normas penales:

- a) Normas penales dolosas de lesión (consumación), que sólo son de acción;
- b) Normas penales dolosas de puesta en peligro (tentativa), que sólo son de acción.

En este cuarto universo, cada norma penal contiene un tipo y una descripción de medidas de seguridad. El mínimo y el máximo de estas medidas de seguridad, en ningún caso excederán al mínimo y al máximo de la punibilidad que para la misma clase de antisocialidad se establezca en relación a los menores imputables.

### **B. Judicial.**

Los titulares del poder público, al ejercitar el ius puniendi judicial, deben someterse al principio de legalidad y al postulado de la legitimación. El principio de legalidad exige la existencia previa de una norma penal, es decir, la existencia previa de un tipo y una punibilidad (para imputables: adultos o menores), o bien, de un tipo y una descripción de medidas de seguridad (para inimputables permanentes: adultos o menores).

La legitimación, que dimana de la necesidad social originada en el delito (si el autor es imputable: adulto o menor) o en el hecho típico peligroso (si el autor es inimputable permanente: adulto o menor) exige precisamente la existencia, plenamente probada, de un delito o de un hecho típico peligroso.

Las dos exigencias anotadas conducen a la afirmación de que el ejercicio del ius puniendi, a nivel judicial, es, lisa y llanamente, aplicación de la punibilidad al autor del delito o aplicación de las medidas de seguridad legisladas al autor del hecho típico peligroso. Esta aplicación, tiene lugar en la sentencia penal, que transforma a la punibilidad en punición y a la descripción de medidas de seguridad en medida de seguridad aplicada. La punición, cuya función consiste en reafirmar la prevención general, debe ser cuantitativamente proporcional a la magnitud de la culpabilidad; y la medida de seguridad aplicada, cuya función es simplemente la protección de bienes jurídicos, debe ser cuantitativamente proporcional a la magnitud de la peligrosidad que enmarca a la comisión del hecho típico.

Es pertinente señalar aquí la necesidad de que la judicatura para los menores se deposite en titulares del poder público distintos de los que tienen a su cargo la judicatura para los adultos.

### **C. Ejecutivo.**

En la etapa ejecutiva, el ejercicio del ius puniendi debe regirse, también, por el principio de legalidad y por el postulado de la legitimación.

Según el principio de legalidad, no hay pena (para imputables: adultos o menores) sin previa punición, ni ejecución de medidas de seguridad (para inimputables permanentes: adultos o menores) sin previa aplicación judicial de tales medidas.

De acuerdo con el postulado de la legitimación, no hay pena ni ejecución de la medida de seguridad sin la particular y concreta necesidad social emanada del delito (si el autor es imputable: adulto o menor) o del hecho típico peligroso (si el autor es inimputable permanente: adulto o menor). En consecuencia, y siendo, además, función de la pena la prevención especial y función de la medida de seguridad la mera protección de bienes jurídicos, no habría ejecución, y sí indulto necesario, cuando por pruebas posteriores se desvanece la legitimidad de la sentencia penal. De todo lo anterior se infiere otra consecuencia: el quantum de la pena depende de la repersonalización, y el de la medida de seguridad depende de la disminución del estado peligroso. En otras palabras: el quantum de la punición o de la medida de seguridad aplicada debe disminuir en proporción a la repersonalización o a la disminución del estado peligroso (modo de ser) del sujeto.

Para concluir, es oportuno anotar que la pena y las medidas de seguridad para los menores deben ejecutarse en lugares distintos de los destinados a los adultos. Obviamente, los titulares del poder público, encargados de la ejecución, deben ser también distintos.

## **1.2. Principios sobre el ejercicio del *Ius Puniendi*.**

### *Principio de la necesidad de la intervención*

#### a) Principio de intervención mínima

El principio de necesidad de la intervención se perfila básicamente por vía de los principios de extrema ratio, de la fragmentariedad y de la proporcionalidad, todos los cuales observan un contenido de carácter material. El sentido del principio de la extrema ratio, o última ratio, identificado también como el “principio de intervención mínima”, significa que la regulación penal sólo aparece justificada en la medida en que sea necesaria los objetivos de la convivencia.

Así que sólo el dable recurrir al ámbito de la regulación penal cuando no sean suficientemente eficaces otras formas de regulación del orden jurídico, fundadas principalmente en la solución reparatoria. La regulación jurídico penal implica la coercibilidad penal, cuya imposición representa la intervención más directa y personal del Estado en los bienes jurídicos, incluso personalísimos, de aquel a quien se aplica, de aquí la necesidad de recurrir a esta vía sólo como un último recurso.

Se ha dicho, con frecuencia, que lo que caracteriza el contenido de las normas penales es que las mismas representan la afectación a valores, a bienes, de la mayor jerarquía para la persona en la convivencia social. De aquí que, a su vez, la afectación punitiva suponga una respuesta igualmente grave en la jerarquía de los bienes que se afectan al sentenciado condenatoriamente. Esta situación que, en general, responde a la realidad, sin embargo, no es totalmente cierta, toda vez que, en concreto, bien pueden darse casos en donde el contenido de la pena resulten ser menos lesivo del contenido reparador de otras normas jurídicas (Vgr.: un delito puede observar como pena, la pecuniaria de multa por una cantidad de reducida, o bien una pena privativa de libertad de corta duración, sustituible por multa o por trabajo a favor de la comunidad, en tanto que en otro tipo de respuesta del Estado, en ejercicio de su facultad económica coactiva, puede implicar una suma elevada en el pago de los impuestos y recargos; o una sentencia del orden civil, puede, a su vez, ordenar la restitución de un bien o el pago de una indemnización a título de reparación que sea notablemente más elevada que el contenido de la pena pecuniaria impuesta). Por esto, con razón se señala que la



característica fundamental que implica el control penal, deriva de la posibilidad del Estado para ejercer, de una manera directa, su potestad punitiva. Esta sólo debe ser empleada cuando otras formas de respuesta social de la norma resulten ser insuficientes y, naturalmente, aquí vale tener presente que esa potestad punitiva puede significar la afectación a los más elevados valores y bienes de la persona, como pueden ser la libertad, el patrimonio o incluso la privación de vida misma.

b) Principio de fragmentariedad

En estrecha relación con el principio de la extrema ratio, aparece, asimismo, la característica de la “fragmentariedad” del derecho penal vinculada con el principio de reserva de la ley penal. En materia penal sólo pueden ser constitutivas del delito aquellas conductas previstas como tales en los tipos delictivos de la ley penal.

Así, no es admisible la integración en materia penal, atento a principio de legalidad, a diferencia de otras ramas del orden jurídico, en donde no puede haber lagunas porque las situaciones que no aparecen suficientemente regulados por la ley son integradas con criterios diversos que la propia ley previene, como son los principios generales del derecho, la mayoría de razón, la analogía, la equidad, entre otras vías de lo que la doctrina generalmente refiere como el principio de la plenitud hermética del derecho. En materia penal, en cambio, no puede haber lagunas porque solamente pueden constituir delito las conductas que expresamente aparecen prohibidas u ordenadas por la propia ley penal, es decir, rige el principio de la exacta aplicación de la ley penal o principio de reserva de la ley penal. Esto es lo que constituye el carácter fragmentario del derecho penal.

c) Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, el cual deriva del principio de necesidad de la intervención penal, implica la relación de necesaria proporción que debe existir entre el tipo delictivo y la pena prevista, es decir, la proporción que debe existir entre la lesión a los bienes jurídicos ocasionados por el delito y la afectación a los bienes jurídicos del autor culpable.

La desproporción entre la afectación de la pena y la ocasionada por el delito podría ser origen de una mayor intranquilidad y alarma social que la derivada de la afectación misma causada por el delito. (Vgr.: el castigo del robo con la amputación de los miembros del responsable o con imposición de marcas u otras penas infamantes).

### *Principio de protección a los bienes jurídicos*

El derecho penal existe para la salvaguarda de los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad, en relación con los objetivos de seguridad jurídica para la convivencia. De aquí la necesidad de tener a la protección y salvaguarda de bienes jurídicos como límite material fundamental de la potestad punitiva del Estado.

No pueden existir comportamientos previstos en la ley penal como delitos, si los mismos no implican la lesión o puesta en peligro a un bien jurídico. Por lo mismo, no puede ser impuesta una pena a una conducta, si la misma no ha supuesto la afectación de un bien jurídico, o su puesta en peligro.

La pena solo se explica y justifica en la medida en que la persona a quien se aplica haya sido responsable y declarado culpable, a título de autor o partícipe, en la afectación de bienes jurídicos de terceros, en relación con conductas previstas en la ley penal como delito.

El contenido de este principio, por esto, frecuentemente se enuncia como “principio de lesividad” o principio: *Nullum crimen sine injuria* que, en su contenido material y objetivo, supone otro límite material a la potestad punitiva del Estado.

El alcance del principio de lesividad a los bienes jurídicos conlleva la necesidad de reconocer al bien jurídico como el concepto medular del derecho penal, al constituir el contenido de su protección. A reserva de ocuparnos del mismo en su oportunidad, vale observar aquí, en síntesis, que el concepto de bien jurídico evolucionado y nuestra opinión, es fundamental, tanto en relación con la teoría de la norma, en relación con la teoría del delito y la teoría de la pena, toda vez que no puede existir delito ni aplicarse pena, si no existe la lesión o puesta en peligro el bien jurídico protegido. Dicho en otras palabras, no es posible entender el contenido de la norma jurídico penal si no es en función de la protección de bienes jurídicos y tampoco es posible determinar el grado de afectación por la imposición de la pena (culpabilidad) si no es en función del grado de lesión a los bienes jurídicos ocasionados con el delito.

### *Principio de la dignidad de la persona*

El principio de la dignidad de la persona es otro límite material de la potestad punitiva del Estado. Alcanza su desarrollo, fundamentalmente, a partir del pensamiento iluminista, que introdujo en la nueva ley penal el reconocimiento a la dignidad de la persona, entendida como valor absoluto, fundado, sobre todo, en las ideas del iusnaturalismo y del racionalismo. Durante el presente siglo se manifiesta una revaloración de la condición de la persona, siguiendo al impacto del positivismo, perfilando sobre todo, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y los demás tratados y convenciones internacionales relacionados. Así, por las circunstancias señaladas en anterior apartado de este capítulo, especialmente la segunda mitad del siglo XX, se vio fortalecido el discurso jurídico y político del respeto a la dignidad de la persona como uno de los fundamentos básicos de nuevo estado de derecho democrático y liberal, cuya premisa es el reconocimiento y entendimiento del hombre como fin en sí mismo y, por lo mismo, vértice convergente de la protección jurídica penal.

En México este principio encuentra apoyo en los principios que conforman la decisión política fundamental del Estado mexicano, recogida en la Constitución de la República al tenor de lo dispuesto en los artículos 39, 40, 41 y 49, dentro del marco garante de la persona, en lo individual y social, previsto básicamente en el capítulo primero de aquella, especialmente los artículos 18 y 22 de la propia constitución que, precisamente, recogen el principio de la incolumidad y la dignidad de la persona, que son, a la vez, expresión del principio de la humanidad de la pena.

En síntesis, la dignidad de la persona es otro límite material básico de la actividad punitiva del estado de coma en su alcance, delimita tanto al principio de necesidad de la intervención penal, como el de la protección a los bienes jurídicos protegidos.

Por otra parte, el propio principio acorta el espacio de la concepción de respetar los derechos humanos de la persona en base a valores absolutos, para traducir los a su necesario entendimiento como valores relativos, es decir, relacionados con su aplicación concreta y, por tanto, referidos a la realidad social en que se manifiesta. Así, no es suficiente la mera observación abstracta y general acerca de la vigencia y validez de los valores fundamentales de la condición humana, sino que es necesario, como ámbito fundamental de tal afirmación, que la aplicación de la pena, en concreto, responda, precisamente, a tales principios y que, por lo mismo, su concepción se traduzca en el

respeto real a la dignidad de la persona en el momento en que se está aplicando la pena, lo que significa que es, precisamente, en el ámbito de la realidad social donde se debe manifestar la vigencia real del principio de no aplicar una pena si no es con el cabal respeto los derechos humanos.

A su vez, este principio entendido en su sentido de relación social concreta, aparece congruente con el contenido del principio de la lesión al bien jurídico que, naturalmente, a su vez, también exige su referencia a la realidad social, en el entendimiento de que el derecho, en cuanto orden jurídico regulador de la conducta humana es, ante todo, una orden de relación social y de comunicación entre los miembros de la sociedad, precisamente en aras de fijar las bases necesarias para la convivencia. Esto hace necesario la comprensión del concepto del bien jurídico, en el sentido de esa relación social concreta, con lo que, a su vez, se delimita, también, el ámbito más general y abstracto de la necesidad de la intervención penal del estado.

#### *Principio de la autonomía ética de la persona*

El principio de la autonomía ética de la persona supone reconocimiento de la capacidad de autodeterminación responsable del individuo que significa respeto por la propia vida y por la de los demás; lo que obliga a reconocer la salvaguarda de la persona en sí, como el valor fundamental, de conformidad con la afirmación Kantiana.

El derecho penal debe reconocer tal circunstancia y, por lo mismo, las penas no pueden dejar de reconocer tal característica de la individualidad del hombre. En el país, este principio se observa el reconocimiento a nivel constitucional, de los principios la soberanía del pueblo y de la democracia.

#### *Principio de la incolumidad de la persona*

El principio de la incolumidad de la persona o principio de humanidad, hace referencia ese ámbito de la dignidad humana relativo a incolumidad física y social, implicando que la pena no puede afectar a la persona por vías que supongan afectaciones físicas a su persona, prohibiendo, en consecuencia, las penas crueles, corporales e infamantes; como tampoco aquellas que lo afectan en su condición de ser social. En este ámbito, si bien no se elimina el reconocimiento de la prisión como pena, la forma punitiva impuesta con la mayor frecuencia, por otra parte sí obliga al trato humanizado de la persona, en el entendimiento de que el cumplimiento de esta pena debe estar orientado la reincorporación

social de la persona, estando prohibido los tratos inhumanos, crueles y degradantes, como, también, las penas excesivamente prolongadas.

#### *Límites Formales a la Potestad Punitiva del Estado (Ius Puniendi)*

El límite formal o jurídico a la potestad punitiva del estado aparece recogida, fundamentalmente, por vía de los tres principios siguientes:

1. Principio de legalidad
2. Principio de jurisdiccionalidad o del debido juicio legal
3. Principio de ejecución legal

#### *Principio de Legalidad (nullum crimen nulla poena sine lege)*

##### a) Concepto

El principio de legalidad, según he indicado en anteriores capítulos es, acaso, la definición y pronunciamiento más relevante y claro que deriva del pensamiento iluminista del siglo XVIII, que define, de manera precisa, el contenido del estado de derecho moderno.

A la vez que implica la concepción del Estado bajo el principio republicano de la sujeción al derecho, significa la delimitación y precisión jurídica de la función de la autoridad, que evita la arbitrariedad y el abuso del poder. Por esto, unido al principio de la división de poderes, como bases del equilibrio del ejercicio del poder es, acaso, el más importante pronunciamiento derivado de ésta importante revisión crítica de la estructura política y social que constituyó el iluminismo.

En el campo específico del derecho penal significa exacta descripción de las conductas prohibidas u ordenadas por el Estado, como definición de la conducta socialmente deseada. El principio de legalidad aparece articulado con el principio de la división de poderes, en la medida en que es el órgano de poder legislativo, en representación de la voluntad social, al que, como función fundamental, le corresponde la formulación de leyes a través de las cuales establecen la base jurídica del ejercicio del poder, dando curso a la voluntad social deseada.

## b) Evolución del principio de legalidad

Antecedentes del principio de legalidad, aparecen registrados en la historia de todos los tiempos, si bien alcanza su definición y concepción más precisa sólo hasta la época antes señalada de fines del siglo XVII.

Así, desde la legislación de Hammurabi, hace cerca de 5, 000 años, se expresaron algunas ideas que parecían orientarse hacia este principio, como después, también, reiteradamente, en épocas posteriores diversas.

De manera más clara, durante la Alta Edad Media fue relevante la limitación que se impuso al rey Juan Sin Tierra, en la Inglaterra del año de 1215, cuando en la Carta Magna se recoge la limitación al poder del monarca frente a los barones, en el sentido de que nadie podría ser aprisionado ni despojado de sus derechos, proscrito o destruido, sino mediante juicio de sus pares en base a la ley de su país. Posteriormente, en el año 1649, fue obligado el rey Carlos I, de Inglaterra, a la suscripción de un documento quien autolimitaba el ejercicio de su poder, mismo monarca que posteriormente habría de ser ejecutado precisamente por el incumplimiento de su compromiso.

En este mismo orden de ideas, el principio de legalidad aparece recogido en Estados Unidos, en la constitución de Maryland, en 1776 y, posteriormente, en Francia, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1792, después de la revolución en el 1789. Como resultado de estos hechos históricos, el principio de legalidad quedó afirmado con claridad nunca antes igualada. El contenido de la expresión *nullum crimen, nulla poena sine lege*, derivada de expresión que a principios del siglo XIX, enunciara el eminente jurista liberal alemán, Juan Anselmo Ritter von Feuerbach, quien expresara, en 1801, *Nulla poena sine lege, nulla poena sine crimen, nullum crimen sine poena legale* que después quedaría recompuesta en la expresión anterior que ha pasado a la historia, como la fórmula definitiva más clara del principio de legalidad. A su vez, el mismo jurista en el año de 1813 redactó un proyecto de código penal de clara orientación liberal, que incorpora algunas de las aportaciones modernas que hoy siguen inspirando aspectos importantes del alcance de un derecho penal liberal. Esta obra que siendo histórica y cronológicamente cercana al que prácticamente fue el primer código penal en sentido moderno, el código penal napoleónico de 1810, es, sin embargo, diferente de este último, toda vez que éste fue un ordenamiento de corte imperialista, en este sentido, similar a la legislación de Justiniano, cuyo interés fundamental fue la

protección del Estado. Esto era así por la razón natural de la etapa de circunstancia política en que se dio, independientemente de sus incuestionable méritos y avances técnicos, además de haber sido importante fuente en el nacimiento y elaboración de las nuevas legislaciones de la Europa occidental surgidas precisamente a la luz de la nueva concepción del estado de derecho en sentido moderno, concebidas en base al principio de legalidad.

Estos principios, como también los derivados del pensamiento liberal independentista de Estados Unidos abrevado en las mismas ideas, a las que se sumó el ideal mismo de la independencia, habrían de influenciar también los principios de la futura legislación penal en México que, primero a través de la española y, después, en la que el México independiente, recogió, en primer lugar, los principios jurídicos que conformaron las bases del nuevo Estado independiente, en la Constitución Política de 1824, después, sobre todo los principios liberales que como garantías individuales fueron recogidos en la Constitución de 1857, para ser nuevamente reafirmados, con el interés apuntado en su nueva dimensión de garantía individual y social, reflejando el interés en su eficacia real y no sólo abstracta y absoluta, en la constitución de 1917, fundamentalmente en términos de los artículos 14 y 16 de la Constitución, pero asimismo conformados, en el contenido de todos los principios de seguridad jurídica, recogidos del capítulo de garantías individuales de la Constitución de la República.

Posteriormente, a mediados del siglo XX, al término de la Segunda Guerra Mundial, pronunciando el interés en el respeto a los derechos humanos, se suscribe la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el 10 de diciembre de 1948, en donde en varias de sus disposiciones se recogen diversos aspectos de contenido del principio de legalidad, fundamentalmente, en el artículo 2, párrafo segundo, (nadie será condenado por actos u omisiones en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho nacional internacional...), concepto, este, que con posterioridad habría de ser también recogido por la Convención Americana de los Derechos Humanos de 1969, que amplió y concretó el contenido de la anterior Declaración Americana los Derechos Humanos, de 1948.

El principio de legalidad traduce su alcance fundamentalmente en tres principios, que regulan, cada uno, un aspecto del específico ámbito de su alcance general, en los términos siguientes:

c) Alcance del principio de legalidad

Este principio se manifiesta de tres formas fundamentales:

- Ley escrita (lex scripta)
- Ley estricta (lex stricta)
- Ley prevista (lex previa)

α. Lex scripta

Principio de la ley escrita. (nullum crimen, nulla poena sine lege scripta). No hay delito, no hay pena, sin ley escrita.

Delimita el alcance del derecho penal en el sentido de que para que pueda existir un delito y para que pueda aplicarse una pena, debe existir una ley penal escrita, que tipifique un cierto comportamiento como delito y que el mismo aparezca conminado con una pena, para el caso de su violación. Da base al contenido esencial del principio de reserva de la ley penal, que significa que no es posible integrar la ley penal con la creación de tipos o de penas. Sólo la ley puede crear y no existe más fuente que la ley penal. Otras fuentes serán útiles para la interpretación de la ley, pero no para su integración normativa, como son los principios generales del derecho, la costumbre, la equidad, la jurisprudencia o la doctrina.

La delimitación que implica este principio aparece relacionada sólo con el contenido de específicamente normativa de la ley penal y no con el contenido de otras reglas que también son propias del derecho penal, como lo son fundamentalmente, la reglas permisivas que, supone la valoración propia de la antijuridicidad, la cual revaloran la conducta típica, al amparo de su contenido, de contradicción con el orden jurídico total, para concluir justificándola y legitimándola frente al derecho en general.

La legislación mexicana recoge este principio en términos de lo dispuesto el artículo 14 constitucional, párrafos segundo y tercero, así como del contenido del artículo 7 del Código Penal, y de lo dispuesto en todos y cada uno de los tipos previstos en el Libro Segundo del Código Penal, en donde específicamente se prevén con las penas y le son aplicables.



b. Lex stricta

Principio de ley estricta (nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta). No hay delito, no hay pena, sin ley estricta exactamente aplicable al delito de que se trate.

El alcance de este principio significa que el tipo previsto en la ley penal contiene todos los elementos que lo conforma, no siendo posible integrar su contenido, con otros elementos diversos de los que la propia ley penal señala. De entrada implica una delimitación a la integración analógica, en el sentido de que no es posible aplicar por analogía la ley penal.

El alcance de este principio exige su precisión, sobre todo en relación con los denominados “tipos abiertos”. Algunas figuras previstas en la ley penal como delito incorporan la definición de la conducta o comportamiento de manera general y abierta, siendo necesario que el juzgador la precise.

Esta necesidad de precisar el texto de la ley, en realidad, se da de manera inevitable en todos los tipos delictivos que justamente por esto requieren ser interpretados para precisar su contenido y alcance. Así, es falso creer que la labor del juez implica sólo una labor de aplicación literal exegetica de la ley; por el contrario, es necesario una interpretación lógica y también teleologica, en donde invariablemente el juzgador debe atender al contenido del texto de la ley, aprovechando los criterios de orientación que derivan de la sistemática seguida, de la exposición de motivos intentan explicar la razón de la ley y del contenido mismo del orden jurídico penal, en función de las características de la potestad punitiva del Estado y su estructura jurídico política en relación con los principios afirmados en la constitución y que, en México, significa la presencia de un derecho penal liberal y democrático que reconoce a la persona en su dimensión individual y social; estos criterios deben orientar la interpretación de la ley penal, en relación con los fines de convivencia, a su vez, a partir de la seguridad jurídica como base de esa y con miras a la salvaguarda y protección de los bienes jurídicos de los miembros de la sociedad civil.

Algunos tipos penales resultan ser particularmente abiertos y amplios, exigiendo, por tanto, ser “cerrados” por el juez. En cierta medida es también el caso general de los delitos culposos y sobre todo de los delitos de “omisión impropia”, en donde existe la necesidad de integrar el tipo, delimitando, en el primer caso, el alcance del “deber de cuidado”, y en el segundo, la posición garante característica del delito omisivo impropio. Esto es así porque resultaría prácticamente imposible para

el legislador prever todas y cada una de las posibilidades que estas figuras plantean y, el pretender hacerlo, llevaría a caer en un casuismo que además de ser siempre insuficiente, lejos de ser una virtud implica un defecto técnico de la ley.

En relación con el mismo tema que nos ocupa, plantean problema también, los denominados “tipos en blanco”, donde el tipo aparece integrado por vía del reenvío a otra ley, con el inconveniente de que, en ocasiones, la norma derivada integradora no siempre reúne las características de ley, lo que naturalmente origina su cuestionamiento constitucional, en orden a su legalidad, precisamente por razón de la violación al alcance del principio de la ley estricta.

En México, en principio de legalidad en lo relativo a la exigencia de la ley estricta, aparece regulado fundamentalmente en términos de lo dispuesto en el artículo 14 constitucional, párrafo tercero, como también del contenido de todo el texto de la ley penal, particularmente el artículo 7 y todas y cada una de las disposiciones que previenen los delitos y las penas, en el Libro Segundo del Código Penal, como también del contenido del artículo 15, que señalar los casos en que existe delito, o bien, existiendo este, entendido en sentido estricto, no obstante, no puede ser responsabilizada la persona agente:

#### c. Lex previa

Principio de la ley previa (nullum crimen, nulla poena, sine lege previa). No hay delito, no hay pena, sin ley previa.

El alcance del principio de legalidad en relación con exigencia de la ley previa, significa que para que pueda existir un delito, o para que pueda ser impuesta una pena, es indispensable la existencia de la ley penal previa que establezca el tipo legal correspondiente y la pena aplicable.

El contenido nodal de este principio aparecen conformado con el principio de la irretroactividad de la ley penal que, en algunos países, y tal es el caso de México, aparece completado con la adición importante de que tal irretroactividad sea en perjuicio de la persona. Esto significa que toda ley y, concretamente la ley penal, invariablemente observa su vigencia si el futuro y no hacia el pasado; de aquí deriva la prohibición a que, situaciones acaecidas con anterioridad a la existencia de la ley,

puedan ser reguladas a través de una ley creada con posterioridad al hecho de que se trate, situación, está, que generalmente se enuncia como la prohibición a las leyes y los tribunales ex post facto.

La legalidad, en lo relativo a la ley previa, como en los casos anteriores, es garantía forma de seguridad jurídica, también vinculada con la garantía de igualdad, en la medida y que es aplicable por igual a todos, lo que deriva en la certeza de que nadie podrá ser acusado de un delito, ni será posible la imposición de una pena, si tales no se relaciona con una ley que preexista al comportamiento imputado a la persona como delito. Implica, así, un límite a la arbitrariedad, y por lo mismo supone una fundamental protección a la seguridad jurídica de la persona.

El alcance de este principio parece limitado por la aplicación de la ley más favorable al reo, caso del cual si se admite la aplicación retroactiva de la misma. La aplicación retroactiva de la ley más favorable, aparece vinculada con los principios político criminales que sustentan al derecho penal y a la pena. En la ley penal mexicana, el principio de la aplicación de la ley más favorable aparece recogido en términos de lo previsto en el artículo 14 constitucional.

#### *Principio de la del debido juicio legal o principio de jurisdiccionalidad*

Un segundo principio fundamental que se plantea como límite formal a la ley penal, es decir, como límite a la potestad punitiva del Estado, aparece configurada por la garantía de jurisdiccionalidad o del debido juicio legal, que rige a la legislación penal, implicando básicamente al derecho penal procesal que señala el marco jurídico al que se debe sujetar el procedimiento penal, como límite de la potestad punitiva del estado.

Aparece este segundo ámbito limitativo del ius puniendi recogido en el principio: nulla poena sine iudicio, que precisamente significa que no hay pena sin el debido juicio legal o garantía de jurisdiccionalidad. En su amplio contenido abarca a todas aquellas disposiciones legales, generalmente recogidas a partir de un fundamento constitucional, en la ley procesal penal secundaria que obligan a que la imposición de la pena a una persona, por el delito cometido, sea consecuencia de un cierto procedimiento que permita verificar y constatar que el hecho de que se trate sea atribuible a un cierto tipo penal que prevenga una pena y que se acredite la responsabilidad del autor, aspecto del cual deriva la posibilidad de declarar el juicio de culpabilidad en contra.

Este procedimiento de verificación requiere formalidades esenciales del procedimiento que se previenen con garantía constitucional (garantía de audiencia, garantía de defensa, etcétera) y que las mismas sean actuadas por funcionarios judiciales que estén legitimados en el ejercicio de su función que tenga jurisdicción y sean competentes para conocer de los casos y, sobre tales bases, cumplir su función dentro del cauce estricto, previsto en los procedimientos señalados en la ley, dentro de los términos y plazos legalmente señalados, so pena de incurrir en responsabilidad oficial o incluso en responsabilidad penal.

Dentro del contexto garantista que implica este límite a la potestad punitiva del Estado, aparecen recogidas todas disposiciones constitucionales, reflejadas en la ley penal secundaria, sustantiva y adjetiva, que precisa su contenido y alcance. En este orden de ideas, el principio abarca las disposiciones constitucionales y legales que estructuran y fundamentan el poder judicial y regulan su función, a partir de la decisión política fundamental recogida principalmente los artículos 40 y 49 de la Constitución Política Federal, que establece principio de la división de poderes; también abarca las bases de la estructura, de la función y del procedimiento de los ámbitos del poder judicial, de la procuración de justicia y de la defensa, como las partes de procedimiento seguido ante el primero, lo que se fundamenta en las garantías de seguridad jurídica previstas en el capítulo de las garantías individuales (artículos 14, 16, 17, 19, 20, 21 y 23), como, también, en los artículos 102, 103 y 107 de la propia Constitución, y en las bases de la responsabilidad oficial y penal relacionada, recogidas en el Título Quinto de la ley constitucional.

Básicamente, las disposiciones legales previstos en el capítulo primero de la Constitución permiten destacar la garantía de legalidad y las relativas a las formalidades del procedimiento, particularmente regulados en los artículos 14, 16, 17, 19, 20, 21 y 23. La garantía de legalidad, con las formalidades esenciales del procedimiento, en los artículos 14 y 16; la garantía del procesado, en el artículo 20; las garantías de defensa y audiencia, en los artículos 20, 14, 16; los principios de publicidad y oralidad, en el artículo 20; la función jurisdiccional y la de la procuración de la justicia, en los artículos 17, 19 y 21 constitucional; las garantías que previenen el procedimiento con un máximo de dos instancias, con prohibición de la caducidad de la instancia y el respeto al principio de non bis in idem o doble enjuiciamiento por un mismo hecho, en el artículo 23; el juicio de amparo, en los artículos 103 y 107 de la Constitución, etcétera. En fin, supone toda una regulación que, en general, se relaciona con la garantía del debido juicio legal, en el sentido de que nadie puede ser afectado sino mediante juicio

seguido ante tribunales previamente establecidos y con leyes dictadas con anterioridad al hecho de que se trate y en que se respete las formalidades esenciales del procedimiento, sobre la base del principio de inocencia, en el sentido de que nadie puede ser considerado culpable hasta que haya sido probada su responsabilidad, lo que esto lo ocurre por sentencia condenatoria.

A su vez, el alcance de principios del debido proceso, en relación con la función jurisdiccional, está regido por la necesidad que tiene el juzgador para fundamentar y motivar su resolución, lo que significa su obligación invocar las disposiciones legales que fundamentan su fallo y describir, también, la motivación del mismo, haciendo referencia a los hechos valorados a la luz de los elementos de prueba aportados para acreditarlos y su atribubilidad al tipo delictivo de que se trate, acreditando la responsabilidad de la persona, fundamentando legalmente y razonando la individualización de la pena, que evite la arbitrariedad judicial (artículo 19 constitucional), permitiendo la imposición de la pena, la cual, por último, a de concretarse respetando límite material y formal derivado del principio de la dignidad e incolumidad de la persona recogido en los artículos 22 y 18 de la constitución que fundamentan el principio de ejecución.

#### *Principio de discusión de la pena*

Un tercer ámbito de los límites formales a la potestad punitivas del Estado aparece recogido en el, así denominado, principio de la ejecución de la pena o principio de ejecución legal, estrechamente vinculado con el principio de la dignidad de la persona en cuanto límite material de la potestad punitiva del Estado, el cual define los límites formales dentro de las que ha de ser impuesta la pena por el juzgador y ejecutada por autoridad competente.

La legislación penal mexicana establece éstos límites a partir de las garantías constitucionales previstas en los artículos 22 y 18 y, en relación con éstos, en las disposiciones recogidas, sobre todo, en la ley de normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados, en relación con las leyes de ejecución de sanciones existentes en las entidades de la República y del Distrito Federal, y en los reglamentos penitenciarios existentes.

El artículo 22 de la constitución afirma el artículo que prohíbe las penas inhumanas, crueles, infamantes o corporales, así como las trascendentales o contrarias al principio de la personalidad.

A su vez, el artículo 18 constitucional afirma el principio de la readaptación social de la pena como base de su imposición, apoyado en el principio de la prevención especial y, que, en la ley constitucional mexicana, se postula señalando que debe ser alcanzado por medio del trabajo y de la educación.

Asimismo, se establecen las bases del funcionamiento del sistema penitenciario en el país, en el cual deberán ser respetados los principios de la separación entre hombres y mujeres; entre sentenciados y procesados, en el entendimiento de que los últimos están sujetos a una prisión preventiva que no implican, aún, su culpabilidad; y entre menores y adultos, en la inteligencia de que las penas están sujetos a una ley especial que no es el código penal.

Se fijan las bases para el establecimiento de acuerdos entre la Federación y los Estados para el cumplimiento de penas, así como, también, en el campo de la relación internacional. En el artículo 5 constitucional se previene el trabajo forzado, cuyo concepto, en nuestra opinión, aparece reorientado por el espíritu general del ius puniendi ni la constitución, particularmente por lo dispuesto a las mencionados artículos 18 y 22. El primero de los cuales precisamente se refiere al trabajo remunerado, dentro de la prisión, como vía de la readaptación.

### **1.3. El universo teórico sobre la Ley Penal.**

#### Concepto y evolución

En relación con el concepto de la norma dos han sido principalmente las expresiones con las que con mayor frecuencia se ha utilizado. Lato sensu se entiende como toda regla de comportamiento, obligatoria o no; stricto sensu se entiende como regla de comportamiento que impone deberes o confiere obligaciones. El supuesto filosófico que contiene, radica en la libertad para determinar sus actos, en manera tal que el imperativo de acatada se contiene en el "deber ser" que implica la misma.

Las normas pueden ser de diverso tipo. Entre éstas, fundamentalmente se encuentran las normas morales, las religiosas, las de convención social y las jurídicas.

Las características de las normas en general, son:

- a) Bilateralidad o unilateralidad:

Bilateralidad. Cuando el contenido de la norma supone la imposición de "deberes", respecto de los cuales surgen facultades correlativas; o lo que es lo mismo, reconocen "derechos" que son correlativos de las "obligaciones" que generan. Unilateralidad. Cuando el contenido de la norma sólo genera obligaciones.

b) Autonomía y heteronimia:

Autonomía. Cuando su fuente es la voluntad de quien debe acatarla, es decir, es la norma que la persona dictada a sí misma. Heteronimia. Cuando su origen no está en la voluntad de la persona sujeta a ella, sino en la de un sujeto diverso, en otros términos, su fuente procede del exterior.

c) Externas e internas:

Externas. Regulan la conducta contenido de carácter ético social. Internas. Se orientan a regular la conducta interna observando en consecuencia un contenido ético moral.

d) Coercibilidad e incoercibilidad:

Coercibles. La imposición proviene del exterior y, consecuentemente, su sanción procede aun en contra de la voluntad del obligado.

Incoercibles. La imposición proviene del exterior, y solo se efectúa de manera espontánea por la voluntad misma de obligado.

Al hacer referencia al concepto del derecho penal señalamos que el mismo puede ser entendido en sentido objetivo, en tanto referido a la existencia de un conjunto de normas integradas dentro de sistema normativo penal y, en sentido objetivo, en cuanto potestad punitiva del estado Derecho penal, en sentido objetivo, es aquella parte del orden jurídico general que define el delito, previene las penas o medidas que le son aplicables y determina la base para individualizarlas en la persona que lo cometió, a partir de su responsabilidad. Esto significa que el derecho penal en sentido objetivo, en cuanto sistema normativo, tiene un sentido eminentemente sistemático que supone la explicación coherente y racional de las reglas jurídicas referidas al delito, a la persona responsable y a las penas y medidas de seguridad. con un sentido de validez general.

Punto de partida del contenido del derecho penal en este sentido objetivo es, por tanto, el entendimiento del concepto mismo de la norma. a partir de su estructura, lo que naturalmente lleva a

la necesidad de analizar el contenido del precepto y de la sanción, como el contenido de la culpabilidad, a partir de la responsabilidad de la persona, en la inteligencia de que las penas no son aplicadas a los hechos sino a las personas. Es en función de estos conceptos que se debe de entender el derecho, conformado con las normas y las diversas reglas jurídicas que lo integran.

El contenido preceptivo de la norma, dentro de la semántica específica del derecho penal aparece recogido en el concepto del "tipo". Esto lleva a observar que, obviamente, el concepto del tipo es un concepto medular de la teoría de la ley penal que, por tanto, encuentra allí su ubicación natural. A la vez, sin embargo, dado que su ámbito conceptual es el punto de partida para el estudio de la teoría del delito, convencionalmente, en la obra, se recoge el estudio específico de la "teoría del tipo" dentro del ámbito de la teoría de los presupuestos, como segmento inmediato que precede el estudio de los elementos del delito.

En síntesis, el contenido del derecho, en cuanto orden normativo, debe de ser entendido en su función de ser un orden de relación social, a partir de la regulación de la conducta humana, que se explica y justifica en función de los fines de convivencia y coexistencia.

### **1.3.1. Teorías generales.**

Adentrarse en el estudio del Derecho Penal y de manera específica disertar respecto al delito y la pena es ingresar a un estudio amplio en el que diversos juristas han tratado de establecer una definición con validez universal; sin embargo, sabemos que cada país tiene sus propias y especiales circunstancias que van estableciendo los elementos base para castigar las conductas que contrarían la ley que protege a los bienes jurídicos relevantes para la ciencia jurídico penal. Actualmente, los estudiantes interesados en la norma jurídico penal deben conocer y desarrollar con una actitud crítica los saberes esenciales en la Teoría General del Derecho Penal, por lo que resulta verdaderamente importante que todo jurista apasionado por el Derecho Penal conozca la Teoría del Delito y los elementos que lo integran sin dejar a un lado, obviamente, a la Teoría de la ley penal y la Teoría de las penas y medidas de seguridad.

### **1.3.2. Teoría general de las normas penales.**

Al concepto formal de derecho penal pertenece la problemática de la norma penal. Si el derecho penal se define como conjunto de normas jurídicas, importará saber qué naturaleza han de poseer



estas normas (rango jerárquico), y qué estructura encierran. La primera cuestión enlaza con el problema del principio de legalidad, según el cual sólo la ley es norma jurídica susceptible de tener carácter penal. Pero el examen del principio de legalidad encuentra un lugar sistemático más adecuado en el apartado destinado a los límites propios del ejercicio de la facultad punitiva (fus puniendi) del Estado, porque ello aclara mejor el significado político-jurídico de ese principio, que desborda ampliamente la problemática del concepto/orma/ de derecho penal y de la norma penal.

Estudiarlo ya ahora, sería, sin duda, sobrestimar el aspecto/onfnl/ del principio de legalidad en perjuicio de su rico contenido político, de imperativo dirigido al legislador. Por consiguiente, de los dos aspectos mencionados de la norma penal, su rango jerárquico y su estructura, sólo el segundo será examinado en este lugar.

Estructura de la norma penal.

A) Supuesto de hecho y consecuencia jurídica.

En la definición propuesta de derecho penal se parte de normas que asocian determinadas consecuencias jurídicas (penas, medidas de seguridad y responsabilidad civil) a ciertos presupuestos (delito, estado peligroso, desequilibrio patrimonial). Al mismo tiempo que el contenido diferencial de la norma penal, ello describe su estructura, que no es específica de ella sino común a toda norma jurídica formalmente completa. Supuesto de hecho o presupuesto, por un lado, y consecuencia jurídica, por otro, constituyen los dos momentos esenciales a la estructura de toda norma de derecho.

B) Precepto y sanción; norma primaria y norma secundaria. RODRÍGUEZ DEVESA considera preferible esta terminología a la de precepto y sanción utilizada por un sector de la doctrina, puesto que, a su juicio, no es exacto que el precepto se limite a una parte de la ley penal, ya que la ley es una unidad en la que el precepto va unido indisolublemente a la sanción. Sería equivocado equiparar "precepto" y "presupuesto", porque el presupuesto no es por sí solo ningún precepto.

Pero lo cierto es que, bien entendida, la contraposición de precepto y sanción no se corresponde con la de presupuesto y consecuencia jurídica, sino que responde a una perspectiva distinta. Mientras que este último par de conceptos describe sólo la estructura lógica de la norma, el primero apunta a su esencia imperativa. Presupone, pues, que la norma posee naturaleza imperativa (que es una

prohibición o un mandato), lo que ya se verá más adelante que compartimos<sup>41</sup>. Pero aun así resulta incompleto contraponer precepto y sanción, pues en toda norma se expresan dos preceptos distintos, y no sólo uno; el primero, dirigido al ciudadano, le prohíbe u ordena actuar de determinada forma {norma primaria}, y el segundo, que se dirige al juez, le obliga a aplicar la consecuencia jurídica cuando concurra el supuesto de hecho {norma secundaria}. Las normas penales se distinguen de las demás normas jurídicas por el mandato penal de la norma secundaria (el deber del juez de imponer una pena) . Ambos preceptos poseen su sanción: para la norma primaria la prevista en la concreta disposición de que se trate y para la norma secundaria la responsabilidad administrativa y penal prevista en otras disposiciones para los órganos que incumplen el mandato de aplicar aquella sanción legal. Entonces, la distinción precepto-sanción que suele utilizarse para explicar la ley penal, sólo alcanzaría a la norma primaria contenida en ella.

Resumiendo: 1) Desde el punto de vista de la estructura lógica sólo es válida la distinción de presupuesto y consecuencia jurídica; 2) la distinción precepto-sanción alude al significado imperativo, más que a la estructura formal, de la norma penal; pero, para que sea válida a ese nivel, debe completarse distinguiendo entre norma primaria y norma secundaria.

Ahora bien, adviértase que la estructura lógica representada por la distinción presupuesto-consecuencia, que es la estructura propia de la redacción de las proposiciones jurídico-penales, tiene carácter hipotético: si alguien mata a otro (presupuesto), será castigado (consecuencia). Y esta estructura hipotética es la que corresponde a lo que, según se ha visto, recibe el nombre de norma secundaria, es decir, la que impone al juez el deber de imponer la sanción. Equivale a decir: si alguien mata a otro, el juez deberá castigarle. En otros términos, la redacción de las proposiciones jurídico-penales sólo expresa de forma directa la norma secundaria. La norma primaria, la que prohíbe u ordena una conducta al ciudadano, no se formula directamente por la ley, sino que sólo cabe inferirla indirectamente de la misma. En esto se basan la teoría de las normas de BINDING y la teoría de las normas de cultura de M. E. MAYER.

C) La teoría de las normas de BINDING y M. E. MAYER.

BINDING partió, en efecto, de la formulación hipotética de las proposiciones jurídico-penales. En este sentido pudo decir que el delincuente no infringe, sino que cumple la ley penal, puesto que viene a realizar la hipótesis imaginada por la ley, que no se formula como prohibición o mandato al

ciudadano que puedan ser infringidos por éste, sino como mandato dirigido al juez cuyo presupuesto se cumple con la realización de un delito. Lo que, para BINDING, vulnera el delincuente es la norma, que concibe como el imperativo dirigido al ciudadano que precede conceptualmente a la ley penal (el "¡no matarás!" que precede a "el que matare a otro será castigado"). Las normas de BINDING, pertenecientes al derecho público general -no específicamente penal-, podían ser escritas o no y hallarse previstas fuera del derecho penal, pero lo normal es que se dedujesen, implícitamente, de las mismas disposiciones hipotéticas de la ley penal. Según esto, la ley penal expresaría de forma explícita un mandato destinado al juez (en nuestra terminología: norma secundaria) y encerraría implícitamente una norma dirigida al ciudadano (en nuestra terminología: norma primaria).

La teoría de las normas de cultura de M. E. MAYER representó una continuación, en versión sociológica, de la construcción de BINDING, quien, no obstante, la rechazó duramente. Para M. E. MAYER, las normas de cultura son mandatos y prohibiciones a través de las cuales la sociedad exige de los ciudadanos comportamientos adecuados a los intereses de la misma. El legislador penal parte de esas normas sociales a la hora de decidir qué debe ser castigado. Tras cada ley penal hay, pues, una norma de cultura dictada por la sociedad.

Ambas formulaciones, la de BINDING y la de M. E. MAYER, vienen a coincidir en lo esencial: la ley penal no expresa un imperativo dirigido al ciudadano (norma primaria), sino sólo un mandato dirigido al juez (norma secundaria); la norma primaria es previa, y externa, a la ley penal en sentido estricto. La diferencia entre las dos teorías es que BINDING considera de naturaleza jurídica (pública) a las normas previas, mientras que M. E. MAYER les atribuye carácter social (prejurídico).

A estas concepciones se les ha criticado lo que tienen de común: que den por supuesta la existencia de normas extrapenales previas a la ley penal. Se ha objetado que no es necesaria la existencia de normas independientes y anteriores a la ley penal, sino que el legislador penal crea a menudo la norma con la sola formulación de la ley penal: hay normas cuya existencia se basa sólo en la presencia de la ley penal, única que permite inferirlas. Por lo demás, al penalista -se dice- no le importan más que las normas que se desprendan de las leyes penales. En síntesis, ni son necesarias normas previas a la ley penal, ni cuando existen tienen un significado que no se deduzca ya de la ley penal.

Frente a estas críticas, un sector de la ciencia penal actual, en parte a partir de la revisión que ha supuesto la doctrina finalista de la acción (ver infra, cap. 3, III, 4), vuelve a reclamar la vigencia de las posiciones fundamentales de la teoría de las normas. Que esta formulación sea vista con simpatía desde los principios de la teoría finalista, no puede extrañar, pues: 1º) La norma, como imperativo dirigido al ciudadano, aparece adecuada a la esencia de la acción, dado que un imperativo no es más que solicitud de ordenación de la finalidad en un sentido dado; 2º) la naturaleza previa de las normas responde bien al punto de partida metodológico del finalismo, a saber, la vinculación del legislador a estructuras lógico-objetivas prejurídicas.

Pero MAURACH defiende la teoría de las normas con otros argumentos. Por una parte, afirma la necesidad lógico-jurídica de normas previas a la ley penal. Por otra parte, las considera imprescindibles desde la perspectiva de la dogmática jurídico-penal. La necesidad lógica de las normas nace, para MAURACH, de la insuficiencia de la sola idea de la lesión de bien jurídico para fundamentar la pena, insuficiencia que se deduciría de que la ley no castiga todos los ataques concebibles contra los bienes jurídicos, sino, a menudo, sólo ciertas modalidades de ataque -las más graves- de esos bienes. Así sucede en los delitos contra la propiedad, la cual no se protege penalmente de toda forma de lesión, sino sólo de agresiones especialmente peligrosas. Con ello se refiere MAURACH a lo que se conoce con el nombre de carácter fragmentario del derecho penal. La consecuencia de la mencionada insuficiencia de la lesión de bien jurídico para acotar el campo de lo punible sería que para la punición de una lesión de bien jurídico es precisa, lógicamente, la existencia previa de una norma que prohíba dicha lesión".

También para la dogmática jurídico-penal reputa MAURACH necesaria la teoría de las normas. Sin ella no cree posible una correcta solución de la teoría de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Así, la esencia de las causas de justificación sólo podría explicarse en base a que el imperativo de la norma cede en esos casos, pese a la subsistencia de la ley penal que describe el tipo. Del mismo modo, el conocimiento del injusto cuya posibilidad exige la culpabilidad, no alcanza al conocimiento de la ley penal, sino que se contenta con el de contrariedad a una norma jurídica. Ello sin contar con que la distinción de ley penal y norma es condición necesaria, para MAURACH, de que pueda llevarse a cabo satisfactoriamente la delimitación de error de tipo y error de prohibición.

Los argumentos acabados de referir no demuestran la necesidad de una teoría de las normas como las formuladas por Binding o M. E. MAYER. Estas construcciones no se contentan con distinguir a nivel puramente lógico entre un juicio hipotético formulado expresamente por la ley penal y una norma imperativa implícita a esa ley penal, sino que coinciden en mantener que la existencia de las normas imperativas es previa a la ley penal, en el sentido, no sólo lógico, de que no se desprenden de ella, sino que la preceden. Dicho de otro modo: la norma no se deduce de la ley penal, sino que, viceversa, la ley penal presupone una norma previa de la que parte.

Ahora bien, a nuestro juicio, con ello la teoría de las normas va demasiado lejos. Tienen razón quienes le objetan que hay leyes penales sin normas precedentes en que puedan fundarse y que, incluso cuando a la ley penal antecede una norma, ella es decisiva para la ciencia penal no en cuanto norma precedente, sino en la medida en que se halle reflejada en la ley penal. Pero eso no obsta a la posibilidad y utilidad de distinguir, en el plano puramente lógico, dos aspectos en toda ley penal: 1) un mandato hipotético dirigido al juez, de aplicar la pena señalada; ello se expresa directamente en la ley; 2) una norma dirigida al ciudadano prohibiéndole u ordenándole la conducta de que se trate; esa norma se desprende de forma mediata de la redacción hipotética de la ley penal, de modo que no precede a ésta ni es condición de su vigencia.

Estos dos aspectos se corresponden con la distinción, más arriba formulada, de norma secundaria y norma primaria, lo cual viene a sentar otra diferencia importante respecto de la teoría de las normas: el mandato hipotético dirigido al juez es también una norma imperativa. No pueden, pues, contraponerse la ley penal, como juicio hipotético no imperativo, y la norma imperativa que se halla tras él.

D) La estructura comunicativa de la norma penal.

Hasta aquí se ha partido de los puntos de vista tradicionales sobre la estructura de la norma jurídico-penal. Las distinciones supuesto de hecho-consecuencia jurídica y norma primaria y norma secundaria sirven de base, en efecto, a la inmensa mayoría de análisis doctrinales de la estructura de la norma jurídica y jurídicopenal. Pero ahora se alza en contra de estas premisas la importante formulación de CALLIESS\*<sup>^</sup> que pide un desplazamiento radical del terreno en que se halla situada la problemática de la estructura de la norma jurídico-penal.

CALLIESS aborda la cuestión de la estructura de la norma jurídico-penal no como problema en sí mismo, de puro análisis lógico desvinculado de consecuencias ulteriores, sino como base para la solución a la cuestión de la función de la pena, que cree hay que resolver sobre la base de la estructura del derecho penal positivo y no a partir de apriorismos metafísicos". Todo ello lo sitúa Calliess en la perspectiva de la moderna sociología, en la dirección que le imprimió PARSONS en Norteamérica" y que ahora se está extendiendo considerablemente en Alemania gracias, sobre todo, a la Systemtheorie de LUHMANN, quien ha despertado el interés de la teoría general del derecho por esa perspectiva, ocupándose él mismo de trasladar al mundo de lo jurídico la teoría de los sistemas sociales".

A partir de la concepción de la sociedad como sistema de procesos de interacción y comunicación, se fija en la estructura comunicativa que relaciona a los distintos sujetos presentes en toda norma jurídico-penal. Según lo anterior, la estructura de las normas penales es una estructura basada en la recíproca conexión (comunicación) de los tres sujetos (sujeto activo, sujeto pasivo y Estado) presentes en ellas. CALLIESS prefiere este punto de vista al tradicional por dos razones principales: 1) Porque esa estructura de comunicación intersubjetiva es la misma estructura de toda acción social, de toda "acción comunicativa"; 2) porque sólo dicha estructura permite concebir la norma penal no sólo como "conducción" (Steuerung), sino como "regulación" (Regehung). A continuación se explicará el sentido que CALLIESS atribuye a esto último.

Para este autor, el planteamiento tradicional, que distingue entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica, en una relación hipotético-condicional, y ve en cada norma un imperativo dirigido a los ciudadanos bajo la amenaza de pena, responde a lo que en cibernética se llama "conducción" (Steuerung), que consiste en una dirección ciega, sin control de los resultados y sin que éstos regresen modificando la dirección. Entendida hipotéticamente, condicionalmente, la pena asignada en la proposición jurídico-penal se determina previamente, y sólo es precisa la realización del supuesto de hecho para que automáticamente corresponda la pena. La determinación de la pena es, entonces, la consecuencia última a que conduce la proposición jurídico-penal, y no depende de los resultados que a partir de entonces se consigan con la pena. En este sentido, el esquema tradicional entiende, según CALLIESS, la norma penal como "conducción": porque la pena se señala previamente, de modo ciego ante los efectos de la pena.

En cambio, la "regulación" supone un tomar en cuenta continuamente los resultados de la dirección, que retroceden orientando a la dirección misma, la cual, a su vez, se adapta a los resultados que va consiguiendo (Rückkoppelung). Ello podrá suceder -piensa CALLIESS- si la estructura de la proposición jurídica deja de responder al modelo condicional-hipotético (si supuesto de hecho; entonces consecuencia jurídica), para pasar a concebirse como relación comunicativa interdependiente de los tres sujetos (ego, alter y tercero = sujeto activo, sujeto pasivo y Estado), pues tal relación comunicativa se basa en las expectativas de cada uno respecto de los demás y esas expectativas habrán de ir variando según la conducta de los sujetos: así, la pena que el tercero (Estado) ha de aplicar dependerá de los efectos que espere haya de poseer la misma en el sujeto sometido a ella, así como de los resultados que se compruebe vayan produciéndose durante su ejecución.

Por este camino quiere llegar CALLIESS a formular un concepto de norma jurídico-penal que sirva a la función de resocialización, la cual sólo puede conseguirse adaptando la pena a los resultados que produce en el condenado". A nivel de teoría general del derecho, CALLIESS expresa las mismas ideas atribuyendo al derecho la función de diálogo con los sujetos de la relación, como manifestación de su "estructura dialogal de sistemas sociales".

En síntesis, la concepción de la estructura de la norma jurídica que sostiene CALLIESS -como relación comunicativa de sujeto activo, sujeto pasivo y Estado- obedece a la función (dialogal) que dicho autor atribuye al derecho penal. El desarrollo más pormenorizado de la problemática que suscita la función del derecho penal corresponde a un epígrafe posterior, por lo que debe detenerse aquí el análisis de la reciente construcción de CALLIESS. Pero importaba adelantar alguna idea para exponer el sentido de una inteligencia de la estructura de la norma jurídico-penal que se diferencia de las posiciones clásicas en que no parte del puro análisis conceptual de la norma, sino que es consecuencia de una determinada concepción de su función. El funcionalismo se halla, pues, como se ve, tras el total planteamiento de CALLIESS.

}

Ahora bien, el distinto terreno en que se mueven las formulaciones tradicionales y la propuesta por CALLIESS impide que sea literalmente incompatibles. Puede mantenerse que desde el punto de vista estático la norma jurídico-penal se compone de supuesto de hecho y consecuencia jurídica, y admitir,

al mismo tiempo, que en una perspectiva funcional, esa norma expresa una relación comunicativa entre sujetos. Pero, claro está, esto último presupone que se atribuye al derecho penal idéntica/i/nc/óft que CALIESS, lo que ha de decidirse al examinar el tema de la función de nuestra rama del derecho.

En cualquier caso, ya se vislumbra que la estructura de la norma no es una pura cuestión constructiva, de análisis formal, sino que se halla en estrecha relación con el fundamento último del derecho penal. Haber situado en primer plano este aspecto de la problemática de la estructura de la norma jurídico-penal, constituye, sin duda, una aportación de CALLIESS a la que no cabe renunciar.

### **1.3.3. Teoría general de los delitos.**

La teoría del delito es aquella parte de la ciencia del derecho penal que explica el concepto y contenido del delito, a partir de las características que lo integran.

La teoría del delito, al igual que el principio de legalidad, surge como un elemento eminentemente garantista, derivado del pensamiento racionalista e iusnaturalista del Iluminismo, que se ocupó de construir las bases del nuevo estado de derecho, uno de cuyos aspectos fundamentales, es la definición de las relaciones entre gobernante y gobernado, con el objetivo de evitar el abuso de la autoridad y la arbitrariedad en el ejercicio del poder. La teoría del delito, así, surge como un componente fundamental de garantía para la persona en su relación social.

La teoría del delito obedece a objetivos eminentemente prácticos para determinar dentro del mayor grado de precisión posible, si existe como un delito, por suponer la realización de un comportamiento que se adecua a los elementos característicos lo cierto tipo.

No se trata únicamente de una afirmación general en el sentido de que una cierta conducta es un delito porque corresponde al contenido general de la conducta prevista en tipo penal; se trata, en cambio, de hacer dicha afirmación, pero de manera tal que implican el mayor grado de precisión, teniendo en cuenta que de la respuesta que al respecto se señale, habrán de producirse consecuencias jurídicas de las que deriva no sólo la afectación de bienes jurídicos del justiciable, sino que, unido a ello, implica también una garantía fundamental para la sociedad misma.



Toda persona, en cualquier momento, puede ser objeto de la imputación de un hecho criminoso. De ahí la precisión que se dé en la afirmación acerca de la existencia o no existencia del delito. La teoría del delito es así un factor esencial de garantía para todos los miembros de la sociedad.

Por otra parte, la teoría intervención en el ámbito del servicio de la administración de justicia (el juez, el defensor, el Ministerio Público y su coadyuvancia), en la medida en que favorece la conformación de criterios más uniformes que permiten determinar, con el mayor grado precisión, y con el menor grado de arbitrariedad, la existencia del delito de responsabilidad del agente, sobre tal base, permite también el juzgador, la aplicación de la pena más justa y adecuada, por vía de la individualización.

Se hace necesario, por esto, no sólo la verificación acerca de la existencia del tipo penal, cuyo contenido prohibitivo resulta violado por la realización de la conducta y del resultado que lesionan el bien jurídico penalmente protegido, sino, es necesario ver si existe igual correspondencia relación con todos y cada uno de los elementos que integran la circunstancia de ese comportamiento y que implican de manera exacta y precisa la existencia de los elementos descriptivos, objetivos, normativos y subjetivos del tipo.

Además, es necesario analizar si, en el caso, se presentan o no otro tipo de valoraciones que recoge la ley penal y de las cuales pudiera dedicarse la inexistencia del injusto, o bien la imposibilidad de responsabilizar al autor, aspectos con los que se conforma el concepto que doctrina mayoritariamente entiende como delito (delito en sentido amplio), o bien, que aún llegando a la conclusión de que hay delito porque existe el injusto y el culpable, la persona, no obstante no es posible poner la pena, por razón de la presencia de alguna excusa absolutoria incorporada en la ley penal por razones de política criminal.

En fin, todos estos elementos, observados a la luz de un cierto criterio de análisis y dentro de un cierto modelo de sistematización, son los que conforman el ámbito de la teoría del delito, la cual permite una aplicación más precisa y armoniosa de la ley, impidiendo la arbitrariedad en la interpretación de la ley en la imposición.

Tanto el procedimiento de análisis, cuanto el modelo sistemático de síntesis deben responder a un orden lógico. Éste contenido conceptual del teoría del delito, permite el establecimiento de un orden

lógico para averiguar y a firmar la existencia o ausencia del delito, de la responsabilidad del autor y de la punibilidad, y es congruente con ese camino metodológico denominado “dogmática jurídica penal”, siguiendo la denominación que por vez primera utilizará en su oportunidad, Rudolph von Ihering.

#### *El concepto del delito*

Si tomamos como base que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable, concepto que sostiene una parte importante de la doctrina penal, vale observar que, de tal concepto se siguen a su vez, los conceptos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Las situaciones de conflicto social generadoras de afectaciones al interés de la sociedad implican el origen natural del derecho penal. A partir de ellas surge la norma y la pena en relación con la responsabilidad del autor. Cabe recordar que en épocas remotas fue la sola causación de tales afectaciones lo que supuso la base de la reacción penal, en manera tal, que fue posible reaccionar punitivamente no sólo en contra de las personas, sino también en contra de los animales y de las cosas.

En la concepción del delito, entendido como en el injusto penal, cabe pensar que aunque cronológicamente el primer momento susceptible de análisis es el objetivo, es decir, el hecho, en tanto que físicamente perceptible, sin embargo, en tanto que concepto de valoración cultural y jurídico, en primer concepto objeto de estudio y elaboración de los juristas fue acaso, es de la culpabilidad, desarrollado durante la Edad Media, con un contenido acaso más moral y ético individual y religioso, que ético social y jurídico, a partir de los conceptos delito-pecado y penitencia, que en esa época fundamentaron el concepto de la responsabilidad y de la pena en sentido expiacionista.

Para precisar el contenido de los elementos de la teoría del delito, bajo los esquemas del causalismo naturalista y valorativo, del finalismo y del funcionalismo político criminal, lleva a la necesidad de estudiar el bien jurídico, al igual que el tipo, como presupuestos (material y jurídico) de la conducta típica.

Por otra parte, es pertinente hacer un paréntesis, en el sentido de la teoría general del delito, antes de entrar al análisis de los presupuestos y elementos del delito, para referirnos a los conceptos de la acción de la relación de causalidad.

### *La conducta en la teoría del delito*

El concepto de la conducta o acción es el común denominador en diversos de los esquemas de análisis de la teoría del delito y sobre el cual aparece construido el análisis de los restantes elementos del delito. Así ha sido entendida hasta que fue seriamente cuestionada por una parte de la doctrina penal.

Desde el causalismo naturalista de Litz, que concibió al delito como acción, en la idea positivista de que lo único relevante son los “hechos de la naturaleza”, como físicamente perceptible y observable. Tal concepto de la conducta dentro de la teoría del delito, habrá de sustituir hasta el finalismo y en las posteriores orientaciones en sentido político criminal, donde la acción deja de ser observada desde la perspectiva causal, para ser reconocida como la acción finalísticamente determinada por la voluntad. Sin embargo, subsiste la idea de ser la base material del delito. Por esto, con el cambio impuesto por el finalismo, se reorientó el contenido de todos los elementos en la estructura sistemática de la teoría del delito (en la conducta, en la atipicidad, en la antijuricidad y la culpabilidad), pero se mantuvo la misma estructura sistemática general de la teoría del delito.

La acción es “acción positiva” o “acción negativo”. La primera, entendida como la acción o comisión en sentido estricto; la segunda, como la omisión. Esto dio base a la crítica de Radbruch, en el sentido de que la acción no puede ser entendida como un concepto básico o superior del sistema de análisis de la teoría del delito, porque, por una parte, no es un concepto general, único y exclusivo del derecho sino que es un concepto general y común de toda conducta, como manifestación del hombre independientemente de su contenido jurídico o no. Por otra parte, tampoco es un concepto superior que abarque a la acción y a la omisión, en manera tal que así como en lógica “A” y no “A”, no puede ser lo mismo, sino que “A” sólo es igual a “A”, y no “A”, de igual manera, en el derecho la acción sólo puede definir las características de la acción y no de las de la omisión que implica un comportamiento con una estructura propia.

Por otra parte, si el concepto de la acción es directamente relevante para la tipicidad y para la antijuricidad, en la conformación del injusto, no lo es, en cambio, como concepto directamente definitorio de la culpabilidad, toda vez que ésta, entendida en sentido normativo, como reproche a la persona por haber cometido una conducta contraria a lo que la ley ordenaba, implica, en

consecuencia, un reproche no a la acción en sí, sino un reproche a la persona. De aquí que sólo en forma indirecta se refiere a la conducta o acción, como objeto de valoración (culpable o no culpable).

Es falso que el concepto de la acción se presente como el elemento conceptual primero, “pretípico”, lógico natural, básico, de toda la teoría del delito. Esto, se confirma, en primer lugar, ante la observación de que no es cierto que toda acción implica que la presencia de un delito, ya que en el mundo de la realidad social, existen un sinnúmero de acciones que son irrelevantes para el derecho y, aún, de entre las que resultan ser relevantes para el derecho, sólo algunas de ellas pueden ser acciones relevantes para el derecho penal. Esto significa que la acción, en sí sola, no es el primer elemento de análisis del delito, sino que, en todo caso, no es la acción presupone la lesión aún bien jurídico protegido por el derecho penal, lo cual acontece sólo en la medida en que exista un tipo legal penal que la recoja en su norma, prohibiendo u ordenando la conducta; es decir, no es sólo la acción u omisión considerada en forma abstracta general, sino la acción y la omisión que concretamente aparece tipificada por la ley penal.

Por esto para la teoría del delito, el concepto con el cual surge y se vincula el injusto, no es la acción sola y pretípica, sino, en todo caso, el bien jurídico que preexiste al delito y que penalmente protegido, resulta lesionado por la acción u omisión de una persona. Por esta razón, el punto de partida en el análisis del delito es y debe ser la intersección y convergencia entre la “acción” y el “bien jurídico”, es decir, el momento a través del cual con una acción se lesiona un bien jurídico penalmente protegido, con lo que, simultáneamente, se viola el contenido preceptivo prohibitivo de la norma.

Si pensáramos en la graficación de los modelos sistemáticos que se comentan, observaríamos que el modelo causal podría ser recogido en forma piramidal, en cuya base aparecería la conducta. La misma graficación, aparecería en la construcción sistemática del causalismo valorativo, en donde se mantiene la misma concepción de la conducta. Tal expresión gráfica, sin embargo, aparecería modificar en el modelo de la estructura normativista de Kelsen, en la cual, a partir del tipo, resultarían mejor expuesta en círculos concéntricos, que reconocen la validez conceptual del universo normativo, y en donde en el círculo exterior aparecería reconocida no por la conducta, sino por tipicidad, con lo que es evidente que resulta modificará sustancialmente la sistemática que recoge a la conducta como la base lógico material de la teoría del delito, para sustituir la forma base lógico-normativo a partir de la tipicidad.

En síntesis, no es la acción la que resulta relevante para el derecho penal, sino la acción que genera la violación a la norma y la lesión al bien jurídico y, por lo mismo, el primer momento de estudio relevante para el derecho penal, resulta ser la tipicidad, en que se entiende que analizar, precisamente, el momento de la inicial y a aparente lesiona un bien jurídico penalmente protegido, que puede llegar a ser constitutiva de un delito (y de aquí la necesidad de su análisis para determinarlo). Estos aspectos, surgen de manera concomitante y aparecen recogidos en el contenido de la tipicidad, cuyo ámbito se ocupa de analizar la atribuibilidad del comportamiento real y fáctico, en su ámbito situacional, con el previsto en el tipo penal. Naturalmente, en este sentido, por tipo penal, en sentido amplio, se entiende tanto el tipo básico como también, en su caso, el tipo complementado con las circunstancias que la ley previene, al cual se suman también las diversas situaciones que, previstas en la parte general de la ley penal, exigen ser necesariamente consideradas para la valoración del dolo del injusto y el grado de la culpabilidad, para la individualización y aplicación de la pena. Por lo mismo, son también necesarias, para la concreción de la tipicidad, los componentes típicos y pasionales de la tentativa, la participación, el concurso, etcétera.

#### *La relación de causalidad*

La conducta, bajo una perspectiva naturalista, fue entendida como el punto de partida de que un proceso causal; nace de que la necesidad de precisar el contenido de la causalidad.

El problema de la causalidad en el derecho penal tiene su origen en la misma razón que yo lugar a la concepción del delito como acción, en sentido objetivo naturalista, en la consecuencia los a las categorías mecanicista de las ciencias naturales, al ámbito de la relación social y concretamente en derecho.

Cuando principios del siglo XX se cuestiona el dogma de la causalidad, en el ámbito de las ciencias naturales, sobre todo en la mecánica cuántica que hizo modificar la afirmación de que a toda causa sigue un efecto, para producir dicho anunciado a uno nuevo en el sentido de que todo efecto es producido por una causa, y en la medida en que las leyes mismas de la mecánica cuántica son base fundamental de todo conocimiento científico, generó un fuerte cuestionamiento que tendría que traducir sus consecuencias al campo jurídico penal que se tradujo en un cambio en el interés

preexistente por la causalidad, a un nuevo interés por concepto de la “función”; ámbitos, éstos, que se desarrollaron a su vez en la línea del funcionalismo a partir de Dilthey y Durkheim.

La causalidad, sin duda, tiene fundamental importancia para el derecho y para el sistema de la justicia penal, pero ella ser en el ámbito de la realidad fáctica, de aquí la necesidad de que sean ciencias causalexplicativas las que se ocupen de su delimitación y definición, mismas que naturalmente guardan relación con el campo jurídico penal porque es a través de su conocimiento como es posible acreditar los elementos de prueba que en su oportunidad permitirán afirmar los contenidos penales.

Por esto la causalidad debe ser objeto de examen previo al de la tipicidad por parte de las diversas disciplinas causal-explicativas de la criminalística, como pueden serlo a la balística, la química, la física o cualesquiera otras; y, en ese sentido, su aporte es definitivo en la función jurisdiccional, pero indudablemente, su contenido en sí, no es de carácter jurisdiccional, pero indudablemente, su contenido en sí, no es de carácter jurídico penal, sino el resultado de otras aportaciones que precisamente por esto son denominadas como disciplinas o ciencias auxiliares de los procedimientos penales.

Por esto, surge cuestionamiento a la causalidad, en relación con la teoría del delito, derivado de que aparece como conocimiento al margen de la teoría del delito, toda vez que, en la tipicidad, para los efectos de la misma, el problema no es la determinación de la causalidad de la acción, sino la posibilidad de atribuir el comportamiento al tipo previsto la ley penal. Es éste el verdadero problema del derecho penal.

Independientemente de lo anterior, el principio de la causalidad guarda relación no sólo con el esquema sistemático del causalismo, en tanto que delito es acción y acción es causalidad, sino que se presentan en todos los modelos, incluyendo el finalismo, en donde, si por una parte la estructura diferente, a partir de la acción final, por otra parte, la base de la finalidad es también necesariamente la causalidad, toda vez que para alcanzar un cierto fin, la persona a de apoyarse en su experiencia causal, y sólo atentó a esta, es que le es dable predeterminar la finalidad de su actuar. Ello originó el desarrollo del estudio de la causalidad, con el surgimiento de diversas opiniones para explicarla: las teorías generalizadoras y las teorías individualizadoras.

De las primeras, la que más se sostiene es la teoría de la *conditio sine qua non* o teoría de la “equivalencia de las condiciones”, que si bien desde el punto de vista científico es la única válida, por otra parte, ofrece poco o nulo auxilio para la determinación y delimitación de la conducta delictiva, toda vez que afirmar que causa es la condición sin la cual un hecho no se produce, sólo implica hacer referencia a un número prácticamente infinito de causas fundantes unas de otras, que resultan poco menos imposible identificar. Por esta razón, los correctivos esta teoría plantearon la fórmula de la prohibición al retroceso y el correctivo por la culpabilidad.

Por su parte, las teorías individualizadas procuran establecer una diferencia entre las diversas situaciones susceptibles de ser entendidas como causas, para recoger sólo la que se estima como la realmente determinante. Se adoptan casi criterios diferentes que van desde el cronológico, que se referida a “la última causa”, como también la de “la condición más eficaz”, la de “la causa más efectiva” y otras más, siendo la principal la teoría de “la causa adecuada” que algunos autores recogen como causa generalizadora. Esta última, partiendo del reconocimiento de la validez de la teoría de la equivalencia de las condiciones, intenta establecer un correctivo a la misma, en el sentido de considerar como causa, sólo aquella que, conformada experiencia, resulta ser la adecuada para producir el resultado. Las dificultades que presenta esta teoría, ha llevado a entender, fundamentalmente, que la “causa adecuada” es sobre todo un criterio supletorio de imputación objetiva, es decir útil para la imputación objetiva de un resultado a una acción.

En síntesis, independientemente reconoce la validez del estudio de la causalidad en el campo jurídico penal, que si lo tiene, aun cuando sea en relación con momento previo, en cambio, en el ámbito de la realidad fáctica, sólo la teoría de la equivalencia de las condiciones resulta ser la única realmente válida en el sentido causal, en tanto que la teoría de la causa adecuada, si bien ofrece utilidad, ello es sólo en relación a su utilidad como criterio de imputación objetiva.

En todo caso, la causalidad ofrecería utilidad sólo en relación con los delitos de resultado material, en donde es posible separar físicamente la conducta típica de resultado típico causado, casos, estos, en donde si resulta necesario hablar de un nexo de causalidad, independientemente de que el número de delitos que plantea tal necesidad es sólo un mínimo de entre las conductas previstas en la ley penal como delito.

En síntesis, en la atipicidad, el único problema jurídico que se presenta este de la atribuibilidad del comportamiento (conducta de acción o de omisión), dentro del ámbito situacional en que se presenta, en relación con el ámbito situacional que previene tipo penal, y, en esto, la causalidad no tiene relación directa, toda vez que supone un problema ya superado y resuelto. Es decir, para que pueda plantearse la tipicidad de una conducta y un resultado típicos, a fin de revisarlos a la luz del tipo descrito por la ley penal y, estar en posibilidad de determinar si son o no atribuibles a esta última, es necesario partir de la base de que se ha dado una conducta que ha causado un resultado, lo que obviamente presupone la presencia de nexos de causalidad, pero tal situación implica un contexto conceptual fáctico previó al de la tipicidad misma, ya que ésta última supone sólo el juicio de su atribuibilidad al tipo. En el ámbito de lo normativo lo que se da es una relación de “conexidad”, pero no de causalidad. Por esto, en el ámbito de la realidad fáctica si es indispensable acreditar el nexo de causalidad, lo cual es precisamente el objetivo medular del proceso y de los medios de prueba dentro del mismo (es éste el contenido fundamental de la exigencia constitucional del artículo 19, cuando requiere aprobar la responsabilidad del autor, unido a la acreditación de los elementos del tipo); pero tal exigencia para conformar la conducta típica, en el momento del juicio de atribuibilidad implica la tipicidad, tiene que haber quedado previamente probada para que pueda darse la conexidad prevista y exigida por la ley.

#### **1.3.4. Teoría general de las penas.**

El principal medio de que dispone el Estado como reacción frente al delito es la pena en el sentido de "restricción de derechos del responsable". El orden jurídico prevé además las denominadas "medidas de seguridad" destinadas a paliar situaciones respecto de las cuales el uso de las penas no resulta plausible. De manera que el sistema de reacciones penales se integra con dos clases de instrumentos; penas y medidas de seguridad. Desde la antigüedad se discuten acerca del fin de la pena fundamentalmente tres concepciones que en sus más variadas combinaciones continúan hoy caracterizando la discusión, así, para explicar estos remedios incluidos en la legislación penal se ofrecen estas diversas teorías que parten de puntos de vista retributivos o preventivos, puros o mixtos que se encargan de fundamentar de diverso modo y de explicar los presupuestos que condicionan el ejercicio del "ius puniendi" y la finalidad perseguida por el Estado con la incriminación penal.



El segundo ámbito fundamental de la ley penal es la pena. Hemos señalado que la ley penal se integra de precepto y sanción, lo que en la semántica específica del derecho penal se recoge bajo las expresiones tipo y punibilidad.

La pena es la concreción de la punibilidad y su contenido concreta y refleja todo el sentido y alcance del derecho penal. Junto con el precepto y la sanción, la responsabilidad que se concreta en el reproche de culpabilidad, completa el tríptico que conforma al derecho penal.

Para algunas posiciones doctrinales, la punibilidad es parte del contenido de la norma, en tanto que para otros, es su consecuencia lógico jurídica, pero independientemente de ella, según lo he señalado en el capítulo precedente. Indistintamente de la posición que se adopte, la punibilidad, como la pena misma, es el ámbito que convalida la vigencia de la norma y del derecho mismo, ya que ella depende su carácter vinculante. La sanción, en su binomio punibilidad-pena, implica el segundo ámbito fundamental de la ley penal.

La congruencia en el derecho exige la congruencia en la orientación político criminal en los contenidos de la norma y de la pena. Debe existir correspondencia y cabal congruencia entre éstos, de aquí que sea necesario, para el entendimiento del derecho penal, conceptuar y precisar el contenido y sentido de la pena de la misma manera como ha sido necesario precisar el contenido de la norma.

Al atender el estudio del contenido de la norma, observamos que sólo se puede entender a partir de los fines del derecho. De aquí la importancia de vincularla con su contenido ético social en función de la protección a los bienes jurídicos de los miembros de la sociedad, como base de la seguridad jurídica, a su vez vinculado con el objetivo de la convivencia. Lo mismo acontece respecto de la pena. Es necesario conocer la orientación político penal que fundamenta la pena, naturalmente a partir del contenido de los fines del derecho, lo que a su vez, naturalmente, está vinculado con las características del estado de derecho dentro del cual el orden jurídico se manifiesta.

No sería lógico la adopción de políticas penales en relación con el contenido de la pena, orientada en un cierto sentido como podría ser al cabal respeto de los derechos humanos y, por otra parte, que el contenido político penal de las normas, con tipos penales que respondieran a un contenido

autoritarista o limitante de las libertades del individuo, incongruentes con el respeto a esos mismos derechos humanos, o viceversa.

En síntesis, en relación con la pena se observa que:

Esta debe estar ideológica, lógica y teleológicamente vinculada con el mismo contenido político criminal de la norma, integrado, ambas, una estructura jurídica única, cada una con su específica función.

Es, acaso, el lugar mas propio para la expresión, definición y alcance político criminal del derecho penal. Su contenido debe estar en relación con los fines del derecho, que a su vez esta en relación con las características de las estructuras del poder que definen al estado de derecho, regularmente recogidas y afirmadas en la constitución del Estado.

### **1.3.5. Teoría general de las medidas de seguridad.**

#### *Noción de medidas de seguridad*

Dentro del derecho penal encontramos, además de las penas, las llamadas medidas de seguridad, término interesante en atención a los reiterados pronunciamientos doctrinales en el sentido de afirmar que no son propiamente medidas de seguridad, debiendo otorgárseles una denominación más apropiada con su naturaleza, situación con la cual estamos en acuerdo. Habremos de abordar el tema a partir de cuatro interrogantes. En primer lugar, ¿cuál es la noción de medida de seguridad?; en segundo lugar, ¿cuáles medidas podríamos entender como de seguridad?; en tercero ¿cuál es el objetivo de las medidas de seguridad? y, finalmente, ¿cuál sería la noción válida de medida de seguridad?

En lo que atañe a la primera cuestión, Cuello Calón establece que medidas de seguridad, son especiales medios preventivos, privativos o limitativos de bienes jurídicos, impuestos por los órganos estatales competentes a determinados delincuentes para la obtención de alguno de los siguientes fines: su readaptación a la vida social (medidas de corrección, educación, curación); b) separación de la misma (medidas de aseguramiento de delincuentes inadaptables); c) o, aun sin aspirar específicamente a los fines anteriores, a prevenir la comisión de nuevos delitos.

A esta definición le es objetable que al referirse a bienes jurídicos, el autor no aclara pertenecientes a quién, y tampoco señala la característica de estar establecidas en una ley, y en tal sentido no se puede afirmar que éstas puedan ser impuestas al margen de la ley, pues en caso de ser así estaríamos vulnerando el principio de legalidad en la aplicación de medidas de seguridad; la definición del autor español parece más bien una descripción, por lo cual consideramos debe sintetizarse rescatando los elementos esenciales de las medidas de seguridad.

Por otra parte, Sieverts define a las medidas de seguridad como: Especiales medidas preventivas del Estado, contra criminales crónicos peligrosos, cuyo fin es proteger la comunidad del pueblo, contra ulteriores peligros de elementos asociales mediante su adaptación a la comunidad popular o mediante la separación de los incapaces de adaptación fuera de dicha comunidad.

En esta definición, sobresalen los elementos de especiales medidas preventivas del Estado, situación que consideramos no es correcta, pues no en todos los casos se puede hablar de medidas preventivas, al estar en ocasiones ante la presencia de medidas correctivas o reeducadoras. En lo referente al elemento contra criminales crónicos, en el mismo orden de ideas nos oponemos a semejante afirmación, ya que al hablar de delincuentes crónicos, en todo caso hablamos de delincuentes habituales, quienes no siempre serán los únicos sujetos a los cuales se les aplicará una medida de seguridad, siendo factible, en un momento determinado, encontrarnos ante la presencia de un delincuente primario al cual es necesario imponerle una medida de seguridad, independientemente, de la pena a la cual se haya hecho acreedor.

Por su parte, Bettiol entiende a las medidas de seguridad como “ un medio preventivo o profiláctico de lucha contra la delincuencia aplicado a personas socialmente peligrosas con motivo de la comisión de un delito” . En la presente definición, encontramos como primer elemento a la medida de seguridad vista como un medio preventivo o profiláctico, situación con la cual tampoco estamos de acuerdo, pues no es posible que la medida de seguridad tenga una naturaleza exclusiva de medio preventivo, pues en ciertos casos también puede utilizarse como medio correctivo, educativo, etcétera. El elemento de “ aplicable a personas socialmente peligrosas con motivo de la comisión de un delito”.

Por último, dentro de la dogmática penal mexicana, Carrancá y Trujillo considera a las medidas de seguridad: Colocadas al lado de la pena que las complementan y acompañan mediante un sistema intermedio. Déjase así para las penas, la afluencia consecuente al delito y aplicable sólo a los delincuentes normales; para las medidas de seguridad la prevención consecuente a los estados peligrosos, aplicable a los delincuentes anormales o a los normales señaladamente peligrosos.

En esta definición, el autor incurre en una contradicción al establecer la aplicabilidad de las penas sólo a los delincuentes normales, y las medidas de seguridad a los anormales o a los normales señaladamente peligrosos. Cabría preguntarnos a qué se quiso referir este autor con la expresión “delincuentes normales señaladamente peligrosos”, pues a nuestro ver todo delincuente es peligroso, sólo que en diferente grado.

En estos términos, proponemos la siguiente definición para describir a las medidas de seguridad: “especiales medios de prevención del delito o de corrección del delincuente, que se imponen con apego a la ley por el órgano jurisdiccional competente, a individuos imputables o inimputables, para la protección de la sociedad”. Dentro de esta definición se distinguen los siguientes elementos:

a) Especiales medios preventivos.

Entendemos a la medida de seguridad enfocada a prevenir la delincuencia de un sujeto socialmente peligroso; es decir, aplicar una medida de seguridad como consecuencia de la comisión de un delito o bien para tratar de prevenir la futura comisión de otros.

b) Correctivos del delincuente.

El individuo transgresor del orden penal en ocasiones requiere de una orientación o rehabilitación a efecto de poder integrarlo nuevamente a la sociedad, por lo cual las medidas de seguridad en ciertos casos pueden atender a lograr dicha corrección.

c) Que se imponen con apego a la ley.

Debemos entender la imposición de las medidas de seguridad en respeto al principio de legalidad, consistente en que no puede ser aplicada ninguna medida de seguridad si no se encuentra descrita previamente en alguna ley.

Lo anterior, en virtud de que si hemos reconocido la necesidad de las medidas de seguridad para enfrentar a individuos peligrosos y que éstas persiguen como fin limitar determinados derechos o bienes jurídicos, luego entonces no puede darse una limitación de esto si la ley no precisa de manera clara los límites a que estará sujeta. Es decir, en este caso no podríamos invocar la discrecionalidad del juez para privar de ciertos bienes a un determinado sujeto mediante la imposición de una medida de seguridad, si los lineamientos en cuanto a su límite mínimo y máximo no están previstos en la propia ley, y si tampoco se encuentra vinculada expresamente a nivel de punibilidad en un tipo penal.

d) Impuesta por el órgano jurisdiccional competente.

En nuestro país, las medidas de seguridad o cualquier otra sanción penal sólo puede ser impuesta por los órganos competentes. En este caso se trata de los jurisdiccionales, no siendo aceptable que en un momento determinado hablemos de una probable aplicación de medidas de seguridad por un órgano diverso del jurisdiccional, con el único requisito de ser competente.

e) Aplicable a delincuentes imputables o inimputables.

La aplicación de medidas de seguridad resulta válida tanto para individuos imputables como a los inimputables, pues no podríamos entender en un momento determinado la aplicación exclusiva a inimputables, como algunos autores defienden, sino que también encontramos el caso de individuos imputables a los cuales es necesario aplicarles una medida de seguridad en protección de la sociedad.

f) Para la protección de la sociedad.

La medida de seguridad atiende, según nosotros, a la protección de los intereses de la sociedad vía prevención del delito, al fijar al delincuente imputable o inimputable una medida de seguridad acorde con el delito cometido y que se pretende no vuelva a cometer. Esto no significa que la medida de seguridad represente un sustitutivo de la pena, sino más bien un elemento adicional a la pena para ciertos casos especiales.

*Clasificación de las medidas de seguridad*

Podemos clasificar a las medidas de seguridad a partir de diversos criterios; así, tomaremos en consideración la persona a la que van dirigidas, el fin que persiguen, la autoridad que las aplica, los efectos que produce y el bien jurídico que afecta.

1. La persona a la que van dirigidas.

Podemos hablar de medidas de seguridad aplicables a personas físicas y medidas de seguridad aplicables a las personas morales, en el caso de las primeras hablaríamos de: el internamiento de inimputables, la rehabilitación de adictos a narcóticos; en el caso de las segundas encontramos: la intervención, la suspensión temporal o definitiva, la prohibición de realizar determinada parte de su objeto social y la disolución de personas jurídicas.

2. Por el fin que persiguen.

Se clasifican en las que pretenden la rehabilitación o la readaptación; las que tienden a proteger a la sociedad, otros que no persiguen ninguno de los fines anteriores.

- a. Las que persiguen como fin lograr la readaptación social, la educación, la corrección o la curación.
  - a. El tratamiento de menores y jóvenes delincuentes.
  - b. El tratamiento e internamiento de delincuente inimputales permanentes o transitorios o con capacidad mental disminuida.
  - c. El internamiento de delincuentes alcohólicos y toxicómanos. • La libertad vigilada (probation).
- b. La separación de la sociedad, medidas de aseguramiento de delincuentes inadaptables.
  - a. La reclusión de seguridad de delincuentes habituales peligrosos y el internamientos de locos criminales.
- c. Otras medidas que persiguen fines diversos.
  - a. La caución de no ofender.
  - b. La expulsión de delincuentes extranjeros.
  - c. La prohibición de residir en determinado lugar.
  - d. La prohibición de ir a un lugar determinado (donde se expiden bebidas alcohólicas).
  - e. La obligación de residir en un lugar determinado.
  - f. La prohibición de ejercer determinadas profesiones o actividades. • El cierre de establecimientos.

- g. La intervención de establecimientos.
- h. La suspensión temporal o definitiva de establecimientos.
- i. La suspensión temporal o definitiva o inhabilitación para conducir. • La disolución de sociedades.

### 3. Por los efectos que produce.

En este sentido podemos hablar de medidas de seguridad privativas de bienes jurídicos, privativas de derechos, rehabilitadoras o reeducadoras.

#### **1.3.6. Teorías particulares específicas.**

En suma, el estudio del derecho penal exige el conocimiento de las teorías que fundamentan la pena y el estudio de su contenido.

##### *Teoría absoluta de la pena*

La teoría absoluta de la pena tiene como punto de partida en parte el pensamiento del iluminismo racionalista, del que es especial y claro exponente Kant, quien a partir de sus obras, *Crítica de la razón pura* y *Crítica de la razón práctica*, sobre todo en la última, se refiere a los “deberes de conciencia” en relación con la conducta del hombre, los cuales vincula con su concepción de los imperativos categóricos y los imperativos hipotéticos. Precisa, así, los primeros, en función de la conducta humana que responde al deber de conciencia, en tanto que los otros responden a otro tipo de valoraciones o situaciones de circunstancia y oportunidad. En tal orden de ideas, afirma que la conducta del hombre es conforme a los deberes de conciencia, cuando sea tal que lo que quiera la persona para sí, sea válido, igualmente, en sí mismo frente a los demás. Entiende que el hombre es un fin en sí mismo y, por lo mismo, no puede ser medio para la consecución de otros fines, afirmación, ésta, que habrá de tener particular relevancia en su concepción de la pena.

Atento a esto, el concepto de la pena absoluta se sostiene sobre la base de entender que la pena se explica y se justifica como fin en sí misma. Así, la pena es respuesta y retribución a la lesión causada con el delito, razón, esta, que la explica y la justifica en sí, toda vez que al “mal del delito” le corresponde como respuesta social el “mal de la pena”, que, por tanto, a su vez, debe estar en relación con las características y el grado del delito cometido, con lo que en la concepción de la pena

absoluta se afirma, también, la base del concepto de la pena justa, toda vez que el límite de la misma está fijado por el límite de la afectación causada.

Con posterioridad, Hegel retoma el concepto de la pena absoluta, sobre la base de su concepción filosófica idealista, derivada de su afirmación de que “lo real es lo racional y lo racional es lo real”, que a su vez hace suya la afirmación Platónica de que “lo único real son las ideas”.

Hegel, afirma, así, sobre la base de su concepción trágica de la razón y del universo, su dialéctica, de sentido eminentemente dinámica, con su concepción filosófica de la “tesis, antítesis y síntesis”, cuyo antecedente primario aparece en la escuela mileta, griega, sobre todo en el pensamiento de Heráclito. En este orden de ideas, afirma, así, en relación con la pena, que “El delito es la negación del derecho y la pena es la negación del delito, con lo cual se afirma la validez del derecho”, toda vez que la negación de la negación produce la afirmación de la idea, según confirman las proposiciones de la lógica. A su vez, afirma, también, que el grado de la pena está en relación directa con el grado de la afectación causada por el delito, en observación similar a la formulada por Kant y que lleva a la concepción de la pena justa.

Bajo este orden de ideas, para este autor, en la base del derecho están la racionalidad y la libertad y, similarmente a como lo afirmara Kant, entiende que la pena es también retribución al individuo que ha cometido un delito en razón de su culpabilidad por el acto. Este concepto, sin embargo, que aparece modificado por la idea de que el Estado debe retribuir con la pena a la conducta delictiva, con el fin de afirmar el estado de derecho mismo. Hegel, como base de su misma concepción filosófica triádica, concibe al espíritu del hombre en tres etapas: subjetivo, objetivo y absoluto, siendo necesario que la persona haya superado el nivel del espíritu subjetivo, que le permite tomar conciencia de sí mismo, para estar en posibilidad de participar en el nivel del espíritu objetivo, que es el que habiendo superado las vivencias propias, permite, por tanto, la relación social, razón por la cual es el nivel en que se presenta el derecho, en cuanto a orden de regulación de la relación social. En este sentido, si la persona no ha logrado superar el nivel subjetivo, por lo mismo, no puede mantener relación con terceros. Esta es la base para que esta teoría sostenga que las personas inimputables no puedan cometer delitos, lo que obviamente traduce importantes consecuencias en la teoría del delito.



En el mismo orden de ideas, reflejo el racionalismo de la ilustración, en ocasiones unido frecuentemente al jusnaturalismo y al utilitarismo, habra de expresarse diversos autores señalados como representativos de la así, posteriormente, denominada Escuela Clásica de la doctrina penal, de acuerdo con la expresión que en su oportunidad refiera Ferri, para hacer referencia a todo el pensamiento anterior al positivismo, por el sostenido. Así, Carrara afirma que la pena supone un fin en si misma, consistente en el restablecimiento del orden externo de la sociedad, ámbito, este, que evidentemente se semeja al pensamiento Kantiano y hegeliano.

En el mismo sentido de retribucionismo, funda su concepción de la pena, no pocos autores. En tiempos posteriores diversos y en posiciones doctrinales distintas, entre los cuales Binding, (pena es retribución de mal con mal); Mezger (pena es la aplicación de un mal adecuado al hecho cometido en contra del ordenamiento jurídico); Welzel, en su orientación finalista, ya bien entrado el siglo XX, lo reconoce también como el fundamento de la pena, si bien reconociéndola también en relacion con objetivos vinculados con la prevención. Un similar pensamiento se presenta en muchos autores, naturalmente también en la orientación político criminal.

En síntesis, para la teoría absoluta, la pena es retribución. Es causacion de un mal , por el mal causado. Por todo ello, tiene la misma naturaleza jurídica de afectación de los bienes jurídicos, lo que permite la gradación de la pena justa, en la inteligencia de que la misma es impuesta en función de que la persona es libre, en tanto que tiene capacidad para autodeterminarse y en base al libre albedrío, puede escoger su conducta distinguiendo entre el bien y el mal. La teoría absoluta retributiva de la pena, guarda relación con el contenido imperativo de la norma, tanto en la línea monista como dualista, a partir de un concepto de Estado que entiende el derecho en relación con fines de orden social.

**Crítica.** Como aspecto critico a la teoría de la pena absoluta se ha objetado siempre bajo la consideración de que el hombre es un ser humano que actua conforme a sentido y significación social y, por lo mismo, la respuesta social de la pena debe tener en cuenta tal situación, y no ser aplicada como si se tratara de un animal al que simplemente se le destruye o castigue.

Por otra parte, sobre la base del contenido ético social de la norma, la imposición retributiva de la pena aparece entendida como castigo al agente por haber violado la norma y, en tal sentido, como fin

en si misma, cuando siendo una persona capaz, podía y debía haber actuado conforme a derecho. El objetivo fundamental es, entonces, el orden social y el orden publico y, así, aun cuando se afirme como fin del derecho de la seguridad jurídica, esta aparece derivada de un concepto que se relaciona con el orden publico y social, ámbitos, estos, que tienen relación con la presencia de un estado fuerte, ideológicamente delimitado por las características en que se afirme su estado de derecho, pero que también puede ser base favorecedora para la presencia de un Estado autoritario.

Se observa, asimismo, que si bien da base para la afirmación de un concepto de la pena justa, que tiene la ventaja de delimitarse por la culpabilidad del acto, lo que implica un elemento garantista objetivo, que en y al sentido impida el exceso en el ejercicio del poder, sin embargo, al no establecer límites en la imposición, lleva a la apertura de penas que no se limitan por el principio de la dignidad de la persona humana, que es uno de los principios fundamentales del estado de derecho moderno, democrático y liberal, que reconoce el respeto a la persona como fin y límite del Estado mismo.

A la vez, en la pena absoluta, el contenido ético social de las normas, aparece desde perspectivas que los reconocen como valores absolutos, en tanto que previstos por la ley, lo que aleja la perspectiva de observar al derecho como un orden no solo de regulación de la conducta social, sino, asimismo, como un ámbito característico y fundamental de la relación social, que significa la necesidad de tener en cuenta las características de esa relación social, impidiendo observar a los valores como absolutos, sino siempre como valores relativos, en relación con las características históricas, culturales, y sociales en que se dan y que dan sentido al contenido al derecho, en la inteligencia de que lo que se busca es, precisamente, su eficacia en la realidad social. La conceptualización en base a valores absolutos impide valorar la situación de la realidad social que es aquella para la que precisamente existe y debe de funcionar el derecho y, por lo mismo, aleja al derecho del hombre inmerso en su realidad social.

#### *Teorías relativas de la pena*

Frente a las teorías absolutas se presentan las teorías relativas de la pena orientadas en el sentido de la prevención general o de la prevención especial, y cuya característica común de diferencia respecto a la pena absoluta, deriva de que esta última aparece entendida como el solo castigo aplicado a la persona por haber actuado en forma contraria a lo que la ley ordenaba, sin que tenga mas fin que ese mismo. En las teorías relativas, en cambio, el fundamento de la pena aparece en el sentido de reconocer de que la misma si persigue un objetivo específico; es decir, que no se le entiende como el

castigo por haber actuado mas, sino buscando, con la imposición, un cierto objetivo específico, que en la prevención especial se dirige específicamente a la persona que cometió el delito y en la prevención general aparece dirigido al grupo social en general, si bien en algunas posiciones doctrinales se reconoce también un contenido dirigido a la persona a quien se aplica, aspecto que se pronuncia en la línea de la prevención general positiva.

Debe tenerse presente que si bien es mas evolucionado el concepto de la pena que reconocen en estas teorías, vale tener presente, asimismo, que, aunque sea rudimentariamente, las concepciones que admiten tal contenido teleológico o fin social específico a la imposición de la pena, aparecen en el pensamiento de todos los tiempos, lo mismo en los albores de la humanidad ya civilmente constituida, como es ejemplo el Código de Hammurabi, hace cerca de 5,000 años, como también en el pensamiento de la Grecia clásica en el siglo v. a. C. en las cuales se Perfilan expresiones que permiten observar que se reconoció el interés preventivo de la pena.

#### *Teoría de la prevención general*

El principio de la prevención general aparece emparentado con el contenido utilitarista del pensamiento iluminista de fines del siglo XVIII, siendo básico el pensamiento utilitarista de Bentham, en cierta medida recogido también por Feuerbach, por Lardizabal y Uribe e, incluso por el propio Beccaria, quienes reconocen el contenido de utilidad social que debe ofrecer la pena.

Las teorías de la prevención, mas que ocuparse del fundamento de la pena, se ocupan del fin de la pena. el interés se centra en la función y la finalidad de la pena. ¿Cuál es el fin de la pena? ¿Para que se impone? ¿Que se busca con su imposición? La respuesta a tales interrogantes son la respuesta al fundamento de la pena.

La pena prevención general se orienta hacia el objetivo de evitar la nueva comisión de delitos, de una manera general. Entiende a la ley penal y a la pena, como vías a través de las cuales la comunidad social, representada por el Estado, logre evitar que se cometan delitos y como, naturalmente, no es posible evitar que se cometa el delito que ya fue cometido, el contenido de tal fin aparece reflejado hacia el interés de evitar la comisión de futuros comportamientos delincuenciales, por lo que su acción se dirige a toda la comunidad en general, en la que también se engloba a la persona que cometió el delito.

El efecto preventivo general de la pena, a nuestro entender, comprende tanto el efecto preventivo general de la ley penal, es decir, la coercibilidad de la norma jurídica penal o amenaza de pena prevista en la ley para quien la infrinja, lo que confirma su contenido dirigido a todo el grupo social, como, también, el efecto preventivo general dedicado de la imposición de la pena misma que constata la amenaza anterior.

En síntesis, por prevención general se entiende fundamentalmente el contenido intimidatorio tanto de la punibilidad como de la pena. Con la amenaza de pena a los comportamientos tipificados como delitos, el estado, desde un inicio, esta dando un mensaje a todos los miembros de la comunidad social, en el sentido de que habrán de ser objeto de un castigo o imposición misma de la pena para el caso de que incurran en la comisión del hecho delictivo; mensaje, este, que, a su vez, se ve confirmado u constatado con la imposición misma de la pena. De aquí la importancia de su exacta aplicación y de que se evite la impunidad que implica respecto del caso concreto, lo es también, simultáneamente, respecto del derecho, en cuanto a sistema general del orden jurídico, suponiendo una contradicción con sus fines, es decir, con el fin de la ley penal que implica el fin de la norma y el fin de la pena.

El efecto preventivo general de la pena, así independientemente de su imposición a la persona que cometido el delito, mas que estar dirigido específicamente a ella, aparece dirigido a todo el grupo social en general y la imposición misma de la pena al sentenciado opera como la constatación de la amenaza prevista en la ley y como la confirmación de ese contenido preventivo general de la pena.

El contenido de la pena prevención general es, así, el de la intimidación a todos los miembros de la comunidad social, que incluye también al sentenciado, pero solo como elemento integrante de esa generalidad. Esto permite observar que, independientemente de que el contenido y objetivo de la pena específicamente impuesta al sentenciado puede aparecer sustentada en criterio distinto, en tal sentido, solo se suma y no disminuye la validez del criterio anterior.

La prevención general, por otra parte, siempre en perspectiva de la intimidación, ha sido también entendida a partir de la coacción psicológica a los miembros de la comunidad social; criterio este, que fue sustentado por Feuerbach y que, posteriormente, habría de encontrar desarrollo en otros de sus

sostenedores, sobre todo como consecuencia del impacto causado por las investigaciones de Freid. Se ha observado, así, que todos los miembros de la comunidad se sienten inclinados a la realización de comportamientos que pueden estar prohibidos por la ley penal y dicho impulso solo puede ser inhibido, a partir de la certeza que, cada quien, tenga acerca del mal que habrá de sufrir en caso de cometer el delito. Aflicción que siendo mayor que el provecho alzando por el comportamiento ilícito supone, consecuentemente, el retraimiento e inhibición psicológico del individuo frente a la conducta criminal y, de aquí, la importancia que tiene el efecto disuasivo de la pena misma y su cabal imposición.

Critica. La teoría de la prevención general ha sido cuestionada, principalmente en base a las razones siguientes:

Por una parte, respecto del contenido general de la prevención se observa que supone la autorización para utilizar al hombre como medio, lo que significa violación al principio del respeto a la persona como fin en si misma. Lo que a la luz de la aguda observación del pensamiento Kantiano resulta ser un serio cuestionamiento. Esta impugnación, a su vez, ha sido contestada, intentando superarla, señalando que el cuestionamiento sería valido si se propusiera la utilización de la persona como verdadero instrumento para alcanzar el objetivo de la prevención general de la pena, pero, en el caso, se trata de una situación diversa, toda vez que la persona a quien se aplica una pena, efectivamente se ha hecho acreedor a ella y, por lo mismo, debe responder en consecuencia por sus actos ilícitos. Esta explicación nos parece convincente en la medida en que el concepto de la prevención general en sentido intimidatorio aparezca entendido de una manera paralela al del fin retributivo de la pena misma, es decir, no niegue el efecto preventivo general de la ley penal y de la pena en si misma, siempre que simultáneamente, el contenido mismo de la pena se sustente en algún criterio que no suponga la utilización del hombre como medio, lo cual si sería acreedor a la impugnación señalada, siendo contrario al principio de incolumidad de la persona que exige sea reconocida y valorada como un fin en si misma.

Se ha cuestionada también el criterio de la prevención general señalando que si la misma aparece afirmada en el concepto de la utilidad, lo cierto es que dicha imposición de la pena es inútil respecto del delito cometido, porque el mismo ya ha sido producido y la pena no pudo impedir sus efectos. Y, por otra parte, respecto de la afirmación acerca del efecto preventivo hacia el futuro, no existe forma

de constatar el así denominado efecto preventivo futuro de la pena, cuestionándolo como una mera afirmación especulativa, lo que lleva a deslegitimarla, desde el punto de vista de su objetividad real, en orden a su eficacia.

Se ha señalado, también, que el principio de la prevención general supone la utilización del miedo como base de su sistema de imposición, lo que lleva a la concepción de un derecho fundado en el miedo a los miembros de la comunidad que a su vez, corre el riesgo de acercarlo a sistemas jurídicos fundados en terror, aceptado solo por los autoritarismo, independientemente del signo o color político en que se afirmen.

No pasa desapercibido que el contenido de la prevención general aparece vinculado con un concepto retributivo de la pena del que no puede desligarse, toda vez que aun cuando el contenido de la prevención general mire hacia el objetivo de la intimidación general al grupo social, tal objetivo, a su vez, se sustenta precisamente en el efecto retributivo de la pena.

Por ultimo, no define cual ha de ser el criterio a seguir respecto del fin perseguido con la pena en relación con la imposición al sentenciado mismo, es decir, cual es el fin específico de la pena en su aplicación a quien ha violado la ley, ámbito, este, que al no quedar definido, implica un espacio que ha de ser, a su vez, cubierto sea por el concepto de la pena absoluta, o bien por el criterio de la prevención especial. A su vez, este espacio ha procurado ser satisfecho, en épocas posteriores por vía de la línea de pensamiento denominada como la prevención general positiva, orientado, sobre todo por la idea del fortalecimiento de la conciencia del derecho en la comunidad.

#### *Teoría de la prevención especial de la pena*

La diferencia de la prevención general, que se orienta hacia el grupo social en general, el contenido de la prevención especial aparece directamente relacionado con la aplicación de la pena a la persona que transgrede la ley.

En su expresión mas elaborada representa la teoría mas reciente de entre las señaladas, sitien recoge antecedentes remotos en la historia de la legislación del mundo.

Las teorías de la prevención especial, al igual que las anteriores, implican una línea única en su desarrollo; abarcan diferentes tendencias cuyo común denominador es la existencia de un interés, con un objetivo específico, en la aplicación de la pena a la persona que ha cometido un delito. Tal objetivo, a su vez, naturalmente aparece vinculado con el contenido ideológico de la concepción del derecho y del Estado recogido en la ley fundamental del país y a partir de ella, con los conceptos que se tengan del delito, del delincuente y de la pena.

Históricamente, después de la etapa crítica y especulativa del iluminismo europeo de fines del siglo XVIII, se produjo el inicial interés natural por el estudio de la ley como vía para conformar el nuevo estado de derecho, o que, a su vez, origina, como consecuencia, el proceso de formación legislativa que se dio desde principio del siglo XIX. Como reacción a esa etapa se desarrolló la filosofía positivista que favoreció y fue favorecida por el cientifismo que siguió a la revolución industrial en que se dio y culminó el iluminismo. Bajo dicho orden de ideas, interesado en el desarrollo de la ciencia, a partir de la observación y verificación de los hechos, con base en la experiencia, se traslada el epicentro del precedente interés en la norma, hacia un nuevo eje, el interés por el delincuente, lo que, a su vez, en el futuro, habría de favorecer el camino del mayor interés por la persona humana, que el delincuente representa. Superada la primera etapa de dicha reacción, concreta en el estudio antropológico y sociológico del delincuente, se reorienta nuevamente el interés en el estudio de la ley penal la cual, sin embargo, recibe la decisiva influencia del positivismo y de la precedente corriente de la escuela positivista italiana, a través de Ferri y Garofalo, y deja su impronta en el nuevo estudio de la dogmática jurídica de corte causal naturalista, de la que fue el más claro ejemplo de la nueva escuela política criminal del derecho penal, Franz von Litz.

En este orden de ideas, von Litz fundamenta su concepto de la pena en la idea de la prevención especial que, a diferencia de la prevención general, se dirige específicamente hacia la persona que cometió el delito, fundada en el contenido de la responsabilidad moral y jurídica del hombre. Así, entiende a la pena como una reacción punitiva directamente en contra de la persona que cometió el delito, si bien con una nueva orientación política penal. De aquí el nombre de la escuela, consistente en el interés de procurar, como fin de la pena, la corrección de la persona para el caso del delincuente ocasional como, también, frente al incorregible, la posibilidad de la respuesta punitiva orientada hacia la represión, neutralización, segregación o eliminación de la persona del seno social; respuestas, estas, que habían sido alguna de las proposiciones de la escuela positivista italiana.

Antecedentes de estas ideas correctivas, había aparecido ya, desde algunos siglos antes, sobre todo en Inglaterra, Italia y Holanda, en las “casas de corrección” (ver capítulo de la prisión), como una de las manifestaciones en la evolución operada en el maquinismo, originalmente explotador y con el tiempo, equilibrado, dentro del proceso que llevo a la revolución industrial y, también, después, al periodo frecuentemente referido como etapa de la humanización de las penas.

La línea de pensamiento señalada favoreció la tendencia penal y criminológica conocida como la orientación de la defensa social, la cual ha tenido relevante desarrollo en la perspectiva internacional del derecho penal, de manera que su influencia ha sido considerable todavía en las orientaciones de política criminal de mediados del siglo XX y, aun después, en los pronunciamientos de política penal del a Organización de las Naciones Unidas, reflejada, sobre todo, en los congresos internacionales sobre prevención de delitos y tratamiento del delincuente, celebrado cada 4 años en el foro del concierto de las naciones miembro.

En síntesis, el principio de la prevención especial de la pena es el que vincula a la pena en relación con el sentido de su imposición directamente a la persona que cometió un delito y que, en general, se orienta hacia la “readaptación social”, “corrección o reeducación”, “reincorporación social”, “resocialización”, de la persona delincuente, términos regularmente aceptados o manejados frecuentemente en forma mas o menos indistinta, casi como sinónimos, aun cuando en estricto sentido no lo sean, pero que, en última instancia, implican, respecto de la pena, la presencia de un claro interés orientado, mas que al solo contenido estrictamente punitivo del castigo, hacia un contenido, que si bien implica siempre una afectación a los bienes jurídicos del sentenciado, como respuesta jurídica de la sociedad a la afectación por el ocasionada a bienes jurídicos del ofendido, con la comisión de su delito, implica a la vez, el aprovechamiento de tal contenido punitivo, conforme a un fin correctivo, reeducador, adaptador, readaptador y reincorporador de la persona al seno social. Esta línea de pensamiento es la que afirma la “ideología del tratamiento” que, a su vez, responde a un contenido ideológico específico del sistema de control social del Estado.

Este mismo orden de ideas, por otra parte, dentro de las diversas líneas de pensamiento en que se desarrolla, recoge también la distinción entre las personas que responden en base a su capacidad jurídica y moral, mencionados generalmente como “imputables”, y aquellas que no pueden ser



responsabilizadas bajo dicho fundamento, regularmente aludidas como “inimputables”. De aquí la división en la respuesta punitiva frente a la comisión de un delito, entre las “penas” y “medidas”. Las primeras vinculadas con su imposición a las personas que tienen capacidad para autodeterminarse y para conducirse conforme con tal capacidad y, por lo mismo, sufren una “responsabilidad persona” por su conducta; las segundas, quienes no teniendo dicha capacidad, cuando cometen una conducta prevista en la ley penal como delito, quedan, por tanto, sujetas a una “responsabilidad social” que, a su vez, se vincula con la “peligrosidad social de la persona” como criterio de la imposición.

La prevención especial representa el importe avance de intentar dar una finalidad al contenido punitivo de la ley penal, respecto a la persona a quien se aplica. Independientemente de esto, debe tenerse presente, sin embargo, que aun ante la presencia de tal objetivo no puede eliminarse el trasfondo retributivo de la pena, derivado de ser ésta, la consecuencia de la comisión de un delito, el cual significa la lesión a un bien jurídicamente tutelado y, a su vez, implica la transgresión de la ley penal.

En síntesis, por las razones expuestas, el criterio de la prevención especial se desarrolla y modela con el positivismo y, después, con el neojusnaturalismo, espiritualismo y, también, el existencialismo del periodo de la entreguerra y la segundo posguerra mundial, que después del holocausto significaron, favorecieron y fortalecieron el interés por el respeto a los derechos humanos como la desiderata central de la orientación política criminal internacional de la segunda mitad del siglo XX. Ésta encontró eco y decidida aceptación general en las legislaciones penales de los diferentes países del mundo, sobre todo en los integrantes del foro internacional de las Naciones Unidas. Tal fue el caso también de México, que incluso, recogió el contenido de la prevención especial de manera expresa en su Constitución atento a lo dispuesto, sobre todo, en los artículos 18, que se refiere a la “readaptación social” y el 22, que incorpora el principio de la incolumidad y de la dignidad de la persona, en relación. A su vez, con los principios que suponen la decisión política fundamental del Estado mexicano, unido a las garantías individuales y sociales que expresamente reconoce.

Critica. Se cuestiona el criterio de la prevención especial, básicamente por las razones siguientes:

Porque la pena, así entendida, puede suponer la instrumentación de la persona para los fines del Estado, lo que lleva al mismo cuestionamiento Kantiano formulado a la prevención general, en la

inteligencia de que, en el caso de la prevención especial, la impugnación se basa en que el concepto de “resocialización”, supone una definición acerca de la formación resocializante de la persona a partir de los fines del Estado, lo cual podría implicar la limitación a la perspectiva de su libertad individual, razón por la cual el concepto mismo de “tratamiento” resulta, en este sentido, cuestionado como potencialmente lesivo de los derechos humanos.

La anterior consideración lleva también al segundo de los cuestionamientos: ¿Qué es lo que legitima a una mayoría para obligar a una minoría a la aceptación de sus pautas sociales y a una cierta forma de vida? y, por otra parte, ¿qué es lo que permite a ese grupo mayoritario o, acaso, minoritario, que representa al Estado, para definir la manera en que puedan ser educados los miembros de la sociedad que han cometido delitos, siendo que, en una sociedad, de hecho, coexisten diferentes expresiones de cultura que, conviven y son respetadas? En esta línea de observaciones se apuntan el riesgo de que la definición de las medidas correctivas puede llevar a manifestaciones de autoritarismo. Si se habla de corrección, cabe preguntar: ¿para qué grupo social? Y ¿con que límites y definiciones? En fin, como se observa, ¿estas consideraciones, a su vez, relacionan con la teorías sociológicas de la asociación diferencial.

Por otra parte, se señalan, también, otros cuestionamientos, lo mismo de fondo, básicamente relacionados con las serias dudas acerca de la eficacia real de la prisión como medio de lograr la readaptación social de la persona, en que son referidas las dificultades prácticas de la prevención especial; y así, se ha observado que no todas las personas que han cometido un delito requieren necesariamente tratamiento, como es el caso de las disidencia ideológicas que frecuentemente se proyectan en tipos delictivos o bien, en el extremo opuesto, el grupo de los “incurables”.

En relación con las personas consideradas como “corregibles” aparece cuestionada la validez de la corrección, básicamente, haciendo referencia a la crítica de la prisión como pena readaptadora, en razón de los siempre discutidos y discutibles resultados que la experiencia penitenciaria ofrece y en donde, precisamente, se cuestiona también la eficacia de la prevención especial, en parte, por las dificultades reales que implica el “tratamiento”, no solo por las razones ideológicas que la fundamentan, de entrada estigmatizantes en su enfoque acerca de la criminalidad, que soslaya la importancia de los procesos de criminalización, como, también, por lo altos costos, derivados de los requerimientos técnicos y materiales para la consecución de sus objetivos. Así, las frecuentes

insuficiencias y limitaciones físicas de los establecimientos penitenciarios y las necesidades de personal calificado e idóneo, cuestiona severamente su eficacia.

Sin embargo, por otro lado, un juicio justo acerca del alcance de la prevención especial obliga, también, a tener en cuenta la evolución histórica real de las penas que, frente a la grave afectación que supusieron las penas de antaño, con sus penas corporales, infames, rutilantes e inhumanas, caracterizadas por el fin de producir el mayor dolor físico posible, antes de causar la muerte, resultado prácticamente, siempre finalmente convergente, obliga a valorar el fundamental avance que, en este sentido, supuso la pena de prisión, como también, otras penas alternas, respecto de las precedentes y que reflejaron claramente, sin duda, el alcance de lo que significó el periodo histórico denominado como de la “humanización de las penas”.

Solo teniendo presente, a manera de cuadro comparativo, el panorama de las penas infamantes y corporales precedentes, es posible justipreciar el fundamental avance y evolución del sistema punitivo que históricamente significó la prisión. Y si bien, como con agudeza en su momento apuntó Foucault, la prisión significó la evolución de las penas físicas a las penas del alma, también es cierto que en tal sentido, la pena de prisión misma ha implicado una fundamental evolución, tanto respecto del panorama penal precedente, como, también, en su rigidez y manifestación, como pena de prisión misma.

Por esta razón, aun reconociendo la verdad de no pocos de los cuestionamientos hechos a la prevención especial y, a su crítica en torno a la prisión, como una de las formas de su manifestación más evidentes, además de frecuente, es evidente el enorme avance que en su momento supuso en la búsqueda de fórmulas que siendo punitivas, es decir, una reacción social del Estado frente al delito, lo que naturalmente exige una cierta forma de aflicción y de afectación en los bienes jurídicos del sentenciado, precisamente como consecuencia de que este ha causado la afectación de bienes jurídicos de los miembros de la comunidad social, violentando los principios de la seguridad jurídica indispensable para la convivencia, es indudable que tales consideraciones deben aparecer presentes en la valoración que suponen las formas punitivas. Esto significa que, hasta en tanto sean encontradas otras formas punitivas más eficaces, debe entenderse que la prisión, como pena, ha sido y sigue siendo la más sólida y fuerte expresión punitiva que fue capaz de sustituir a las penas corporales,

infamantes e inhumanas y que, por lo mismo, no puede ser fácilmente eliminada como pena, a riesgo de volver a las etapas de horror, terror, y error precedentes.

Es evidentemente necesario propugnar otras formas alternas y sustitutivas de la prisión, bajo el amparo del principio de la prevención especial y sin demérito del simultáneo reconocimiento a la validez de la prevención general, para que estas últimas encuentren mayor desarrollo, cuidando de no caer en fórmulas que puedan romper el sentido mismo de la pena, en el sentido de que no es respuesta social de premio, sino de aflicción por la comisión de un delito que afecta al interés social de la comunidad y la seguridad jurídica para la convivencia.

Naturalmente, esto no impide tener en cuenta y valorar lo necesario para ofrecer la respuesta más adecuada en relación con los procesos de criminalización, así como la vinculación del fenómeno de la criminalidad con otros procesos de contenido económico y social que, incuestionablemente, se interrelacionan y, por lo mismo, no pueden ni deben ser soslayadas, como ocurre cuando en los discursos jurídicos o políticos se hacen afirmaciones o planteamientos que se distancian de la realidad característica de las prisiones.

#### *Teoría mixta de la prevención*

Al intentar la explicación del contenido, fundamento y fin de la pena, es frecuente que los autores aprovechen varios de los criterios referidos en relación con cada una de las teorías señaladas, mismos que ponen en juego de manera conjunta para explicar la pena, no siempre con resultados armoniosos.

Así, es frecuente que se una el criterio de la prevención general con el contenido retributivo de la pena absoluta; igualmente, el contenido retributivo de la pena absoluta, con el contenido de la prevención especial. Otras posiciones admiten el contenido preventivo general de la pena en relación al grupo social en general, y el contenido de la prevención específica, en relación con el contenido de la pena respecto de la persona a quien se la impone. Así, diversos de los cuestionamientos formulados a las teorías de la pena han procurado ser superados a través de la incorporación de aspectos de los citados criterios.

Por otra parte, también se ha desarrollado el concepto de la “prevención general positiva”, que se diferencia de la concepción ortodoxa, basada en la función intimidatorio, en que afirma que, a través

de la imposición de a pena, el contenido de prevención general debe ser entendido en el sentido de fortalecimiento de la conciencia del derecho.

Otra línea de pensamiento de la prevención general positiva se orienta hacia un contenido funcionalista, en el sentido de que, el cumplimiento de ésta, afirma el cumplimiento cabal de la validez del derecho y la confianza en la norma, vinculando dicho objetivo con la necesidad de la autoconstrucción del estado, a su vez delimita por su estructura democrática liberal. Otras orientaciones, intentando superar las críticas tanto a la prevención general como a la prevención especial, afirman la importancia de recoger el contenido de la pena a partir, precisamente, de la afirmación de las características que defienden el estado de derecho que las previene. Así, la definición de un Estado democrático y liberal que reconozca a la persona en su dimensión individual y social, establece, automáticamente, una serie de limitantes y de objetivos específicos que, naturalmente, habrán de reflejarse en las características de la pena y en su imposición, la cual tendrá que ser entendida y aplicada solo en función de esta definición constitucional que, por tanto, se establece como límite al entendimiento, sea de la pena prevención general o a la pena prevención general.

## **UNIDAD II.**

### **LAS FUENTES, LA INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN Y LOS ÁMBITOS DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL.**

#### **2.1. Las Fuentes de la Ley Penal.**

A decir de Fernando Castellanos, debe concluirse que sólo es fuente del Derecho Penal, directa, intermedia y principal, la ley.

Las costumbres no pueden ser fuentes del Derecho Penal en ningún sistema de tipo liberal y menos en el nuestro, porque la constitución, en su artículo 14, establece la prohibición terminante de imponer pena alguna por simple analogía o aún por mayoría de razón si no está decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate; luego para la existencia del delito se requiere una ley que lo establezca.

La jurisprudencia, según nuestra Ley de Amparo, sólo es obligatoria si emana de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o de los Tribunales Colegiados de Circuito. La jurisprudencia no constituye propiamente una fuente formal del Derecho Penal, a pesar de su obligatoriedad, es una simple interpretación de los preceptos legales en vigor; viene a ser la ley misma; la Corte sólo desentraña el sentido de las normas jurídicas, para afirmar que dicen tal o cuál cosa.

Si la jurisprudencia no puede ser fuente formal del Derecho Penal, menos aún la doctrina, a la cual ni si quiera se le reconoce el carácter de fuente del Derecho en general, salvo que la ley se lo confiera. Como en materia penal no puede aplicarse pena alguna sin establecerla la ley, es requisito sine qua non la existencia de un precepto penal que describa el delito y señale su sanción.

#### **2.1.1. Fuentes históricas.**

Las fuentes históricas son los medios materiales que nos permiten conocer el Derecho vigente en el pasado y consisten en los libros, documentos, papiros, inscripción, etc., siempre y cuando contenga el texto de una ley.

### **2.1.2. Fuentes reales.**

Por fuente real se entiende el conjunto de razones determinantes del contenido de las normas jurídicas; esto es, las causas que impulsaron al legislador a darles vida. Son los motivos de conveniencia social tomados en cuenta por el legislador en un momento histórico dado y en un determinado lugar: constituyen la materia misma de la Ley.

### **2.1.3. Fuentes formales.**

Por fuentes formales se entiende el proceso histórico de manifestación de las normas jurídicas, son aquellos procedimientos mediante los cuales se concreta la regla jurídica y se señala su fuerza obligatoria; en otras palabras, son los modos por los que se nos hacen palpables las normas jurídicas; se trata de los medios para conocer el Derecho. Al decir de GARCÍA MAYNEZ, las fuentes formales representan el cauce o canal por donde corren y se manifiestan las formas reales.

## **2.2. La interpretación e integración de la Ley Penal.**

Suele dividirse la interpretación de la ley según diversos criterios. Por los sujetos que la realizan, es decir, según su origen, se habla de interpretación privada o doctrinal, judicial, jurisdiccional y auténtica o legislativa. Por los medios o métodos empleados, se le clasifica en gramatical y lógica o teleológica. En cuanto al resultado se divide en declarativa, extensiva, restrictiva y progresiva.

### **2.2.1. Interpretación.**

Por su origen o por los sujetos que la realizan. De acuerdo con este criterio, la interpretación puede ser privada o doctrinal, judicial o jurisdiccional y auténtica y legislativa.

- a. Privada o doctrinal. Es la interpretación que de las leyes realizan los particulares; de ahí su nombre de privada. Se le denomina doctrinal cuando es hecha por los estudiosos del Derecho, por los doctos en la materia, ya sea mediante tratados, artículos en revistas y periódicos o en la cátedra. Esta forma de interpretación es de gran utilidad, frecuentemente sirve de guía a los juzgadores para normar su criterio, máxime cuando procede de personas cuyos razonamientos poseen capacidad de convencimiento.
- b. Judicial o jurisdiccional. La llevan a cabo los jueces y tribunales en su diaria tarea de impartir justicia. Para lograrla, generalmente toman en cuenta la interpretación legislativa, si existe, y la doctrinal, si la hay, así como su propio criterio, resultando una interpretación sui generis.

- c. Auténtica o legislativa. La emite el propio legislador para precisar el sentido de las leyes que dicta. Puede ser contextual o posterior, según se haga en el mismo texto legal o en otro expedido después; es decir, a veces formula normas aclaratorias de otras en el mismo cuerpo legal, o bien, en una ley diferente alusiva a la que se pretende desentrañar.

Por los medios o métodos empleados. De acuerdo con este punto de vista, la interpretación puede ser gramatical y lógica o teleológica.

- a. Gramatical. Consiste en atender exclusivamente al estricto significado de las palabras empleadas por el legislador al expedir el texto legal.
- b. Lógica. Correctamente debe denominarse teleológica y tiene por objeto determinar el verdadero sentido de la ley, mediante el análisis del texto legal, por el estudio de la exposición de motivo y de las actas de los trabajos preparativos.

La interpretación lógica o teleológica debe hacerse, naturalmente, en forma sistemática; por tanto es preciso atender a todo el ordenamiento jurídico y no sólo a la norma que se interpreta, la cual forma parte de un cuerpo de leyes y éste, a su vez, del ordenamiento total. El Derecho es uno solo y en él hay armonía perfecta. En caso de aparente contradicción de unas normas con otras, deberá tenerse presente la jerarquía de las leyes.

Por sus resultados. Según este criterio, la interpretación puede ser declarativa, extensiva, restrictiva y progresiva.

- a. Declarativa. Es declarativa si, a juicio del intérprete, las palabras usadas en el texto significan exactamente lo que su entendimiento idiomático, o sea cuando descubre que la ley dice precisamente lo mismo que expresan las palabras empleadas.
- b. Extensiva. Es extensiva, si el intérprete concluye que las palabras empleadas en el precepto expresan menos que la voluntad de la ley; el intérprete descubre que es más amplio el ámbito de la disposición. En la interpretación extensiva se amplía el significado estricto de las palabras empleadas, para lograr que coincida con lo que se quiso expresar, pero que no lo dicen claramente los vocablos utilizados. En la interpretación extensiva no se pretende ir más allá de la voluntad de la ley, sino descubrirla, a pesar de que en un sentido estricto las palabras dicen menos de lo que se pretendió expresar con ellas. “Es extensiva cuando comprende, por referirse al espíritu de la ley y no sólo a su forma literal, casos, circunstancias, elementos o



condiciones que en un rigor gramáticas pudiera creerse que no están expresados en el precepto.

- c. Restrictiva. Cuando según el interprete las palabras empleadas en la ley expresan más de lo que significan, se habla de una interpretación restrictiva. “Es restrictiva cuando se descubre que las palabras tienen mayor vaguedad o amplitud de la que conviene a la intención o a la mente de la ley y se desecha todo lo que no corresponde a estas últimas, aun cuando en los términos impropios o descuidados del precepto pudieran haber.”
- d. Progresiva. “Atiende a elementos cambiantes de cultura, de costumbres y de medio social, comprendidos en la ley o supuestos por ella, y evoluciona de acuerdo con esos factores, aun cuando la redacción del precepto permanezca inalterada.” Para *Porte Petit* consiste en adecuar el texto de la ley a las necesidades imperantes.”

### **2.3. Ámbitos de validez de la Ley Penal.**

Dentro de la Teoría de la Ley Penal, merece especial atención el problema de los ámbitos de validez, comprensivo de varios aspectos, a saber: validez de la Ley Penal en cuanto a su materia, en relación con el espacio, en el tiempo; y, con respecto a las personas.

#### **2.3.1 Espacial.**

La ley debe aplicarse en el territorio donde se crea, pues emana en virtud de la soberanía de cada Estado; por tanto, debe tener aplicabilidad en su propio territorio, y no en otro.

En cuanto al ámbito espacial de la ley penal, existen varios principios, que son: de territorialidad, de extraterritorialidad, personal, real y universal.

Principio de territorialidad.- El CPDF establece, en su art 10, este principio, al señalar que se aplicará en el Distrito Federal y en toda la República, y alude a las competencias común y federal. Dicho principio tiene dos aspectos: uno positivo y otro negativo. El primero se refiere a que la ley penal se aplica a quienes habitan en el territorio nacional, mientras que el segundo quiere decir que la ley penal no se debe aplicar a persona alguna fuera del territorio nacional.

De extraterritorialidad.- Este principio supone que, en ciertas situaciones, la ley mexicana se puede aplicar fuera del territorio nacional, como en el caso previsto por el art 2o, frac II, y 4o y 5o del propio CPDF.

Personal.- Este principio atiende a la persona en sí, aspecto que determinará la aplicación de la ley, como lo dispone el art 4o CPDF cuando se refiere a la nacionalidad de los sujetos activo y pasivo.

Real.- Tal principio se refiere a los bienes jurídicamente tutelados; en atención a ellos, se determina el Estado que debe sancionar al delincuente.

Universal.- Según este principio, todas las naciones deben tener el derecho de sancionar al infractor de la ley.

El principio que rige en el sistema jurídico mexicano es el de territorialidad, y solo excepcionalmente siguen otros.

Dentro del ámbito espacial surgen dos figuras de gran interés: la extradición y la expulsión.

Extradición.- Es la entrega que hace un Estado a otro de un acusado o condenado que se ha refugiado en aquel. Al respecto, suele hacerse una clasificación más didáctica que real, pero que muestra con claridad la función de la extradición. A saber:

- a) Activa es la del Estado que solicita la entrega del delincuente;
- b) Pasiva tiene lugar según el país que hace la entrega del delincuente (país donde se refugió el sujeto);
- c) Espontánea la aplica el país donde se encuentra el delincuente, sin ser requerido;
- d) Voluntaria el propio delincuente se entrega a su Estado de origen;
- e) De paso o tránsito es el permiso que otorga un Estado por el hecho de que el delincuente pase por él, al dirigirse al Estado donde cometió el delito, en virtud de la extradición.

Por último, cabe aclarar que la extradición ocurre en el plano tanto interno (nacional) como externo (internacional). En este último caso se rige por los tratados internacionales en que los Estados son parte.

Expulsión. Consiste en que un Estado puede expulsar a los extranjeros cuya permanencia en territorio nacional juzgue inconveniente, según preceptúa el art 33 C, primer párr, segunda parte, el cual incluso señala que esta facultad del Ejecutivo no requiere un juicio previo.

Como se ve, la extradición y la expulsión son figuras diferentes, aunque suele confundirlas, lo que lleva a serios errores en el aprendizaje.

### **2.3.2. Personal.**

En este aspecto, la validez de la ley penal atiende a la persona a quien va dirigida; por supuesto, parte del principio de igualdad de todos los hombres ante la ley.

Igualdad de todos ante la ley. Antiguamente no prevalecía este sentir, de modo que existían distingos absurdos e incluso injustos, cuando se examinan épocas en que existía la servidumbre, la esclavitud, etc. En épocas pretéritas, las desigualdades ocurrían en función de criterios diversos: por la condición natural (sexo, edad, color, raza, etc); en ciertas civilizaciones, las deformaciones físicas hacían que la ley se aplicara con mayor rigor a quienes habían tenido la desgracia de padecerlas o según las condiciones sociales (castas, siervos, esclavos, cargos públicos, títulos nobiliarios, etcétera).

En la bibliografía española se ve claramente lo anterior: en Fuentojuna, de Lope de Vega, el pueblo unido ocultó la identidad del asesino del comendador, por haberlo considerado un acto justo. Ante la maldad de aquel, dada su prepotencia, los reyes españoles manifestaron su disgusto, no tanto por haberle privado de la vida, sino por haberlo hecho en forma y condiciones que no correspondían a las calidades de un comendador, pues se le mató de la manera que solía hacerse cuando se trataba de plebeyos, de gente vulgar del pueblo y no conforme a su rango. Estos distingos provenían de la ley, que señalaba formas diversas de tratamiento, según la persona de quien se trataba.

Con la Revolución Francesa, concretamente a raíz de la Declaración de los Derechos del Hombre, fue universal considerar en estado de igualdad a todos los hombres, de modo que pocos pueblos aún conservan aquellos distingos lamentables.

La Constitución mexicana, en el art 2o, establece tal principio de igualdad, prohíbe la esclavitud y considera libre al esclavo extranjero que entra al país. Por su parte, el art 12 C, declara que no se considerarán títulos de nobleza, prerrogativas ni honores hereditarios, e incluso desconoce los concedidos en otros países.

El precepto más directo en este tema es el art 13 C, que prohíbe la creación de leyes privativas y de tribunales especiales, con lo cual establece un trato igual a los ciudadanos.

Excepciones al principio de igualdad. Existen situaciones especiales en las que este principio deja de tener aplicación, las cuales, como se verá, se justifican plenamente:

- a) en el derecho interno, la declaración de procedencia, y
- b) en el derecho internacional, la inmunidad.

En el derecho interno Se presenta un caso en el cual a determinados servidores públicos, ante la comisión de un delito, se les da un tratamiento especial, derivado de su función ante el Estado. Antes de la reforma constitucional de 1982, se le llamaba fuero.

La responsabilidad de los servidores públicos dará lugar al castigo correspondiente, previo juicio político, en vez de seguirse el procedimiento que correspondería a cualquier ciudadano.

Para precisar dicha figura, es necesario recurrir a los siguientes preceptos de la Constitución: 108, 109, 110, 111 a 114, así como a los relativos del CPDF por cuanto hace a los delitos cometidos o a la ley especial infringida.

En el derecho internacional. Existe la institución de la inmunidad, prerrogativa que se concede a los diplomáticos de países extranjeros que se encuentran en el territorio nacional en el desempeño de sus funciones. Su razón de ser consiste en garantizar el debido cumplimiento de dichas funciones y evitar obstáculos, impedimentos e incluso falsas acusaciones, que trascenderían en desprestigio internacional.

En tal aspecto, se debe estar a lo dispuesto en tratados internacionales. Si el delito de que se trata no está previsto en la legislación penal interna, pero sí en un tratado internacional, se estará al

señalamiento del art 6o CPDF que prevé la aplicación de un tratado internacional en el que México haya sido parte.

## Bibliografía

- Barba, P. M. (s.f.). *La aplicación de la ley penal en el tiempo*. México: Universidad La Salle .
- Bustos, A. (2018). *Perspectiva de los Derechos Humanos*. Ciudad de México: Anglo Digital.
- Díaz-Aranda, E. (2014). *Lecciones de Derecho Penal para el nuevo sistema de justicia en México*. México : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- García, B. S. (s.f.). *Evolución de los Derechos Humanos*. Ciudad de México : UNAM.
- Hernández, E. R. (1982). *Las fuentes reales de las normas penales*. México, D.F.: UNAM .
- Humanos, C. N. (2012). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y su Protocolo Facultativo*. México : Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Humanos, C. N. (2016). *Los Principios de Universalidad, Interdependencia, Indivisibilidad y Progresividad de los Derechos Humanos*. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Humanos, I. I. (2005). *Instrumentos Generales de los Derechos Humanos*. San José : Instituto Interamericano de los Derechos Humanos.
- Mena, E. M. (2018). *Principios Rectores de los Derechos Humanos y sus Garantías*. Ciudad de México: Flores Editor.
- otro, A. J. (2014). El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano. *Opinión Jurídica* , 69-79.
- Puir, S. M. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal* . Montevideo, Buenos Aires: Editorial IB de F.
- Suárez, M. d. (2007). *Teoría de la Ley Penal* . México .