

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA
FACULTAD DE DERECHO-MEXICALI**



**LA PENA DE PRISIÓN VITALICIA: CRÍTICA AL SISTEMA RETRIBUTIVO
QUE PRIVILEGIA SU IMPOSICIÓN.**

**TRABAJO TERMINAL PARA OBTENER POR EL DIPLOMA DE
ESPECIALIDAD EN DERECHO**

Presenta:

MANUEL HIRAM RIVERA NAVARRO

ASESOR:

DR. PABLO JESÚS GONZÁLEZ REYES

MEXICALI, BAJA CALIFORNIA, MÉXICO

OCTUBRE DE 2007.

INDICE

	Pág.
Introducción.....	1
CAPITULO I CULPABILIDAD y TEORÍA DE LA PENA	8
1.1.- Generalidades	8
1.2.- La culpabilidad	12
1.2.1.- <i>La culpabilidad en el sistema clásico</i>	14
1.2.2.- <i>La culpabilidad en el sistema neoclásico</i>	16
1.2.3.- <i>La culpabilidad en el sistema final de la acción</i>	17
1.2.4.- <i>La culpabilidad en los sistemas funcionales.</i>	19
1.3.- Teoría de la pena	24
1.3.1.- <i>Concepto y evolución histórica</i>	24
1.3.2.- <i>La teoría retributiva de la pena</i>	32
1.3.3.- <i>Teorías Utilitaristas</i>	41
1.3.3.1.- <i>La teoría de la prevención general</i>	42
1.3.3.2.- <i>La teoría de la prevención especial</i>	46
1.3.4.- <i>La teoría Mixta</i>	52
CAPITULO II CONSIDERACIONES RELATIVAS A LA JURISPRUDENCIA 1/2006 DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.....	65
2.1.- Antecedentes jurisprudenciales de la tesis 1/2006 sustentada por el pleno de la S.C.J.N.- base del debate-	65
2.2.- Consideraciones vertidas por la mayoría del pleno de la S.C.J.N.	78
2.3.- Consideraciones vertidas por la minoría del pleno de la S.C.J.N.	85
2.4.- Avances o retrocesos.	89
CONCLUSIONES.....	99
BIBLIOGRAFÍA	105

INTRODUCCIÓN.

En los últimos años se ha venido presenciando cómo, de una manera sistemática, los diversos órganos de la función pública han considerado como mecanismo de control de la criminalidad el aumento en el “*quantum*” de penas de prisión en la mayoría de los delitos y en especial aquellos que tienen una preponderante lesividad para la vida pública de nuestro país.

Es por eso que con cierta periodicidad observamos en el mundo jurídico propuestas de ley, desarrolladas por nuestros legisladores estatales y federales, o por el Ejecutivo Federal, que pretenden contrarrestar los efectos de la delincuencia a través del aumento de las penas de prisión y la restricción, según la conducta típica reprochada, para que una vez cumplido en parte con su sentencia, sean beneficiarios para obtener algún tipo de libertad anticipada.

El problema de las penas de prisión no constituye un tema novedoso desde la perspectiva doctrinaria, ya desde principios de la década de los ochentas del siglo pasado, autores como Claus Roxin¹, Luigi Ferrajoli², entre otros, se postulaban por conceptualizar elementos relacionados, ya sea con aspectos de culpabilidad como presupuestos de la pena, o para solucionar

¹ Roxin, Claus.- Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal.- Editorial Reus, S.A., 1981, Madrid

² Ferrajoli, Luigi.- Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal.- Editorial Trotta, Cuarta Edición, 2000, Madrid.

conflictos doctrinales entre culpabilidad y peligrosidad, e inclusive analizaron la utilidad práctica de las penas de prisión, como mecanismo de control social para abatir los índices de criminalidad.

En efecto, los estados se enfrentan ahora a problemas de criminalidad nunca antes vistos y ello en virtud de diversos factores sociales que los obligan a redefinir caminos en aras de satisfacer una de las principales prerrogativas propias, garantizar la seguridad de sus ciudadanos. La problemática planteada de esta forma parece no tener complicaciones y resulta evidente, hoy en día más acentuado en nuestra sociedad mexicana; sin embargo, la búsqueda de soluciones viables para abatir la incidencia delictiva es lo que constituye el gran problema de los órganos del poder público.

En este sentido, una de las soluciones a las que más se acude, sobre todo en épocas electorales, resulta ser la del aumento de las penas de prisión en delitos considerados altamente nocivos por la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos de gran importancia para la sociedad, luego entonces, la pregunta de investigación obligada es: ¿El aumento de las penas de prisión cumple eficazmente como mecanismo de prevención de la comisión de delitos?

La mayoría del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado, en la jurisprudencia 1/2006, que la prisión vitalicia no es considerada una pena inusitada y trascendental de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución General de la República, luego, además de lo anecdótico que resulta ser el abandono del máximo tribunal de la nación de aquella postura “garantista” del estado mexicano, lo que realmente resulta importante destacar

es que abre la puerta al legislador ordinario para asignar a diversas conductas antisociales penas tan elevadas como las de prisión vitalicia; la jurisprudencia a la que se hace alusión textualmente establece lo siguiente:

PRISIÓN VITALICIA. NO CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La acepción de pena inusitada a que se refiere el precepto constitucional citado se constriñe a tres supuestos: a) Que tenga por objeto causar en el cuerpo del sentenciado un dolor o alteración física; b) Que sea excesiva en relación con el delito cometido; que no corresponda a la finalidad que persigue la pena, o que se deje al arbitrio de la autoridad judicial o ejecutora su determinación al no estar prevista en la ley pena alguna exactamente aplicable al delito de que se trate; y, c) Que siendo utilizada en determinado lugar no lo sea ya en otros, por ser rechazada en la generalidad de los sistemas punitivos. En congruencia con lo anterior, se concluye que la pena de prisión vitalicia no se ubica en alguno de los referidos supuestos, ya que si bien inhibe la libertad locomotora del individuo, no tiene por objeto causar en su cuerpo un dolor o alteración física. En cuanto a lo excesivo de una pena, ello se refiere a los casos concretos de punibilidad, en los que existe un parámetro para determinar si para ciertos delitos de igual categoría, el mismo sistema punitivo establece penas diametralmente diferentes, por lo que la pena indicada en lo general no se ubica en tal hipótesis, al no poder existir en abstracto ese parámetro; además, la prisión corresponde a la finalidad de la pena, pues ha sido reconocida como adecuada para el restablecimiento del orden social, sin que la característica de vitalicia la haga perder esa correspondencia, pues dicho aspecto se relaciona con su aplicación, mas no con el tipo de pena de que se trata. Por otra parte, es importante señalar que el hecho de que la prisión vitalicia no tenga como consecuencia que el reo se readapte a la sociedad, dado que éste no volverá a reintegrarse a ella, tampoco determina que sea una pena inusitada, toda vez que el Constituyente no estableció que la de prisión tuviera como única y necesaria consecuencia la readaptación social del sentenciado, ni que ese efecto tendría que alcanzarse con la aplicación de toda

*pena, pues de haber sido esa su intención lo habría plasmado expresamente.*³

De lo anterior conviene hacer las siguientes reflexiones; ¿Cuál es el origen y fin de la pena?, ¿Cuál es la concepción de la pena para la teoría retributiva?, ¿Que otras concepciones de la pena existen en la evolución histórica del pensamiento humano?

Para arribar a la solución del cuestionamiento principal que motiva esta investigación resulta necesario definir los conceptos que albergan los anteriores subcuestionamientos; el problema del ciudadano común estriba en decidir entre la máxima y exacerbada actuación del Estado, asumiendo el costo de un posible autoritarismo, bajo la idea de una pretendida “justicia” o abordar el problema sobre la búsqueda de nuevos esquemas más racionales y protectores de derechos humanos, pero más lentos en su establecimiento y desarrollo, el que puede serlo más aún, debido a la ineficacia en la estructura de nuestras instituciones.

En este sentido el problema fundamentalmente lo constituye si el planteamiento relativo al aumento de las penas de prisión, hasta llegar de facto a penas vitalicias, como lo han propuesto diversos actores sociales como el Presidente de la República (en el caso del delito de secuestro, como lo señaló el ocho de marzo de dos mil siete, en el marco del “día internacional de la mujer”), legisladores, gobernadores de los estados, así como los estudiosos del Derecho,

³ Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXIII, Febrero de 2006, Tesis: P./J. 1/2006, Página: 6

en términos generales la sociedad civil, es una hipótesis válida y eficaz para prevenir el fenómeno de la incidencia delictiva.

De lo antes expuesto, los objetivos de esta investigación son los siguientes.

1. Revisar la evolución histórica de la concepción de la pena.
2. Examinar los contenidos en que se sustenta la teoría retributiva de la pena.
3. Evidenciar que la teoría retributiva de la pena en la que descansa el aumento de las penas de prisión, en la visión de conceptualarla como un simple castigo, es una teoría superada por la evolución de otros sistemas relacionados con su imposición.
4. Identificar las consideraciones que llevaron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a abandonar el criterio jurisprudencial sostenido hasta antes de la jurisprudencia 1/2006, y que básicamente privilegiaba el uso de mecanismos de readaptación del delincuente en prisión para su reinserción en el ámbito social, y abolía la aplicación de penas excesivas; al grado de considerar las penas de cadena perpetua y de muerte como inusitadas, y por tanto, violatorias del marco jurídico constitucional.

La idea anterior parte básicamente de un deseo y a la vez reclamo social de que el Estado cumpla eficazmente con su labor de garantizar el establecimiento de un verdadero Estado de Derecho, abatir los índices de criminalidad no es tarea fácil, pues tal realidad se encuentra relacionada con distintos fenómenos sociales como la pobreza, inequidad, marginación, racismo

étnico social, entre otros, lo que confronta y nos obliga a los que estudiamos esos procesos sociales, proponer a través de un estudio científico reflexivo, si las posibles soluciones que han sido propuestas tienen un verdadero punto de partida y si es objetivamente viable la consecución de sus fines; de no serlo, entonces, buscar esos medios de solución de conflictos, pues no hay que olvidar que lo mínimo que la sociedad espera del estudioso del Derecho es la aportación de sus conocimientos en aras de encontrar aquellas soluciones.

En este sentido, establecer cuales son los orígenes, fundamentos y fines de la imposición de penas de prisión, el análisis y críticas a las teorías retribucionistas de la pena basadas en la idea del “castigo” al delincuente, así como entender con claridad las consideraciones vertidas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 1/2006, en la cual estableció que la pena vitalicia no era una pena inusitada y por tanto no viola Derechos Fundamentales consagrados por la Constitución, integra la exégesis de esta investigación, ello porque mas allá de resolver un caso concreto, abrió la puerta al legislador común para endurecer las penas de prisión hasta llegar a establecer una posible penalidad como la “cadena perpetua” ante la comisión de ciertos delitos.

Para abordar este trabajo se realizó una investigación la cual se apoyó en un conjunto de métodos que permitieron desarrollar los diversos capítulos del presente documento terminal. Esta metodología implicó el uso del método deductivo, inductivo y descriptivo, mismos que se aplicaron en la labor de investigación documental, es decir, consulta de fuentes bibliográficas y

hemerográficas.

Por lo que se refiere a las fuentes normativas, se harán referencia a las disposiciones contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al Código Penal Federal y la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En cuanto a las fuentes electrónicas se utilizarán los discos electrónicos editados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, llamados IUS 2006, y Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que contienen las jurisprudencias y tesis aisladas que emite ese máximo tribunal de justicia, específicamente respecto del tema que nos ocupa.

Por último, las fuentes bibliográficas serán las obras escritas por expertos juristas en Derecho Penal, tanto mexicanos como extranjeros, entre ellos argentinos, alemanes, españoles e italianos, quienes son los que se han referido a estos temas con mayor frecuencia y profundidad.

CAPÍTULO I

CULPABILIDAD Y TEORÍA DE LA PENA.

1.1.- Generalidades.

El Derecho Penal es la rama del derecho público externo, que establece en normas aquellas conductas consideradas delictivas por la grave lesión de bienes jurídicos fundamentales para la sociedad con la finalidad de que no se cometan y cuya consecuencia jurídica de mayor trascendencia es la pena en todos los casos, bien sea privativa de la libertad, bien económica, entre otras y tiene como destinatarios tanto a los gobernados como a los gobernantes.

El sistema jurídico penal, además, ha incluido el término Derecho Penal Subjetivo, definido por su indiscutible carácter público atribuido al Estado para sancionar conductas, mejor conocido como *ius puniendi*, a través de tres funciones específicamente delimitadas: la legislativa, la jurisdiccional y la ejecutiva.

En la primera, se formula la conminación penal, esto es, la creación normativa de conductas reprobables por su alto impacto en la lesión de bienes jurídicos importantes para la sociedad que se traduce en la Ley Penal, mediante el poder soberano del pueblo; la segunda, se actualiza mediante un acto formal y materialmente judicial, en la individualización de la norma a un sujeto determinado y la imposición de una pena (sentencia); y la última, que ejecuta la anterior. En el sistema mexicano, la función ejecutiva también tiene ámbito de aplicación en una fase que se determina intermedia entre las primeras dos, ya que entre la creación de la ley y la aplicación de la misma, existe la función persecutora del Estado en la comisión de conductas antisociales descritas por la Ley, mediante organismos pertenecientes a la función administrativa, procuración de Justicia.

Por otra parte, se destaca la existencia de un Derecho Penal objetivo, caracterizado por el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado, que determina qué conductas son “delitos” y las penas aplicables a cada uno de ellos.

Así, el Estado como sujeto de la potestad penal, está facultado para imponer la pena que, al menos teóricamente, restablece el orden jurídico, fundado en la necesidad de la sociedad de reprimir aquellos actos que van dirigidos a contrariar las normas en que se sustenta su propia existencia, pero esa facultad regida por el Derecho Penal Subjetivo, no es ilimitada ya que el Estado en el ejercicio del poder otorgado por la sociedad, tiene que limitarse a sí mismo fijando el supuesto y el contenido de su actuación, es decir, la conducta

criminal y la pena a ella atribuida, lo que constituye el Derecho Penal Objetivo. De este modo, la justificación del Derecho Penal es muy clara como principio general, de ahí su existencia y la necesidad de su existencia, ya que sin este mecanismo el Estado no podría subsistir, en virtud de que el poder civil no cumpliría su fundamental objetivo de gobernar al pueblo, pues aquél cuerpo político no podría hacer lo que quisiera en detrimento de la misma sociedad que lo creó y le dio vida.

Aunado a lo anterior, el Derecho Penal constituye un mecanismo de control social, ya que el hombre al interactuar con otros, establece las bases de lo que conocemos como sociedad, toda sociedad presenta una estructura de poder, con grupos que dominan y grupos que son dominados, con sectores más cercanos o más lejanos a los centros de decisión. Conforme a esta estructura, se “controla” socialmente la conducta de los hombres⁴.

La tradición dogmática en el estudio del Derecho Penal ha establecido que para el estudio de esta disciplina, se debe abarcar desde dos grandes campos que constituyen un todo en el análisis; por un lado, desde una Parte General, cuyo contenido y base de estudio se ocupa de los conceptos e instituciones generales, esto es, los conceptos de delito, los de pena y la propia Ley Penal y por otro lado, lo que se conoce como Parte Especial, cuyo campo de estudio abarca las concretas figuras o conductas determinadas como delictivas

⁴ **Zaffaroni, Eugenio Raúl.**- Manual de Derecho Penal Parte General.- Editorial Cárdenas, 1998, México, D.F. pág. 22 y ss.- sobre el particular indica la importancia que revisten los medios de comunicación masiva, a los que considera medios de control social “difusos”, en la medida de que inducen pautas de conducta sin que la población, en general, perciba eso como control social, sino formas de recreación. También son mecanismos de control social que ejercen gran influencia, la familia, la educación, la medicina, la religión, los partidos políticos, la actividad artística, la investigación científica, entre otras.

consideradas por el legislador; es decir, lo que en teoría del delito se conoce como tipos penales, (por ejemplo, el homicidio, el robo, la privación ilegal de la libertad, entre otros).

Acorde a lo anterior, el Derecho Penal en su Parte General se subdivide en tres secciones genéricas: 1) Fundamentos científicos (dogmáticos) del derecho penal; 2) Teoría jurídica del delito; y 3) Teoría de las consecuencias jurídicas del delito.

Los fundamentos científicos del Derecho Penal se basan en el estudio de los conceptos de Derecho Penal y de sus elementos básicos (delito, pena, medida de seguridad), en la metodología de la ciencia del Derecho Penal y en la fuentes del Derecho Penal mismo, a ello se le ha considerado comúnmente como la teoría de la Ley Penal.

La segunda de las subdivisiones de la Parte General del Derecho Penal, es la relativa al estudio de la teoría jurídica del delito, comúnmente conocida como teoría del delito, sobre éste es conveniente especificar que la evolución dogmática en el devenir histórico ha situado la creación y desarrollo de cuatro sistemas básicos sobre los cuales ha girado el análisis y la polémica entre los grandes pensadores del Derecho penal, ellos son el sistema clásico, el neoclásico, el final de la acción y el funcionalismo, cada uno con sus respectivas características, pero a su vez, todos sobre la base de cuatro principios básicos de estudio, la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. De lo anterior, se arriba a la conclusión de que, lo verdaderamente diferente en

cualquiera de los sistemas antes apuntados, se constituye a partir del contenido conceptual de cada uno de los elementos antes descritos.

La última de las subdivisiones señaladas es la relativa al estudio de las consecuencias jurídicas del delito, es decir, la pena o medida de seguridad que se asigna a la persona a quien el Estado le finca un juicio de reproche penal o reproche social, según sea el caso y al que se ha denominado como teoría de la pena.

Este aspecto es de verdadera importancia, pues constituye la exégesis del presente trabajo terminal del cual se abordará paulatinamente durante el desarrollo de esta investigación.

1.2.- La Culpabilidad.

Con frecuencia en la sociedad se escucha la palabra culpable, misma que suele utilizarse para designar que alguna persona, en específico, ha cometido un acto o hecho aceptado, adecuado, o bien, un hecho negativo o malo, de acuerdo a los principios sociales que definidos en una cultura, determinan lo que es correcto y lo que no lo es.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra culpable proviene del latín *culpabilis*, y en una primera acepción refiere a la persona a quien se imputa una acción u omisión ilícitas por haberlas cometido de forma deliberada o con negligencia de sus deberes; otra

connotación, es la relativa al lenguaje jurídico y se define como el dicho de una persona declarada responsable civil o penalmente⁵.

Lo que socialmente conocemos como culpable en relación con la definición gramatical apuntada, da un primer acercamiento a lo que debe entenderse por culpabilidad; empero, los anteriores conceptos no necesariamente definen culpable y culpabilidad para el desarrollo de la dogmática jurídico penal, esto es, porque para el derecho el concepto culpable de donde se origina la culpabilidad, encierra diversos factores como la capacidad de imputación de un hecho a su autor.

Lo anterior se hace evidente en los casos en que una persona a pesar de que “supuestamente” ha cometido un hecho delictivo, (lo que implicaría para la sociedad ser culpable de él), es absuelto por un tribunal penal al haberse actualizado en su favor una causa que lo exima de la culpabilidad, como podría ser la no exigibilidad de otra conducta.

Esta falta de paralelismo entre las concepciones social y jurídica en algunas ocasiones ha ocasionado conflictos entre la sociedad que en mayor medida ciñe su concepción de responsabilidad bajo esquemas justicieros (irracionalidad de los medios) y los órganos del Estado encargados de la administración de la justicia penal que basan su actuación en esquemas más racionales, que buscan hacer prevalecer el estado de derecho y el pleno respeto de los derechos fundamentales del ser humano, (al menos en teoría eso supone).

⁵ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.- Vigésima Segunda Edición, Editorial Espasa, en versión consultada a través de disco óptico para pc.

Ello justifica el señalar las diversas concepciones jurídicas para determinar qué se debe de entender por culpabilidad, sus contenidos substanciales y su vinculación en la imposición de penas de prisión, de ahí que la evolución del pensamiento humano a través de las diversas teorías hayan definido el concepto de culpabilidad, con el objetivo de acercar las posiciones social y jurídica antes expuestas y solucionar los conflictos, pero evidentemente el devenir histórico social ha encontrado cómo paulatinamente la sociedad cada vez se vuelve más compleja a través de sistemas de interacción mas estructurados en donde influyen y confluyen variables sociales más difíciles de controlar. En ese sentido el derecho no es ajeno a esos cambios y las definiciones de culpabilidad que en algún momento y lugar determinado dieron respuestas, en otro contexto se vieron superadas, así en la moderna teoría del delito se han producido distintas concepciones del tema que corresponden a las fases de su evolución.

1.2.1.- La culpabilidad en el sistema clásico.

Franz Von Liszt a finales del siglo XIX y principios del XX sentó las bases de la moderna teoría del delito y en relación al tema supuso una concepción psicológica de la culpabilidad⁶. Según Liszt culpabilidad, en el más amplio sentido, es la responsabilidad del autor por el acto ilícito que ha realizado, pero no basta con que el resultado pueda ser objetivamente referido a la

⁶ **Mir Puig, Santiago.**- Derecho Penal Parte General, Séptima Edición, Editorial Reppertor, 2006, Barcelona, España.- pág. 523

manifestación de la voluntad del agente, sino que también debe darse subjetivamente, el nexo, en la culpabilidad de autor⁷.

Esto es, en el sistema clásico la culpabilidad se conforma de elementos puramente subjetivos o bien denominados psicológicos, que se refieren concretamente al actuar doloso o culposo del autor. En esta concepción el dolo y la culpa no sólo pertenecen a la culpabilidad: son las dos clases o especies de culpabilidad, que constituyen el género, no sólo son formas de culpabilidad, porque son la culpabilidad misma.⁸

De ahí que, si existía una relación directa entre lo querido por el autor y el resultado producido, existía un nexo psicológico entre el autor y el resultado, luego su culpabilidad entraba en los planos del dolo, lo que se consideró como la forma más perfecta de culpabilidad; por otra parte, cuando el autor que realizaba una conducta en origen no deseada pero que se había representado como posible, entonces su culpabilidad era culposa, la cual fue considerada como una conexión psíquica imperfecta, en virtud de que el autor generaba un resultado no deseado pero finalmente posible (esta especie de culpa también ha sido denominada culpa consciente o con representación).

Por ende, para determinar si la culpabilidad con la que había actuado el autor era dolosa o culposa se atendía a la relación anímica subjetiva entre el autor y el resultado⁹.

⁷ **Von Liszt, Franz**, - Tratado de Derecho Penal tomo II, Editorial Reus, 1999, Madrid, España.- págs. 387 y ss.

⁸ **Mir Puig, Santiago**.- op. cit. pág. 523

⁹ **Díaz-Aranda, Enrique**.- Teoría del Delito.- Editorial Straf, México, 2006, págs. 23 y ss.

1.2.2.- La culpabilidad en el sistema neoclásico.

La culpabilidad en el sistema neoclásico al igual que el anterior, se basa en una concepción psicológica del autor, manifestado a través del dolo y la culpa; empero, a diferencia de la primera, agrega dos elementos fundamentales en la constitución del sistema. En este sentido, se conocen los postulados de Edmund Mezger sobre el tema y a quien se le vincula como iniciador y expositor en mayor medida de esta sistemática.

Para el neoclasicismo sistémico de la teoría del delito, la culpabilidad fue integrada, además del dolo y la culpa, por dos elementos: la imputabilidad y la ausencia de causas excluyentes de la culpabilidad. Esto es, la culpabilidad se convierte en un juicio de valor, en el que el dolo y la culpa pasan de ser la culpabilidad misma convirtiéndose en elementos de la culpabilidad, los cuales resultan necesarios pero no son suficientes para integrarla, en virtud de que si bien es cierto ésta es una situación de hecho psicológica (situación de hecho de la culpabilidad) es la valoración decisiva jurídico-penal la que la determina contraria al deber y reprochable (juicio valorativo de la culpabilidad).¹⁰

De esta forma, en el concepto neoclásico, ya no se trataba de describir realidades naturalísticas, externas o internas, sino de comprender el significado valorativo de los conceptos jurídicos: la culpabilidad podía dejar de considerarse como un hecho psíquico, para poder ser explicada como juicio de valor.¹¹

Así la imputabilidad como elemento de culpabilidad se da con aquél estado psíquico del autor que le garantiza la posibilidad de conducirse

¹⁰ **Mezger, Edmund.**- Derecho Penal, pág. 190, citado por Díaz-Aranda, Enrique, op. cit. Pág. 35 y ss.

¹¹ **Mir Puig, Santiago.**- op. cit. pág. 525

socialmente¹²; mientras la ausencia de causas excluyentes de la culpabilidad, impediría la reprochabilidad de la voluntad (dolosa o culposa) del autor por inexigibilidad de adoptar una decisión conforme a derecho.¹³

1.2.3.- La culpabilidad en el sistema final de la acción.

Como consecuencia de la evolución de los sistemas analíticos del delito, Hans Welzel abordó el estudio de la culpabilidad desde una concepción diferente a las vertientes psicológica y psicológica normativa expuestas; a ella se denominó como concepción “puramente normativa” de la culpabilidad en el marco del sistema finalista de la acción, o finalismo.

Los fundamentos básicos del concepto puramente normativo de la culpabilidad se sustentan en la premisa de concebir a ésta como una reprochabilidad del injusto a su autor, esto es, el injusto se conforma de una conducta típica, porque se encuentra contenida en una norma prohibitiva como el Código Penal, y es antijurídica en la medida que la contraría, ya que no encuentra una justificación que la haga lícita. Así, un injusto será culpable cuando al autor le es reprochable la realización de esa conducta porque no se motivó en la norma siéndole exigible, en las circunstancias en que actuó, que se motivase a ella. Al no haberse motivado en la norma cuando podía y le era exigible que lo hiciese, el autor muestra una disposición interna contraria a derecho.¹⁴

¹² Von Liszt, Franz.- op. cit. pág. 389

¹³ Mir Puig, Santiago.- op. cit. pág. 526

¹⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl.- op. cit. pág. 543

De lo anterior, surge un elemento intrínseco que es conveniente señalar, a decir, la voluntad del autor; en efecto, cuando se establece que una conducta determinada le es reprochable a su autor, porque siéndole exigible actuar conforme a la norma, desarrolló su actuar en sentido inverso, se advierte un actuar con voluntad que descansa sobre la base de la imputabilidad, conformada como la capacidad que debe poseer un sujeto para que su conducta le sea reprochable, es decir, la imputabilidad es capacidad de culpabilidad. En otras palabras, la imputabilidad debe considerarse como la capacidad de una persona para comprender la antijuridicidad de su actuar y la capacidad de ella misma de adecuar su conducta a esa comprensión.

Estas consideraciones permiten señalar que para la teoría normativa, la culpabilidad está conformada por tres elementos, la imputabilidad, la consciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta.¹⁵ De ello se advierte que contrario a las posiciones doctrinales que le antecedieron, en las que el dolo y la culpa se representaban como especies de la culpabilidad (psicologismo), para esta teoría el dolo y la culpa se traslada al injusto, como idea final de acción.

Bajo este esquema, con la inclusión del dolo y la culpa en el tipo penal, dejan de pertenecer a la culpabilidad y ahora forman parte de elementos de la acción; consecuentemente, el tipo penal se estructura en todos los casos de elementos objetivos y subjetivos. De acuerdo a lo anterior, la culpabilidad entendida de manera normativa como un juicio de reproche ya no sustenta como elementos estructurales al dolo o la culpa, sino que, ahora, descansa sobre la

¹⁵ **Díaz-Aranda Enrique.**- op. cit. pág. 43

base de la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de actuar con una conducta ajustada a derecho todos estos componentes de lo que conocemos como juicio de reproche.

Lo anterior supone más que una simple re-estructuración de los sistemas y de sus contenidos, pues en ese sentido de esta nueva estructuración derivan consecuencias para el tratamiento de diversos elementos, entre ellos, el tratamiento del problema del error, ya que mientras para el sistema clásico y neoclásico debería ser tratado sólo a nivel de culpabilidad (como causa de exclusión o atenuación de la misma). Para el sistema final de la acción, el error es tratado en dos niveles de la estructura del delito, esto es, en la tipicidad, que opera como error de tipo, que recae sobre algún elemento del tipo objetivo y que va encaminado a la destrucción del dolo y en la culpabilidad como error de prohibición, que descansa en la base de la conciencia de antijuridicidad y su efecto es excluir la culpabilidad o atenuarla.

En síntesis, para la concepción puramente normativa del finalismo la culpabilidad se limita a reunir aquéllas circunstancias que condicionan la reprochabilidad del hecho antijurídico. Todo el objeto de reproche se encuentra en el injusto. En la culpabilidad quedan sólo las condiciones que permiten atribuirlo a su autor.¹⁶

1.2.4.- La culpabilidad en los sistemas funcionales.

Los sistemas funcionales nacieron en la época de los años setenta del siglo pasado, a fin de solucionar diversas problemáticas generadas en las

¹⁶ **Welzel, Hans**, Derecho Penal Alemán pág. 140, citado por Mir Puig, Santiago.- op. cit. pág. 526

estructuras sistémicas antes analizadas. De estos sistemas funcionales, la literatura universal sobre el tema conviene en señalar que dos son los principales exponentes; el primero, Claus Roxin, a cuyo sistema se le ha denominado funcionalismo político-criminal, y el segundo, Günther Jakobs, al cual se le ha nombrado funcionalismo normativista.

Al margen de las consideraciones que vierten respecto al análisis sistemático de la conformación del delito, esto es, su estructura, por razones prácticas que persigue el fin de este trabajo, sólo se limitará a señalar la concepción de la culpabilidad para estos sistemas.

Así, surge un gran cambio en la concepción de la culpabilidad, pues mientras en las concepciones psicológicas la culpabilidad se conformaba a través del dolo y la culpa, como especies de culpabilidad, así como en la concepción normativa del finalismo se asumió como reprochabilidad de la conducta a su autor, en los sistemas funcionales el concepto culpabilidad se sustituye por el denominado “responsabilidad”.

La responsabilidad se constituye de dos elementos esenciales, la culpabilidad propiamente dicha, integrada por presupuestos de imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta; y la necesidad de la pena. De de esta forma, “mientras que mediante la teoría del injusto se responde a la cuestión de cuáles hechos son objeto de prohibiciones penales, la categoría de la responsabilidad tiene que resolver el problema de bajo qué

presupuestos el autor puede ser hecho penalmente responsable por un injusto realizado por él.¹⁷

Así, mientras el tipo establece las tablas legales (es decir, prohibiciones fundamentales a modo de anuncio) para todos los ciudadanos a modo de prevención general y la antijuridicidad designa la conducta correcta en casos de conflicto, el siguiente grado del delito hace referencia a la cuestión de si es necesaria una sanción contra el autor concreto desde el punto de vista jurídico-penales.¹⁸

De lo anterior se evidencia que el contenido de la teoría del fin de la pena, es la base justificativa de la teoría de la responsabilidad (antes culpabilidad), en el sistema funcionalista de Roxin. En este sentido, si bien la culpabilidad se relaciona con la capacidad de poder determinarse conforme a las normas, esto no es suficiente para la imposición de la pena, ya que relacionado a la culpabilidad debe existir la responsabilidad, es decir, que la sanción penal exige la necesidad de una reacción en términos de prevención general y especial, de esta forma, la responsabilidad está, sin duda alguna, en función de consideraciones de política criminal, y éstas en la necesidad o no de la pena.¹⁹

A modo de ejemplo, se exponen las siguientes consideraciones cuando se trata, en la dogmática de la culpabilidad, del llamado estado de necesidad disculpante: si alguien realiza un tipo de injusto para salvar a una persona

¹⁷ **Roxin, Claus.**- Acerca de la consolidación política-criminal... pág. 32.- citado por Díaz-Aranda Enrique.- op. cit. pág. 59.

¹⁸ **Roxin, Claus.**- Culpabilidad y prevención en derecho penal, trad. Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, 1981, Madrid, España. pág. 70 y 71.

¹⁹ **Amelung.**- Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal. pág. 105.- citado por **Edgardo Alberto Donna.**- Teoría del delito y de la pena, Tomo 1, fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad, Editorial Astrea, 2001, Buenos Aires, Argentina, pág. 226.

allegada, desde el punto de vista indeterminista habrá que afirmar que hay posibilidad de actuar de otro modo, y en ese sentido, por tanto, que también hay culpabilidad. Pero a pesar de ello, el legislador deja impune al autor por consideraciones político-criminales sobre el fin de la pena: a los efectos de prevención especial es innecesaria una sanción porque el autor está totalmente integrado socialmente y sólo la extraordinaria situación le ha llevado a realizar esa acción que también presenta una disminución esencial del injusto a causa del resultado salvador; y las razones de prevención general tampoco exigen una pena porque la infrecuencia de tales situaciones... hace que resulte superfluo sancionar en atención a la generalidad la desviación de la conducta regular deseada(...).²⁰

Desde este punto de vista, se sostiene que la utilización del derecho penal debe ser el último medio o *ultima ratio* por parte del Estado frente a las acciones antijurídicas.

Por su parte en la teoría funcional de la culpabilidad de Jakobs, se puede señalar un concepto basado en parte, en la teoría de la prevención general; de esta forma, señala que el principio de culpabilidad significa que la culpabilidad es un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal.²¹ Sus postulados doctrinarios encuentran su base en las consideraciones sociológicas de Niklas Luhmann, que establece que las normas designan las expectativas estabilizadas

²⁰ **Roxin, Claus.**- op. cit. pág. 73

²¹ **Günther, Jakobs.**- Estudios de Derecho Penal, trad. Manuel Cancio Melia y otros.- Editorial Civitas, 1997, Madrid, España. pág. 365

de comportamiento contrafáctico o normas cuya validez es experimentada como independiente de su comportamiento fáctico.²²

Esto es, la base sociológica de la sociedad, como entidad conformada por individuos que pactan ceder su soberanía a favor del Estado para el ejercicio del poder en beneficio del pueblo, es sustituida por una concepción de la sociedad como un sistema de comunicación de reglas que garantizan su desarrollo armónico, que se afecta cuando alguien no cumple con su rol y realiza una conducta delictiva contradiciendo las expectativas sociales.²³

De ahí que la imputación de un hecho como culpable, es sólo necesaria cuando la lesión a la norma no puede ser absorbida de otra manera y por ello la necesidad de la pena, de esta forma la pena podría ser impuesta con el fin de conservar la fidelidad de la norma, en ese sentido, la pena aporta útilmente su función en el mantenimiento del orden social.

En síntesis para Jakobs, culpabilidad es un déficit de fidelidad frente al ordenamiento legítimamente constituido, en el cual se vincula no sólo individualmente, sino socialmente, en cuanto que pretende cumplir un rol social del que forma parte; es decir, el rol de ciudadano libre en la conformación de su comportamiento, en el que la esencia de esa libertad se constituye en la obligación de mantener la fidelidad al orden jurídico.

²² **Luhmann, Niklas.**- Rechtssziologie. Pág. 43, citado por **Edgardo Alberto Donna.**- op. cit. pág. 230.

²³ **Díaz-Aranda, Enrique.**- op. cit. pág. 54.

1.3 Teoría de la Pena.

1.3.1 Concepto y evolución histórica.

Por pena el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, principalmente establece las siguientes definiciones: “castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta”; en una segunda acepción “cuidado, aflicción o sentimiento interior grande”; y finalmente una tercera más que se ha de considerar es la relativa al “dolor, tormento o sentimiento corporal” sufrido por una persona.²⁴

Las anteriores definiciones generan una primera aproximación a la concepción que de la pena se ha desarrollado a lo largo del tiempo y por un sin número de autores de diversas escuelas del pensamiento jurídico. De esta forma, Estaban Righi señala tres diferentes concepciones hasta cierto punto comunes, que por su claridad y sencillez, resulta conveniente citar.

En primer término indica que la expresión de pena, desde el punto de vista jurídico, frecuentemente se utiliza para aludir a distintas cuestiones:

- 1) “A la consecuencia jurídica prevista en la ley para el supuesto de comisión de un hecho delictivo que es su presupuesto²⁵. Esto es, siempre que se habla de la imposición de una pena, en cualquiera de sus formas, ya sea que afecte la libertad corporal, bien que afecte el patrimonio, entre otras, siempre estará precedida de la comisión de una conducta considerada por la ley como delictiva, lo que lleva en si mismo el surgimiento de un primer apotegma,

²⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.- Editorial Espasa, Vigésima Segunda Edición, en versión consultada a través de disco óptico para pc

²⁵ **Righi, Esteban**.- Teoría de la pena.- Editorial Hammurabi, 2001, Buenos Aires, Argentina. pág. 168.

nullum poena sine lege certa; es decir, la inexistencia de pena si no esta estrictamente señalada en una ley concretamente aplicable al caso, principio que constituye una de las bases del principio de legalidad de un sistema de derecho penal en un estado democrático de derecho.

- 2) A la aplicación que de una norma penal hacen los órganos jurisdiccionales, cuando en la sentencia imponen al condenado una pena que se concreta e individualiza²⁶; es decir, la aplicación concreta de una sanción a una persona por el delito cometido.
- 3) Finalmente, también es frecuente aludir a la pena, que esté cumpliendo el condenado²⁷; dirigida específicamente al momento en que la persona condenada a una sanción se encuentra en la fase de ejecución penal.

Así, la pena puede ser entendida como el medio con que cuenta el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la restricción de derechos del responsable. También se define como la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito.

Sin embargo, la anterior definición no se ajusta a la concepción que se tenía sobre la pena en el derecho antiguo, ya que la pena es una de las instituciones más dinámicas, y por tanto, que más ha evolucionado en el derecho.

²⁶ *Idem.*

²⁷ *idem*

Ya en tiempos primitivos se ejercían castigos a quienes contravenían lo socialmente prohibido, y si bien no existían penas estructuradas y preestablecidas, sí había toda una serie de prohibiciones basadas en conceptos mágicos y religiosos, cuya violación traía consecuencias no sólo para el ofensor sino también para todos los miembros de su familia, clan o tribu. Cuando se declaraba responsable a alguien por la violación de una de estas prohibiciones (tabú), el ofensor quedaba a merced de la víctima y sus parientes, quienes lo castigaban causándole a él y su familia un mal mayor; lo que deja en evidencia la nula relación entre la ofensa y la magnitud del castigo.

A esta forma de ejercer la pena se denominó venganza privada, aunque, se conviene con Arilla Bas en señalar que a este sistema de imputar responsabilidad y ejecutar la sanción, difícilmente podría denominarse como un verdadero antecedente del derecho penal y de la pena, porque ni la venganza individual ni la de sangre tienen el carácter de reacción social, por su carácter inorgánico, toda vez que la sociedad en general, permanece extraña a ella.²⁸

Posteriormente, la evolución social dio origen a una forma un poco más estructurada de imponer una pena, suscitada cuando la sociedad reconoce legítimo el derecho a imponerla y auxilia al vengador a realizarla, a esta venganza organizada, primer precedente concreto de las penas, se le denominó venganza talionaria.

La principal característica de esta forma de desarrollar el derecho penal, y consecuentemente de imponer una pena, es la debida proporción, cualitativa y

²⁸ **Arilla Bas, Fernando.** - Derecho Penal Parte General, Editorial Porrúa, México 2001. pág. 41.

cuantitativa, entre el delito y la reacción social contra él.²⁹ La Ley de Talión, establecía limitaciones en la venganza, aparecen como método de castigo con el Código de Hammurabi, la Ley de las XII Tablas de Alfonso, la Ley Mosaica y en el libro de Éxodo (21:24), que intentan establecer una primera proporcionalidad entre el daño producido y el castigo, de este último sobresale la frase "ojo por ojo, diente por diente".

La conveniencia política³⁰ como lo señala Arilla Bas, convirtió la ley talional en una **retribución** exacta del mal por el mal, aunque ya en una forma mas evolucionada dio origen a las denominadas composiciones voluntarias y las composiciones tarifadas, las primeras consistían en un acuerdo entre las partes para fijar el precio del daño causado, o de la sangre. Éstas tienen un carácter voluntario ya que el autor del daño no estaba obligado a hacer una reparación. Si no había acuerdo se recurría al talión, es decir, que en caso de que alguien hubiese mutilado un miembro a otro y si no hubiera transacción, esto es, composición voluntaria, se le imponía al autor la pena del talión; por su parte las segundas, adquieren un carácter obligatorio y su monto, determinable en riqueza, es fijado por el Estado.

Ya en el modelo de pena talionario antes descrito, se advierte cómo de manera paulatina, el Estado va asumiendo el ejercicio de la aplicación de las sanciones ante las faltas y delitos cometidos, es así como se arriba a lo que se denominó el sistema de pena pública, el cual supone que el Estado desplaza

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Idem.*

totalmente a los particulares en el derecho de impartir justicia, quedándose con la exclusividad de imponer penas.

En el siglo V antes de Cristo y volviendo a la Ley de las XII Tablas, implícitamente se distingue entre la pena pública y la pena privada. Dentro de la pena pública se incluía *los crimina* o ilícitos penales que eran atentados contra el pueblo romano, como el *parricidium*. Los crimina eran perseguibles de oficio y sancionados con la pena capital, o en su caso, el exilio. Pero la misma ley establecía también una distinción que implicaba la existencia del delito privado, de menos gravedad y de persecución a instancia de la víctima o de sus familiares. Estos ilícitos eran castigados con pena pecuniaria a favor de la víctima, siempre dependiendo de la gravedad del mismo; éstos consistían en daños a bienes de terceros. Se aprecia pues, que en el Derecho Romano, en un principio no se desarrolla por completo el sistema por el cual el Estado se queda con la exclusividad de imponer penas; sin embargo, con el paso del tiempo los delitos privados pasan a ser perseguidos por el Estado y sometidos a pena pública, esto durante la época de la República y solo van quedando como delitos privados los hechos de menor gravedad.

En la época del Imperio los tribunales actuaban por delegación del emperador, el procedimiento extraordinario se convirtió en jurisdicción ordinaria en razón de que el ámbito de los crímenes contra la majestad del imperio se fue ampliando cada vez más. Con el desarrollo del período imperial no se trataba ya de tutelar públicamente intereses particulares, sino que todos eran intereses públicos.

Es con Las Siete Partidas de Alfonso “el Sabio” (1256-1265) que queda definitivamente consagrado el carácter público de la actividad represiva, y se establece que la **finalidad de la pena es la expiación**; es decir, la retribución del mal causado como medio de intimidación, para que el hecho no se repita.

En síntesis, esta breve reseña histórica permite establecer que durante la etapa de venganza libre se privilegia a las penas más crueles, su intensidad variaba según la fuerza que tuviera la víctima o sus familiares contra el delincuente. En el caso de la venganza talonaria, si bien comienzan a aparecer regulaciones para las penas, éstas no disminuyen su crueldad. Como se señaló, la Ley de Hammurabi establecía la pena capital para una gran cantidad de delitos graves, y no tan graves. Con respecto a delitos menores se establecían penas que consistían en la mutilación del cuerpo del penado, entre otros castigos. Se advierte pues, cómo las penas carecen de humanidad y tienen un sentido puramente intimidatorio.

En el Derecho Romano, no es sino hasta la etapa Imperial cuando las penas empiezan a reducir su severidad, si bien se sigue manteniendo la pena capital e incluso hasta los siglos XVII y XVIII. Fueron comunes penas tales como: el fuego, la espada, el descuartizamiento, la horca, la muerte por asfixia, el enterramiento del cuerpo vivo, el hierro candente y la flagelación, entre otras.

De esta forma, la evolución del derecho penal pasó de la reacción privada ciega e impulsada por sentimientos de venganza a la aparición del Estado “intermediario” como un progreso significativo hacia la realización de la justicia,

que constituyó la semilla básica en las ideas de la pena pública, que en su desarrollo culminó con la punición como facultad exclusiva del Estado.

Surgen así los sistemas penales contemporáneos desarrollados por la doctrina penal en los últimos siglos. De esta guisa, el cuestionamiento fundamental de la eventual construcción de las diferentes posiciones doctrinales será ¿cuál es el fundamento y fin de la pena?. Antonio Beristain señala que es ésta una cuestión que aunque antigua y trillada, se halla esperando todavía una solución satisfactoria³¹, ello en razón a que las consecuencias jurídicas del delito han constituido y constituyen la preocupación tal vez fundamental de la política criminal moderna.

Como primer antecedente y quizá el más significativo (porque es considerado por muchos el punto de partida del Derecho Penal actual), resultan ser los procesos humanizadores contra el poder reaccionario del Estado. Así, las ideas de la ilustración nacen y se desarrollan en el siglo XVIII, de ahí que Beccaria señalare que toda pena que no se deriva de las absoluta necesidad es tiránica... veis aquí la base sobre la que el soberano tiene fundado su derecho para castigar los delitos: sobre la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; y tanto más justas son la penas, cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad, y mayor la libertad que el soberano proporciona a sus súbditos.³²

³¹ **Beristain, Antonio**, citado por **Marcelo Eduardo Riquert y Eduardo Pablo Jiménez**.- Teoría de la Pena y Derechos Humanos, Nuevas relaciones a partir de la reforma constitucional, Editorial Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 1998. pág. 223

³² **Beccaria**.- Tratado de los delitos y de las Penas, Editorial Porrúa, 16ª. Edición actualizada, tomada de la 14ª. Edición facsimilar, México D.F. 2006. pág. 8

La ilustración puso de manifiesto la crueldad de las penas del Derecho Penal, el cual se basaba, como se indicó en párrafos precedentes, en la utilización masiva de la pena de muerte y las penas corporales, gracias a las aportaciones de las ideas ilustradas. Las legislaciones liberales del siglo XIX atendieron en parte a las voces favorables de los procesos humanizadores, suprimiendo paulatinamente las penas corporales y erigiendo un nuevo centro del sistema punitivo: **la pena de prisión de la libertad,**

El tránsito de la aplicación de las penas de la venganza privada a la punición como facultad exclusiva del Estado, trajo como consecuencia las interrogantes del fundamento y fin de la pena; es decir, el cómo, el por qué en la primera y el para qué se legitima su uso. Como consecuencia de ello, las llamadas teorías de la pena han expresado puntos de vista estrechamente vinculados a las concepciones sobre la legitimidad del *ius puniendi*, lo que supone una visión filosófica del tema en donde el problema será la justificación moral del castigo. De esta forma siendo la pena, y la coacción en general, un elemento esencial del derecho... la justificación moral de la pena es una condición necesaria de la justificación moral del derecho.³³

Así, las distintas respuestas que se han dado en la discusión filosófica es posible reducirla a dos teorías básicas: la concepción retributiva de la pena y la concepción utilitarista de la pena; ésta última alberga a su vez, la teoría de la prevención especial y la teoría de la prevención general.

³³ **Nino, Carlos Santiago.**- Introducción al análisis del derecho, Editorial Astrea, 2ª. Edición ampliada y revisada, 13ª. reimpresión, Buenos Aires, Argentina, 2005. pág. 428.

1.3.2.- La teoría retributiva de la pena.

La teoría de la retribución tuvo origen en Kant y Hegel, esta primera teoría ofreció una fundamentación de la pena pública por su iniciador Kant, también es conocida como “teoría kantiana”, aunado a estas denominaciones de igual forma es llamada “teoría absolutista”.

Para un adecuado examen de esta teoría es preciso conocer, aunque sea de una forma general, sobre el sustento filosófico en que descansan los planteamientos teóricos de Kant.

De este modo, el núcleo de la filosofía kantiana del derecho se encuentra en su *Metafísica de las Costumbres*, es decir, la forma de conocimiento que deriva del intelecto y razón pura, que conlleva el estudio de los principios racionales a *priori* de la conducta humana, en contraposición a un estudio empírico de ella. Así Kant, afirma el origen a priori de todos los conceptos éticos, en ese sentido, si bien cada cosa en la naturaleza actúa según leyes, sólo el hombre, como ser racional, tiene la facultad de obrar, según la representación de esas leyes, esto es por principios. Por otra parte, para derivar las acciones de las leyes se exige razón, resulta que la voluntad no es otra cosa que la razón práctica.³⁴

Además Kant afirma que la razón determina invariablemente a la voluntad, por ello las acciones han de ser tanto objetiva como subjetivamente necesarias, de ello la afirmación de que la voluntad es una facultad de elegir sólo lo bueno, en caso contrario, señala, cuando la voluntad no sigue a la razón, dichas

³⁴ Donna, **Edgardo Alberto**.- Teoría del delito y de la pena tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2001. pág. 42 y ss.

acciones son subjetivamente contingentes, y por eso es una constrictión. En cambio, la representación de un principio objetivo, en tanto que es constrictivo para una voluntad, llámese mandato de la razón, y la formula del mandato llámese imperativo.³⁵

Cabe señalar que uno de los ejes de la construcción filosófico-jurídica de Kant, lo constituyen los imperativos, y en este sentido distingue el imperativo hipotético y el imperativo categórico. Para realizar la distinción entre ambos Kant señala lo siguiente: si la acción es buena sólo como medio para otra cosa, entonces es un imperativo hipotético; pero si la acción es representada como buena en sí, esto es, necesaria en una voluntad conforme en sí con la razón, como un principio de tal voluntad, entonces es el imperativo categórico.³⁶

De lo anterior se arriba a la consideración que deberá de ser tomada en cuenta en la teoría jurídica y especialmente en la fundamentación de la pena, la idea de autonomía de la voluntad, que se concreta en la capacidad del individuo de darse su propia ley y que si no afecta derechos de terceros, debe ser respetada por el Estado.

Sobre ello, Kant diferencia moral de derecho, en este sentido, la voluntad juega un papel importante, pues sólo la voluntad denominada como buena, esto es, aquella voluntad que no se encuentra determinada por impulsos de los sentidos o por el cálculo de las consecuencias de su acción, sino sólo por la necesidad de obedecer el deber, será moral; por tanto, la moral es interna, al

³⁵ **Kant**.- Fundamentación de la metafísica de las costumbres, citado por **Donna, Edgardo Alberto**, op. cit. pág. 43

³⁶ *idem*

tener que actuar el sujeto de acuerdo al deber, por su parte el derecho es externo, ya que no importa el motivo por el cual se obedece.

Dicho de otro modo, mientras la moral es autónoma, pues se constituye a través del único y exclusivo fin de cumplir un deber, y por tanto, es ley en sí misma, al derecho atañe la relación externa y práctica de un ser humano hacia otro, en cuanto que la relación de sus acciones puede tener una influencia recíproca, de ahí que defina al derecho como el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de la libertad.³⁷

Entonces, la idea de coacción, es en sí mismo y natural al derecho, al ser condición o instrumento de la coexistencia de la libertades externas de las personas, de modo que derecho y la posibilidad de constreñir es la misma cosa, surge de lo anterior la separación entre moral y derecho, está sustentada determinadamente en la coacción, bajo la regla fundamental de que toda acción sobre el ámbito interno o de la autonomía, no es posible, en virtud de que la voluntad dirige sus acciones en desarrollar sólo lo bueno. Esta idea parte del reconocimiento expreso en la libertad del hombre, la libertad es el fin al que se ordena el derecho por la razón, y que él cumple coordinando la libertad de los particulares de manera que la de uno no lesione la de otros.³⁸

De ello también que para Kant los derechos innatos se reduzcan a uno: la libertad, en cuanto que coexista con la libertad de los demás según una ley universal, de aquí la justificación en la intervención del Estado en las relaciones

³⁷ *idem*

³⁸ **Donna, Edgardo Alberto.**- op. cit. pág. 53

de los hombres a través del derecho, en cuanto que es una condición necesaria para poder asegurar a los individuos sus esferas de libertad. Para éste filósofo el Estado será aquél que no constriña a los hombres a ser felices a su modo, sino que cada quien pueda buscar su propia felicidad por cualquier vía que le parezca buena, siempre que no impida la libertad de los demás a buscar su propia felicidad, a esto le denomina un auténtico Estado liberal.

Aunado a ello expresa que la esencia del Estado sólo es posible en la unidad de hombres defectuosos según la ley del derecho³⁹, a este derecho le denomina derecho público, y es el que otorga lo que pertenece a cada uno; a este derecho público pertenece el derecho penal. De esta forma, si de los principios generales del derecho surge el deber, también surge la limitación, que se traduce en la libertad de los otros; por lo tanto la ley penal constituye un imperativo categórico, en cuanto la justicia es un valor universal de exigencia absolutamente válida, ya que en toda sanción debe haber justicia.

Este postulado permite identificar que su sustento ideológico se encuentra en concebir al Estado como el guardián de la justicia terrenal, cuya misión frente a los ciudadanos debe limitarse a la protección de la libertad individual, y al hombre como alguien libre, capaz de autodeterminarse.⁴⁰

Para Kant el derecho penal se constituye a través de cinco elementos:

a) es una potestad; b) compete a una parte del poder público, por lo cual la pena jurídica no es una venganza instintiva de la sociedad; c) la potestad debe aplicarse contra un individuo sometido al derecho; d) la potestad punitiva se

³⁹ Kant.- citado por Donna, Edgardo Alberto.- op. cit. pág. 54

⁴⁰ Belfo, Mary.- Teorías de la Pena: la Justificación Imposible.- citado por Marcelo Eduardo Riquert y Eduardo Pablo Jiménez. op. cit. pág. 231

ejerce contra alguien por haber delinquido; y, e) en la pena se infringe un mal al delincuente.⁴¹

Es evidente que bajo este esquema teórico, la pena se traduce en una represalia, como retribución, frente a un hecho identificado como delito. Así desde una visión racional, la represalia es un principio formal, percibido como un principio de igualdad; en este sentido señala Höffe en relación a esa percepción al principio de igualdad, que éste cumple una función similar al fiel de una balanza, es decir, indica el equilibrio entre ambos platillos, con independencia de lo que haya en cada uno de ellos. Con lo cual se exige que la pena no sea ni demasiado leve, ni demasiado rigurosa, teniendo en cuenta la acción injusta.⁴²

De lo señalado se afirma que el aspecto positivo de esta teoría es su interés por una pena justa, bien desde el punto de vista del acontecimiento, bien desde el punto de vista del sujeto que lo cometió, lo que de suyo ha importado, como se indicó en párrafos anteriores el principio de culpabilidad; es decir, sólo se responde por el hecho y en la medida en que el sujeto sea culpable, ello supone un avance conceptual garantista de la pena, en la medida que establece límites al *ius puniendi*, empero, no deja de conectarse intrínsecamente con las ideas del talión y de la venganza.

De este modo, si una persona cometió un homicidio, la consecuencia necesaria a modo de pena será la muerte, ya que no existe compensación alguna que sea lo suficientemente justa, pues no hay igualdad entre crimen y

⁴¹ Donna, Edgardo Alberto.- op. cit. pág. 55

⁴² Höffe.- Kategorische Rechtsprinzipien.- citado por Donna, Edgardo Alberto.- op. cit. pág. 55

pena mas que la muerte del culpable, sin soslayar evidentemente el papel que juega el Estado, quien en este sentido será el único legitimado para imponerla.

Para esta teoría la pena es un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, pensamiento que reconoce como antecedente la ley del tali3n. En consecuencia, la individualizaci3n de la pena depende de la gravedad del hecho realizado y el grado de culpabilidad del autor, enunciándose así un criterio de proporcionalidad entre delito y pena.⁴³

La teorí3a retributiva considera a la pena como una reacci3n por un hecho acontecido y en consecuencia sin una vinculaci3n directa o indirecta del porvenir, pues su fin esencial se encuentra relacionado únicamente con el delito cometido y no va dirigido a hechos futuros. Muestra de ello el ejemplo a que alude Kant, en el sentido de que, si un pueblo que habitara una isla se decidiera a abandonarla y a dispersarse por todo el orbe, el último asesino detenido en una prisi3n debería ser ejecutado antes de esa disoluci3n, a fin de que cada uno reciba su merecido, ya que de otro modo el crimen de homicidio recaerí3a colectivamente sobre el pueblo que descuida el imponer castigo; porque entonces podrí3a ser considerado como participe de esa violaci3n pública de la justicia.⁴⁴

Para Hegel en su teorí3a de la retribuci3n jurí3dica aplicando la dialéctica seña3a que el delito es la negaci3n del derecho y la pena es la negaci3n de la negaci3n, anula el delito invalidándolo y restablece así el derecho, efectúa una

⁴³ **Righi, Esteban.**- op. cit. pág. 21

⁴⁴ **Kant.**- La metafísica de las costumbres.- citado por **Donna, Edgardo Alberto.**- op. cit. pág. 56 y 57

igualdad valorativa entre el delito y pena y sostiene que la superación del delito es el castigo, pues éste es lesión de lesión.

Por su parte, para Carrara la pena es un contenido necesario del derecho, la razón suprema de castigar es la necesidad de proteger el derecho, que éste es soberano de la humanidad. En cuanto al fin de la pena, este es, primariamente, el restablecimiento del orden externo en la sociedad y, en último término, es el bien social⁴⁵. En su entender, el que se haga justicia, el ofendido sea vengado, que el daño sufrido sea reparado, que los ciudadanos se atemoricen, que el delincuente purgue el delito o se enmiende, pueden ser consecuencia necesarias de la pena, incluso deseables pero no su fin. Aún cuando ninguno de estos efectos se constatará, la pena seguiría siendo un acto inobjetable⁴⁶.

Así pues, el retribucionismo parece satisfacer casi todas las convicciones de justicia que por intuición se genera el hombre, bien por un lado excluye la posibilidad de penar a un inocente, exige que sólo se penen las acciones graves, determina que un acto intencional sea más severamente sancionado que uno negligente... Pero, por otro lado, el retribucionismo requiere de nosotros una intuición ética básica que muy pocos compartimos: que la suma de dos males da como resultado un bien.⁴⁷

Surgen entonces las críticas a esta teoría que ahora se exponen de la siguiente forma:

⁴⁵ Carrara, Francesco.- Programma di Diritto Penale.- citado por Marcelo Eduardo Riquert y Eduardo Pablo Jiménez. op. cit. pág. 237

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Nino, Carlos Santiago.- op. cit. pág. 429

Como puede apreciarse, las teorías absolutas en su momento significaron un progreso en la búsqueda para limitar el poder absoluto concentrado en el Estado, ya desde la época romana y que tuvo su mayor firmeza, en la edad media y sus postrimerías, empero, objetivamente realmente no les quitó nada de su crueldad, en tanto que el predominio de la ley talionaria siguió siendo una constante.

Aunado a ello, una de las impugnaciones más importantes tiene que ver con la afirmación de que es irracional fundar el derecho del Estado a imponer penas, en la existencia de una culpabilidad basada en el libre albedrío, pues la libertad de la voluntad del autor no es empíricamente demostrable.

Otra importante crítica deriva de considerar al derecho penal un problema puramente ético en que el sistema de reacción social a través del Estado, juega sobre valores absolutos señalados como principios universalmente válidos, lo que choca con la realidad social; en consecuencia, atenta contra la esencia de un estado democrático de derecho, pues soslaya la dignidad humana, al concebir que la pena sólo consiste en retribuir un mal, ya que por más garantista que se establezca, se vincula necesariamente con las ideas del talión y la venganza como se indicó anteriormente.

Así, la concepción de deber jurídico con independencia de la sanción conduce a una confusión del derecho con la ética, que además sólo faculta a considerar obligado por la norma a quien esté convencido de su valor y de la necesidad de cumplirla, lo que no ocurre con quien considera en principio a los

valores universalmente válidos como relativos, y en segundo, quien tiene una diversa distribución axiológica.

En este sentido señala Welzel que la apreciación del merecimiento de la pena por el quebrantamiento culpable del derecho está sujeta al devenir histórico que corresponde al cambio de estilos valorativos de las diferentes épocas y sin perjuicio de la identidad del principio de medida. Como lo que se mide no son magnitudes del ser, sino relaciones de valor, puede suceder que dentro de una misma época el principio de medida solo proporcione valores límites, sobre los cuales o bajo los cuales la pena sea injustamente severa o benigna.⁴⁸

Además, la idea de Kant de concebir la pena como un mal que permitirá la compensación de la lesión jurídica, no encuentra justificación en sí misma, en virtud de que la pena de ninguna forma borra o elimina el mal causado por el delito cometido, ni formal y menos en forma fáctica, pues en este último aspecto la persona a quien se le condena a sufrir una pena, en mayor medida será un individuo marcado socialmente de por vida, esto es, en realidad al hecho agrega un segundo mal.

En realidad el criterio talionario no permite recuperar el ojo de la víctima quitando el ojo al activo del delito, y en un sistema penal “moderno” tampoco se entiende cual puede ser el criterio comparativo que permita sostener que la pena justa (retributiva) por un secuestro, equivale a una cantidad de años de prisión impuesta al autor del delito.

⁴⁸ **Welzel, Hans.**- Derecho Penal Alemán. Parte General, traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997. pág. 286.

Finalmente, de lo expuesto se conviene en afirmar que, efectivamente, la pena es el mal que se causa al delincuente por parte del Estado, ante la comisión de un delito, y por ello mismo, es un daño que se causa a la persona en distintas esferas como pueden ser de libertad, economía y hasta en el mismo honor; sin embargo, no puede desconocerse que la pena tiene también un fin preventivo, partiendo de la base que la que es impuesta al autor del delito como medio retributivo a su culpabilidad, puede operar con fines preventivos tanto generales como especiales.

1.3.3.- Teorías utilitarias.

En contraste con la anterior exégesis, el utilitarismo aparece como una visión racional y humana de las concepciones que de la pena se tenían, de este modo induce a no dejarse llevar por ánimos de venganza y por un desmedido resentimiento ante la frustración e impotencia de no poder remediar el mal ocurrido, lo que en sí mismo agrava los infortunios humanos.

Así las teorías utilitaristas de la concepción de la pena pretenden dar un vuelco hacia una visión de futuro, buscando, -al menos así se representa-, reducir a una mínima expresión el sufrimiento. En ese sentido, para la concepción moral utilitarista la pena no se justifica moralmente por el hecho de que quien la recibe haya hecho algo malo en el pasado (eso ya no se puede evitar), sino para promover la felicidad en general, haciendo que mediante las distintas funciones de la pena (desanimar a otros y al propio penado a volver a delinquir, incapacitar físicamente a éste para hacerlo, reeducarlo, etc.), en el

futuro se cometan menos delitos, lo que constituye un beneficio social que puede compensar el sufrimiento de la pena.⁴⁹

En esta aproximación, la pena tiene su justificación bajo tres aspectos fundamentales: a) ella es un medio eficaz para evitar la ocurrencia de ciertos males sociales; b) ella es un medio necesario, en el sentido de que no hay otra menos perjudicial para evitar esos males; y c) el perjuicio que ella acarrea para su destinatario... es menor que los perjuicios que la sociedad sufriría si la pena no se aplicara.⁵⁰

En esta tesitura, la teoría utilitarista de la pena se divide en dos: la primera denominada teoría de la prevención general y la segunda, titulada teoría de la prevención especial, mismas que ahora se exponen.

1.3.3.1.- Teoría de la Prevención General

La teoría de la prevención general señala, que la característica fundamental de la pena es inhibir o disuadir a los sujetos socialmente agrupados, en la realización de conductas negativas señaladas en ordenamientos normativos; es decir, genera una advertencia social instando a que no se cometan acciones delictivas, así al procurar evitar la comisión de delitos se refuerza la idea de un derecho punitivo dirigido a la protección de bienes jurídicos, más que la represión de la lesión de esos mismos bienes.

Uno de los principales expositores de esta teoría es Von Feuerbach, en lo que denominó “teoría de la coacción psicológica”. Al respecto, concibe al Estado

⁴⁹ Nino, Carlos Santiago.- op. cit. pág. 428

⁵⁰ *Idem.*

como una sociedad civil organizada por el derecho, mediante el sometimiento a una voluntad común, por lo que el principal objetivo de éste, es el establecimiento de condiciones jurídicas necesarias para la existencia conjunta de los hombres, de ahí que toda forma de lesión jurídica (llámese por ejemplo delito), necesariamente contraviene el objetivo del Estado; es por ello que deba tener el derecho y el deber de crear instituciones por las cuales se impidan las lesiones jurídicas, y es en este aspecto es donde encuentra su legitimidad.

Por ello, sostiene que las instituciones jurídicas deben ineludiblemente estar dotadas de coacción física, este tipo de coacción busca terminar con la lesión al orden jurídico en dos aspectos: el primero, con anterioridad cuando impide una lesión aún no acontecida, y el segundo, doblegando en forma física al detractor de la norma jurídica posterior a la comisión de la infracción mediante la reparación o reposición.

Pero la coacción física resulta insuficiente para una real protección de los derechos tutelados por las instituciones jurídicas, de ahí que sea necesaria la coacción psicológica, de modo que exista una prevención general anterior al delito, ya que las causas que llevan a una persona a delinquir se encuentran precisamente en este plano. Así señala que todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa que a su hecho

ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho.⁵¹

De ahí que la pena tenga un doble objetivo, el de una conminación a modo de intimidación de todos los integrantes de la sociedad, quienes en alguna medida pueden ser protagonistas de futuras lesiones jurídicas, y en otros términos, lo tenga como la aplicación efectiva de la sanción legal, pues de lo contrario, aquella conminación quedaría vacía, por lo que actuando hacia el pasado, opera hacia el futuro.⁵²

Ahora bien, las principales críticas a esta concepción de la pena consisten en principio, en considerar que el simple aumento de las penas, tanto como sea necesario, para que la amenaza surta sus efectos contra motivantes sería el camino a seguir para controlar y hasta abatir un aumento o proliferación de conductas delictuosas, y consecuentemente, los índices de criminalidad; ello además de ser peligroso y extremista, se considera incorrecto, pues dejaría al ciudadano expuesto a un posible terror estatal. Verbigracia, si este criterio fuera el oportuno a seguir, y se abordara en caso extremo, se podría señalar a fin de abatir la comisión de delitos que el legislador estableciera para todos ellos la pena de cadena perpetua o de muerte, y con ello, se tendría una sociedad sin delitos, lo que evidentemente no ocurre.

Si de alguna cosa estamos sobrados es de estadísticas sobre el movimiento delictivo con y sin pena de muerte. Y ninguna de ellas deja de poner

⁵¹ **Feuerbach, Paul J. Von.**- Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania.- citado por **Donna, Edgardo Alberto.**- op. cit. pág. 68

⁵² **Antolisei, Francesco.**- Manual de Derecho Penal. Parte General, Editorial Themis, 8ª. Edición corregida y actualizada, Bogotá, Colombia, 1988. pág. 496

de manifiesto que la pena de muerte para nada influye en la prevención general.⁵³

En efecto, hoy en día en un sin número de ocasiones la aproximación al delito por el sujeto activo que cometerá la infracción se encuentra lejos de actuar con racionalidad o reflexión previa, que le permitiera realizar valoraciones relativas a la intimidación que de la norma se supondría, y peor aun, en caso de que se diera, la reflexión permea entre lo que gana y lo que pierde el delincuente con la comisión de conductas antisociales. El factor preponderante no es la gravedad de la pena con que se le amenaza, sino la posibilidad o riesgo de ser atrapado en el evento o como consecuencia de él. En otras palabras, el delincuente no reflexiona sobre si la conducta tiene tal o cual pena, de hecho en la mayor de las veces ni siquiera conoce el contenido de la norma, sino en todo caso, lo que piensa y reflexiona el sujeto antisocial es que no sea descubierto o atrapado.

De ello deriva la importancia en la certeza y prontitud de la aplicación de la pena y la ineficacia de los órganos policiales como aspectos desequilibrantes del orden social y de las instituciones del Estado.

Otro ámbito en el que encuentra severas críticas y dificultades, es en el relativo a la individualización de las penas, pues no es posible determinar cuál es el monto de pena necesario imponer a un condenado, para lograr el efecto intimidatorio en el resto de la sociedad, lo que además implica una crítica sustancial, que en su origen señaló Kant, en el sentido de que cuando se

⁵³ Gimbernart Ordeig, Enrique.- Estudios de Derecho Penal.- citado por Marcelo Eduardo Riquert y Eduardo Pablo Jiménez. op. cit. pág. 245

impone una pena a un individuo, no se le castiga en razón del hecho cometido, sino en todo caso, en función de posible comportamientos futuros que supone otros hombres puedan realizar. Es decir, utiliza a los seres humanos como instrumentos para prevenir las intenciones de otros, ello conlleva, la irracionalidad en el uso de los medios de control social, y por tanto, se deslegitima el uso del derecho penal y de las penas.

1.3.3.2.- Teoría de la Prevención especial.

Para la teoría de la prevención especial el objetivo que se persigue es que el sujeto que de delinquir y sufrió la pena no vuelva a cometer delitos, así la pena actúa sobre el delincuente en concreto, individual, procurando su corrección o enmienda, para que en lo sucesivo no recaiga en la comisión de hechos delictuosos.

La prevención especial se puede concretar en dos vías distintas, así se habla de prevención especial positiva y prevención especial negativa. La primera, se materializa mediante un tratamiento resocializante procurando remover la predisposición psíquica que orilla al individuo a delinquir; y la segunda, por la coacción física, es decir, encarcelamiento, que impedirá que el sujeto cometa nuevos delitos.

En consecuencia, la base del sistema no es en esta teoría el acto de desobediencia a la norma, sino la asocialidad del autor, de ahí que Franz Von Liszt, principal exponente de tal estructura ideológica, clasificara a los delincuentes en tres tipos, a) los sujetos con capacidad de ser corregidos, b) los

susceptibles de ser intimidados, y c) los sujetos que necesitan ser neutralizados o inocuizados.⁵⁴

El primer grupo está compuesto por sujetos que han delinquido ocasionalmente; en éstos, el peligro de repetición de acciones delictivas es mínimo y, como consecuencia, la idea de corrección carece de sentido, se señala para estos casos, una sanción privativa de la libertad mínima, incluso sustituible por sanciones de carácter económico.

El segundo de ellos, está integrado por aquellos sujetos que precisan corrección, en esta clasificación entran también los delincuentes habituales que por predisposiciones heredadas -por ejemplo, quienes han sido criados y desarrollados en hogares donde las figuras paternas han propiciado el hábito delictivo como forma de vida-, o adquiridas –influenciados por actividades delincuenciales externas al núcleo familiar, pero igualmente envolventes por factores sociales diversos, a modo de ejemplo se incluirían los denominados delincuentes de “barrio” o también, los “imitadores” de fenómenos delictivos de impacto social mediáticos.

La característica fundamental es que son sujetos que tienen esperanzas de volver a la sociedad, para ellos Von List considera que una seria y duradera disciplina a través del encarcelamiento es una medida de solución, para ellos dispone de penas medianamente altas, con opción según su evolución de introyección de normas y valores, de ser excarcelados y sujetos de vigilancia por otro tiempo igual al que estuvieron en reclusión.

⁵⁴Donna, Edgardo Alberto.- op. cit. pág. 63 y ss.

El tercer grupo señalado por Liszt, es el relativo a los sujetos neutralizados o inocuizados, esto es, los delincuentes que se consideran irrecuperables, en ellos entran los denominados reincidentes o habituales. Para ellos, el autor citado dispone de medidas extremas, pues afirma, la idea de corregirlos carece simplemente de sentido, por eso deben ser privados de la libertad de por vida, con explotación de la fuerza de trabajo y en donde la pena corporal sería casi inevitable.

De lo anterior se advierte que para los seguidores de la teoría de la prevención especial, el criterio diferenciador para aplicar una pena descansa en el pronóstico de una conducta futura y no al hecho cometido, quedando así asociada la intensidad de la reacción a la peligrosidad del autor.⁵⁵

Así, esta teoría entendió la pena como un instrumento de motivación de base coactiva, es decir, la amenaza de la imposición de la pena ante la comisión de una conducta delictiva, con la diferencia del postulado preventivo general, que dicha amenaza es dirigida al propio autor del delito, a quien se anuncia que si reincide sufrirá nuevamente la pena, incluso en mayor proporción.

La pena es protección de bienes jurídicos, es coacción dirigida contra la voluntad del delincuente deteriorando o directamente destruyendo bienes jurídicos del autor del hecho delictuoso.⁵⁶

Para la moderna concepción preventivo especial positiva a que se hizo alusión en párrafos precedentes, con la imposición de la pena se procura evitar la reincidencia y se intenta remediar las causas que llevaron al autor a cometer

⁵⁵ **Righi, Esteban.**- op. cit. pág. 27

⁵⁶ **Donna, Edgardo Alberto.**- op. cit. pág. 63

el acto antisocial, a quien se procura adaptar o readaptar utilizando para ello tratamientos que toman como eje central de su medida, los principios de resocialización.

Esto es, la finalidad de la pena será reinsertar en la sociedad o reeducar al individuo delincuente, sin perder de vista que hay casos en que la resocialización no será posible, para lo cual se hará uso de la prevención general negativa, es decir, de la inculcación, ya citada.

Los seguidores de esta teoría concluyen en los beneficios político criminales, vinculados esencialmente con la humanización de los programas de ejecución de las penas privativas de la libertad que resultaron atractivas en el ámbito de la criminología, pues sustituyeron la expiación y la represión penal, por prevención y reinserción social, basada en el respeto y defensa de los derechos del hombre.

Sin embargo, aunque aparentemente en su marco teórico conceptual se albergan esperanzas de contar con un sistema de reacción social, en el ámbito penal más justo, esta concepción teórica no escapó a la crítica sistémica de sus postulados.

De esta guisa, los principales puntos contra-argumentativos sobre esta teoría consisten en señalar que si bien el ideal de corrección explica el fin que persigue la pena, lo cierto es que no contiene ninguna justificación del *ius puniendi*; cobra especial relevancia este punto, en virtud de que la teoría de la prevención especial no ofrece ningún parámetro para su extensión.

Esto es, si los programas de resocialización del delincuente constituyen la base teórica del sistema, entonces en aras de su cumplimiento el Estado podría prolongar la pena el tiempo que sea necesario hasta lograr que el delincuente haya quedado resocializado; esta consideración trae como consecuencia diversos problemas a considerar:

1) Se cuestionaría el contenido punitivo de los tipos penales, ya que a nada práctico conduciría señalar la pena a aplicar para tal o cual conducta antisocial descrita en la norma penal, si finalmente el criterio para la ejecución de la medida represiva, es directamente proporcional a la eficacia resocializadora impuesta por el Estado.

2) Si se otorga al Estado facultades extralimitadas para mantener en prisión a una persona hasta que se considere resocializado, ello abre la puerta a la eliminación sistemática como política de Estado de los llamados “enemigos ideológicos del sistema”, pues podría mantenerlos en prisión tanto tiempo como dure la gestión gubernamental del grupo que concentra el poder en el momento.

Estos cuestionamientos no resultan gratuitos, si se toma en consideración que el adoptar a plenitud la vertiente ideológica de la prevención especial, puede llevar a la sociedad a transitar sobre el peligroso camino del autoritarismo estatal, y a soslayar el principio de *nulla poena sine lege certa*, (no hay pena sin ley que estrictamente la determine), el cual se pretende efectuar en un Estado democrático de derecho.

Otro aspecto importante a señalar, es el relativo al cuestionamiento del derecho que tiene el Estado de someter a tratamiento contra su voluntad a una

persona, ya que puede traducirse en manipulación de la personalidad del individuo para obligarla a dejar de hacer lo que quiere. La consideración señalada se hace más evidente cuando se cuestiona el respeto a la dignidad humana, misma que se ve lesionada cuando al sujeto se le somete por el Estado a un tratamiento de educación obligatoria, a una reeducación, reemplazo o reformulación de sus valores éticos, morales y culturales.

Lo cierto es que el análisis de la realidad, la cual constituye un hecho notorio, permite evidenciar que los establecimientos carcelarios de este país y en suma a nivel mundial, carecen en su mayoría de verdadero respeto por la dignidad humana, de ahí que generalmente se afirma que no es posible readaptar a nadie, ni a un sólo recluso en recintos lóbregos donde no se puede educar para la libertad. Ni se puede privar de la libertad haciendo del preso parte del encofrado de la prisión o poco menos. Es un ser humano y los seres humanos tienen inmanentes derechos que hay que respetar⁵⁷.

Aunado a los anteriores existen objeciones a la misma, desde el punto de vista procesal, pues de adoptar esta teoría, durante el proceso penal ya no se tendría que comprobar los hechos del pasado cometido y la culpabilidad del autor, sino en todo caso, inferir el futuro conductual de la persona, lo que resulta evidentemente complejo, lo que acentuaría al máximo el perfil inquisitivo del procedimiento penal.

Finalmente, la confirmación de consecuencias positivas de prevención especial, exige evidencias de que el tratamiento de resocialización ha sido eficaz con resultados verdaderamente convincentes, lo que nunca ha podido

⁵⁷ Neuman, Elias.- Prisión Abierta, citado por Donna, Edgardo Alberto.- op. cit. pág. 260

comprobarse ni siquiera en países desarrollados que ha llevado a cabo programas penitenciarios más estructurados.

1.3.4 Teoría mixtas. (*teorías unificadoras o de la unión*)

La polémica desarrollada entre las tradicionales teorías absolutas y relativas de la pena, no sólo dejó claro que existe concebido más de un fin de la pena, sino que además evidenció que ninguna de esas concepciones agota el fundamento para su aplicación.

Surgen así nuevas teorías que buscan articular soluciones entre los diversos puntos de vista unidimensionales sobre el desarrollo de la pena, estas consideraciones orientaron a la doctrina penal en la búsqueda de criterios pluridimensionales agrupados bajo la denominación de las teorías mixtas o teorías de la unión.

Éstas buscan de alguna manera un punto de síntesis o unión entre las posiciones doctrinales absolutas (retributivas) y las utilitarias o relativas (prevención general negativa y prevención especial), por lo que constituyen una posición preponderante en la actualidad. Un criterio generalizado en la doctrina contemporánea señala que estas teorías toman su fundamento de las absolutas tratando de cubrir las fallas con las relativas, de ahí el lema de la jurisprudencia alemana “prevención general mediante retribución justa”.

Para Fontan Balestra, desde el punto de vista ontológico, la pena tiene naturaleza retributiva, lo que no obsta que tenga distintas funciones según las etapas por la que se atraviesa: mientras que está en la ley (fase legal) es

prevención general (coacción psíquica o psicológica); al ser aplicada por el juez (fase judicial) es compensación jurídica (al restablecerse el orden jurídico, modalidad de retribución en definitiva) y también castigo (entendido no como un mal, sino como un llamado a la reflexión para que el hecho no se repita); finalmente, al cumplirse (fase ejecutiva), es prevención especial (enmienda o reeducación).⁵⁸

El análisis de las teorías mixtas o unificadoras permiten identificar dos escenarios principales de desarrollo doctrinal: 1) La teoría unificadora preventiva o también conocida como teoría dialéctica de la unión, y 2) La teoría de la prevención general positiva o teoría sistémica integración-prevención, de las cuales se aborda su desarrollo.

1) Teoría unificadora preventiva o dialéctica de la unión.

La teoría unificadora preventiva, a la cual desde este momento se denominará teoría dialéctica de la unión, es desarrollada fundamentalmente por el profesor alemán Claus Roxin; así, el enfoque dialéctico de la teoría de la unión se basa en tres pautas que establecen el juego de relaciones y jerarquías existentes entre los fines de la pena.

1) La finalidad de la pena sólo puede ser de tipo preventivo general y especial, simultáneamente. Así pues, la pena concretamente establecida debe adecuarse a ambos criterios objetivos, con la mayor efectividad como sea posible, tomando en consideración que no hay socialización coactiva, sino que debe mediar la colaboración del condenado. En caso de que no existiese esa

⁵⁸ **Fontan Balestra, Carlos.**- Tratado de Derecho Penal, Tomo III. Parte General, Editorial Abeledo-Perrot, Bs. As. 2ª. Edición, corregida y actualizada, Buenos Aires, Argentina, 1995. pág. 247 y ss.

colaboración, la pena igualmente se justifica por la prevención general, pero en la determinación de ella, jerárquicamente debe primar el criterio de prevención especial, aunque sólo hasta el punto en el que la reducción eventual por su aplicación (prevención especial) no traiga como consecuencia que la sanción no sea tomada en serio por la población, afectando la prevención general, lo que se traduciría en la falta de confianza en la ley y la proliferación de las mismas conductas antisociales por un efecto “imitación”.

2) En la teoría de la unión la retribución no es una finalidad que deba de ser tomada en cuenta.

3) Solamente un elemento de la retribución debe ser incorporado y es el relativo a la culpabilidad, como medio de limitación de la pena a mecanismo de reacción penal estatal (*ius puniendi*).

Supera así un problema crítico de la prevención y se limita la injerencia del Estado frente al interés individual: una pena que supera la medida de la culpabilidad lesiona la dignidad del hombre, mientras que el supuesto inverso, es decir, que la pena no alcance la medida de la culpabilidad, no ofrece mayores problemas en tanto que el fin de la prevención no se ha vulnerado.

Se destaca que un fin preventivo, cual es la estabilización de la conciencia jurídico penal requiere la sensación de que la pena es justa, pues la misma exige que nadie sea castigado más duramente de lo que merece, y sólo es merecida una pena acorde a la culpabilidad⁵⁹.

Es en este punto donde la teoría dialéctica de la unión recibe la mayor de sus críticas, pues si bien es cierto, como se sostiene en la segunda de sus

⁵⁹ **Roxin, Claus.**- Derecho Penal Parte General, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid España, 1997. pág. 100.

pautas, la retribución no es una finalidad que deba de ser tomada en cuenta en la pena, elemento que es negado en su formulación teórica, también lo es que en ella, se advierte una moderna articulación entre una exigencia de justicia, lo que de suyo acarrea un ideal retributivo, y una finalidad propia de la teoría de la prevención general positiva, como estabilizar la conciencia jurídico penal; luego entonces, si la pena nunca debe superar la de la culpabilidad, parece difícil disociar ese “sentimiento” de la influencia de la teoría retributiva.

2) Teoría de la prevención general positiva o sistémica integración-prevención.

La teoría sistémica integración-prevención, ha encontrado en Günter Jakobs, a su principal expositor, en ella se advierte una nueva manera de fundamentar el sistema penal. Este nuevo enfoque utiliza la concepción de Niklas Luhmann del derecho como instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas⁶⁰.

Para el concepto de Luhmann el centro de atención, en particular, se basa en la confianza institucional, esto es, la integración social de los sistemas complejos sustituye a los mecanismos espontáneos de confianza recíproca entre los individuos, existentes en una comunidad de organización elemental.

Considera la congruencia entre relaciones simples de confianza recíproca y derecho, como una característica de sistemas sociales elementales y formas jurídicas rudimentarias. En sistemas complejos y en formas diferenciadas del derecho, tal congruencia no se presenta, por ello, el ordenamiento jurídico, con

⁶⁰ **Baratta, Alessandro.**- Integración-prevención: Una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, en Revista Doctrina Penal, año 8. n°. 29, 1985, Buenos Aires, Argentina, pág. 9-26.

sus normas abstractas y sus relaciones despersonalizadas, reemplaza la confianza personal por el institucional.⁶¹

La teoría sistémica traslada la teoría del individuo al sistema mismo el centro de la subjetividad del sistema social y con ello atribuye mucho más valor, para la estabilidad del sistema social, a la producción de consenso y a sus equivalentes funcionales que al principio crítico de la valoración ética y política tanto individual como colectiva. De allí se deriva que la violación de la norma es socialmente disfuncional, pero no tanto porque resultan lesionados determinados intereses o bienes jurídicos, sino por cuanto es puesta en discusión la norma misma como orientación de la acción y, en consecuencia, es afectada la confianza institucional de los coasociados.⁶²

Desde esta perspectiva sistémica, pues, la reacción punitiva (pena) tendrá como función principal la de restablecer la confianza y reparar o prevenir los efectos negativos que la violación de la norma produce para la estabilidad del sistema y la integración social. Cuando esos efectos relacionados a la estabilidad del sistema son intolerables, interviene la reacción punitiva del Estado. La pena, afirma Jakobs, no constituye retribución de un mal con un mal, no es disuasión, es decir, prevención negativa. Su función primaria es, en cambio, la prevención positiva. La pena es prevención integración en el sentido que su función primaria es "ejercitar" el reconocimiento de la norma y la fidelidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad.⁶³

⁶¹ **Luhmann, Niklas.**- Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie Sozialer Systeme, citado por Baratta Alessandro. op. cit. 9-26

⁶² Idem.

⁶³ **Günter, Jakobs.**- Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, citado por Baratta Alessandro. op. cit. 9-26

El delito es una amenaza a la integridad y la estabilidad sociales, en cuanto constituye la expresión simbólica de una falta de fidelidad al derecho. Esta expresión simbólica hace estremecer la confianza institucional y la pena es, a su vez, una expresión simbólica opuesta a la representada por el delito. Como instrumento de prevención positiva, ella tiende a restablecer la confianza y a consolidar la fidelidad al ordenamiento jurídico, en primer lugar en relación con terceros y, posiblemente, también respecto del autor de la violación.⁶⁴

Para la teoría en análisis, la prevención especial, es decir, la reeducación del autor de la violación, no es, pues, la función principal, sino apenas un efecto posible y esperable, producido por la pena. Lo que importa en la valoración negativa del comportamiento delictivo y en la adscripción de responsabilidad penal a un individuo, no es tanto la producción consciente y voluntaria de un hecho lesivo de bienes o intereses dignos de tutela, sino el grado de intolerabilidad funcional hacia la expresión simbólica de infidelidad en relación con los valores consagrados por el ordenamiento positivo.⁶⁵

Así, en torno a esta teoría, Esteban Righi sugiere los siguientes cuestionamientos:

- a) ¿cuál es el valor que el derecho protege?
- b) ¿en qué consiste el disvalor que expresa el delito?⁶⁶

Para Jakobs, lo valioso es la estabilidad del sistema y por consiguiente la búsqueda del consenso, aunado a ello, considera que el delito es disfuncional,

⁶⁴ idem

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ **Righi, Esteban.**- op. cit. pág. 43

porque afecta la confianza institucional de los miembros de la comunidad y pone en entredicho la función orientadora de la norma.

De ahí que siendo el delito la expresión simbólica de la falta de fidelidad al derecho, cuyo disvalor consiste en colocar en estado de riesgo la confianza institucional; la pena, por su parte, resulta ser la expresión simbólica opuesta, cuyos fines son dirigidos a la restablecer la confianza institucional, y prevenir el efecto del delito, otorgando estabilidad al sistema y a la integración social.

Lo expuesto evidencia una nueva formulación justificativa de esta teoría, la cual se aparta del modelo tradicional que concebía al delito como un acto que lesionaba “bienes jurídicos”; a diferencia, el juicio de disvalor del injusto, se encuentra directamente dirigido en la lesión de la pretendida confianza institucional.

Pero esta concepción teórico-funcional no escapa a la crítica y en ese sentido, Ferrajoli considera que la denominada doctrina de la prevención general positiva o prevención-integración, no ofrece contenidos realmente novedosos; es decir, el fundamento de su concepción tiene su origen ideológico en la denominadas “teorías expresivas de la pena”, que surgieron en la primera mitad del siglo XX, así como en el “utilitarismo penal” de la segunda mitad del mismo siglo, que básicamente, se basaban en el valor que socialmente se atribuye a los factores irracionales de la indignación y del odio provocado por el delito y satisfechos por la pena.

Por otra parte, desde un plano sociológico nada aporta a la concepción de la “teoría de la desviación” de Émile Durkheim, que había concebido en términos

semejantes la pena como un factor de estabilización social destinado sobre todo a actuar sobre las personas honestas, reafirmando sus sentimientos colectivos y cohesionando la solidaridad sobre los desviados. A diferencia de la teoría de Durkheim quien no pretendió dar una justificación, sino sólo una explicación de la pena, esta teoría es una ideología de legitimación apriorística tanto del derecho penal como de la pena.⁶⁷

Aunado a ello, Baratta señala una serie de reflexiones a modo de crítica sobre los contenidos doctrinales de la teoría de la integración-prevención de los cuales conviene señalar solamente algunos de ellos dado lo extenso y complejo de sus afirmaciones, y que en definitiva, excedería los límites propuestos para este trabajo.

Así, establece las siguientes consideraciones: 1) La importancia atribuida a la pena dentro de la teoría sistémica del derecho parece estar equiparada a la del derecho mismo, Resulta claro que en dicha teoría el derecho es un subsistema indispensable para la estabilización de sistemas sociales complejos. Pero cuando del derecho se pasa a la pena, aparecen dificultades para atribuir a esta última la misma consistencia sistémica que corresponde al primero.

2) La existencia de una deficiencia en la aplicación de la teoría sistémica respecto de su propio alcance, esto es, el hecho de que los conflictos en sociedades complejas se manifiestan en lugares del sistema diversos de aquel en el cual se han producido. La teoría expresiva parece reducir la respuesta

⁶⁷ **Ferrajoli, Luigi.**- Derecho y Razón, teoría del garantismo penal. Editorial Trotta 4ª. Edición, Madrid, España, 2000. pág. 275.- En el mismo sentido se expresa Alessandro Baratta, sobre las consideraciones vertidas en relación a la vinculación y aportación de la teoría integración-prevención con la teoría de la desviación de Durkheim, en Integración-prevención: Una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, Revista Doctrina Penal, año 8. nº. 29, 1985, Buenos Aires, Argentina

penal, necesariamente, a una reacción sintomatológica a los conflictos, que se realiza exclusivamente en el lugar donde ellos se manifiestan, y no en aquel donde se producen.

3) Toma en consideración sólo los eventuales efectos positivos que el ejercicio de la función penal puede obrar para la integración social y el restablecimiento de la confianza institucional. Es decir, omite tomar en cuenta los efectos del sistema penal que puedan compensar negativamente sus pretendidos resultados positivos. Desconoce todos los argumentos y observaciones que ponen en evidencia el hecho de que el sistema penal produce altos costos sociales, y gravísimos efectos sobre la integración social y la confianza en las instituciones.⁶⁸

4) La sustitución del principio de resocialización por el de la prevención general positiva. Establece que la crisis de la ideología reeducativa ha sido, también y sobre todo, el síntoma de la inadecuación del instrumento penal para la satisfacción de una exigencia social y política que podría guiar la intervención institucional en relación con los problemas y conflictos de desviación.

La reinserción social del desviado, en cuanto idea orientadora de las intervenciones institucionales, podría ser realizada bajo dos condiciones. En principio, consiste en que sea definitivamente abandonada la ilusión de poder "reeducar" en el interior del sistema penal, esto es, señala una insalvable y gran dificultad el introyectar al desviado normas y valores, en instituciones como la cárcel, el principio de la pena resocializante, asume el carácter de premisa imposible. La segunda condición es que el concepto de "reinserción social" sea

⁶⁸ **Baratta, Alessandro.**- op. cit. pág. 9 y ss.

reinterpretado en el marco más amplio de los principios constitucionales que inspiran el estado social de derecho y, en particular, del principio dinámico de igualdad y del principio de la dignidad del hombre.

Estos dos principios postulan la eliminación de las condiciones que impiden la realización de una efectiva igualdad de oportunidades entre los individuos y de la dignidad de cada uno. En este sentido, "reinserción" no significa manipular al individuo con base en una escala de valores autoritariamente impuesta, sino, en todo caso, reorganización y reintegración social del mismo ambiente en el cual se han producido graves conflictos de desviación.

Conviene en afirmar que mediante una reinterpretación del principio de "reinserción" como se ha señalado, el objeto del tratamiento (penal o pospenitenciario) se transforma en sujeto de derechos sociales.

De otra forma, tratar de mantener la ideología reeducativa como una simple actitud defensiva, origina un desafortunado proceso de involución del derecho penal hacia posiciones meramente represivas o retribucionistas, en vez de afrontar seriamente el problema de la transformación radical del sistema penal y de la creación de respuestas institucionales alternativas para los conflictos de desviación. Por lo anterior, indica, debe tomarse con recelo una teoría que parece dejar sin contenido el núcleo humanístico y emancipador que estaba en la base de la utopía de la "reinserción".⁶⁹

5) Se parte de la necesidad de comprobar una distinción óptima entre **latencia y visibilidad** de los conflictos de desviación, con base en el punto de vista de los intereses de la estabilización de un determinado sistema social, es

⁶⁹ idem

decir, que lo que pone en peligro la confianza institucional no son las violaciones latentes de la norma, sino las graves y manifiestas. Es, pues, un determinado nivel de visibilidad social de la desviación, de alarma social, y no la cifra oscura de la delincuencia, lo que provoca una respuesta penal basada en la teoría de la prevención-integración.

Por tanto, legitima el principio de selectividad del sistema y los procesos de inmunización de la respuesta penal, que dependen estrechamente del grado de visibilidad social de la criminalidad en una determinada sociedad. Desde esa perspectiva, para Jakobs, al menos implícitamente, sólo las violaciones conocidas ponen en peligro la validez, es decir, el reconocimiento, de la norma violada y por tanto requieren la aplicación de la pena.⁷⁰

Si se toma en consideración la importancia que los estudios y la atención política han concedido al problema de la cifra oscura de la criminalidad en el ámbito de la criminología crítica, resulta demostrado el vínculo funcional existente entre la selectividad del sistema penal en el reclutamiento de su clientela y la reproducción de las relaciones sociales de desigualdad.

Así tomando en cuenta la teoría de Foucault sobre la función ejercida por el reclutamiento y manipulación de una pequeña "población criminal" como parte de un número muchas veces mayor de violadores de normas, para ocultar e inmunizar la mayor parte de los ilegalismos en una sociedad⁷¹, resulta fácil entender cuán atrasada es la posición político-criminal de Jakobs en

⁷⁰ **Jakobs, Günter.**- citado por Alessandro Baratta, op. cit. pág. 9-26

⁷¹ **Foucault, Michel.**- Surveiller et punir. Naissance de la prison.- citado por Alessandro Baratta. op. cit. pág. 9-26

comparación con las tendencias críticas y progresistas hoy existentes en la sociología jurídico-penal.

La posición de Jakobs no permite identificar como problema político la desigualdad en la distribución del "bien negativo" criminalidad, en perjuicio de los grupos de la población más débiles socialmente, y la exigencia de una compensación a esa desigualdad. Tampoco permite, ni siquiera, abordar el hecho de que la invisibilidad y la consiguiente inmunidad de las infracciones a las normas, resultan funcionales a la estabilización de posiciones de privilegio social y pueden ser fácilmente manipuladas en beneficio de ellas, mediante una sabia estrategia de sensibilización de la opinión pública y de inducción de alarma social.

Esta legitimación tecnocrática del funcionamiento desigual del sistema punitivo resulta, por lo demás, coherente con la concepción del individuo en cuanto responsable de la violación visible, en la cual, como se ha visto, él no es entendido como sujeto autónomo, moralmente responsable de sus propios actos, sino apenas como un subsistema sicofísico, convertido en centro de adscripción de responsabilidad sólo con base en una "capacidad" que le es atribuida conforme a criterios puramente normativos y funcionales. El sujeto queda transformado, pues, en portador de una respuesta penal simbólica, de una función preventiva e integradora, que se realiza "a su costa" según la expresión de Jakobs, mientras permanece excluida su condición de destinatario y fin de una política de auténtica reintegración social.⁷²

⁷² Baratta, Alessandro.- op. cit. pág. 9-26

6) Como consecuencia de lo anterior al reducir al individuo a subsistema físico-psíquico, funcionalmente subordinado a las exigencias del sistema social general, dicha doctrina se acompaña inevitablemente de modelo de derecho penal máximo e ilimitado, programáticamente indiferentes a la tutela de los derechos de la persona.⁷³



⁷³ Ferrajoli, Luigi.- op. cit. pág. 275

CAPITULO II

CONSIDERACIONES RELATIVAS A LA JURISPRUDENCIA 1/2006 DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

2.1.- Antecedentes jurisprudenciales de la tesis 1/2006 sustentada por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación- base del debate-

En febrero de dos mil seis, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicó a través del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, la jurisprudencia 1/2006, bajo el rubro **“PRISIÓN VITALICIA. NO CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”**, misma que fue resultado del procedimiento de modificación de jurisprudencia 2/2005-PL, solicitado por los Ministros de ese Alto Tribunal Mariano Azuela Güitrón (Presidente), Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Sergio A. Valls Hernández, respecto de las jurisprudencias P./J. 127/2001 y P./J. 125/2001, de rubros **“PRISIÓN VITALICIA. CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL”** y **“EXTRADICIÓN.**

LA PENA DE PRISIÓN VITALICIA CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA PROHIBIDA POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE PARA QUE SE TRAMITE AQUÉLLA, EL ESTADO SOLICITANTE DEBE COMPROMETERSE A NO APLICARLA O A IMPONER UNA MENOR QUE FIJE SU LEGISLACIÓN”, ambas sustentadas por el citado Tribunal Constitucional.

Tal determinación, trajo como consecuencia que se levantaran voces en los diversos ámbitos de la vida nacional, desde académicos del Derecho hasta los medios de comunicación, en diversas direcciones, unos a favor y otros en contra, de sus consideraciones.

Pero la jurisprudencia 1/2006, no es sino la resultante de una serie de debates jurisprudenciales dados en el seno de la Corte en los últimos años, del cual su primer antecedente se remonta concretamente al dos de octubre de dos mil uno, cuando el Tribunal Constitucional funcionando en Pleno, resolvió la contradicción de tesis 11/2001-PL, suscitada entre los criterios sustentados por el Primer Tribunal Colegiado y el Cuarto Tribunal Colegiado, ambos en Materia Penal del Primer Circuito, con residencia en la ciudad de México, Distrito Federal, y que dieron lugar al establecimiento de las tesis de jurisprudencia P./J. 127/2001 y P./J. 125/2001, de rubros ya citados.

Esta resolución de unificación de criterios, es considerada como piedra angular en la interpretación de diversas disposiciones de carácter constitucional, específicamente los artículos 18 y 22, así como del análisis teórico de la pena, en concordancia con el régimen jurídico secundario, que establece los

procedimientos para la ejecución de las sanciones privativas de libertad, su función y su fin.

La contradicción de tesis 11/2001-PL, resolvió como temas de conflicto entre los Tribunales Colegiados, la aplicabilidad de la Ley de Extradición Internacional, en el caso de solicitudes de extradición formuladas por un país con el cual México tiene celebrado tratado de extradición, así como la exigibilidad de la condición prevista en el artículo 10, fracción V, de esa ley, para el trámite de la solicitud de extradición cuando el delito que se impute al reclamado sea punible en la legislación del Estado extranjero requirente, con pena de prisión vitalicia.

En efecto, entre los citados Tribunales se adoptaron criterios discrepantes, puesto que uno de los Tribunales Colegiados consideró que tal condición no era exigible al Gobierno de los Estados Unidos de América, para acordar favorablemente la solicitud de extradición que formuló, ya que la pena de prisión vitalicia no se encontraba ubicada en ninguna de las hipótesis previstas en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues esa sanción es una pena privativa de libertad que no reviste el carácter de inusitada y trascendental, puesto que la pena de prisión sí se encuentra prevista en la legislación mexicana, por lo que estimó que no había motivo para exigir al gobierno de ese país el compromiso previsto en el artículo 10, fracción V, de la Ley de Extradición Internacional (que se reduce a crear el compromiso con el Estado requirente a imponer una pena menor a la prisión vitalicia o pena de muerte).

Por otra parte, el otro Tribunal Colegiado consideró que al establecerse como posible sanción de los delitos imputados al solicitado la pena de prisión vitalicia, la cual tiene la naturaleza de trascendental e inusitada, características precisamente proscritas en el sistema jurídico mexicano, conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución Federal, el secretario de Relaciones Exteriores debió atender a lo dispuesto en el artículo 10, fracción V, de la Ley de Extradición Internacional y al no haberse hecho así, la resolución en que se autorizó la extradición del quejoso a los Estados Unidos de América infringió la disposición invocada, que conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, goza de la supremacía jerárquica al hallarse incorporada al régimen constitucional.

En torno a la discusión relativa a los procedimientos de extradición, se generó el debate relativo a si la pena vitalicia o cadena perpetua era una pena inusitada, prohibida por el artículo 22 Constitucional.

Para una mayor comprensión del problema jurídico expuesto, conviene señalar lo establecido por los artículos 18 y 22 constitucionales, sobre los que gira el régimen de aplicación de la pena, y en sí, todo el régimen penitenciario del país.

En este sentido, el artículo 18, establece en lo que interesa:

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

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios

para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. (...)

Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos Tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social.⁷⁴

Por su parte el artículo 22 de la misma ley fundamental, en lo que interesa señala:

Artículo 22. *Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.(...)*

No se considerará confiscación la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables. La autoridad judicial resolverá que se apliquen en favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, sin que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados. La resolución judicial se dictará previo procedimiento en el que se otorgue audiencia a terceros y se acredite plenamente el cuerpo del delito previsto por la ley como de delincuencia organizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculpado en la investigación o proceso

⁷⁴ **Carbonell, Miguel.**- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, 149ª. Edición actualizada, México, Distrito Federal, 2006. pág.18 y ss.

*citados haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tales, independientemente de que hubieran sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe.*⁷⁵

Una vez analizado el contenido de los preceptos descritos, la Suprema Corte estableció, que los derechos fundamentales contenidos en ellos son aplicables a todos y cada uno de los individuos que se encuentren en el país, inclusive los sujetos que se encuentren en un procedimientos de extradición. Ahora bien, para precisar si la pena vitalicia es o no una pena inusitada, el órgano resolutor en comento realizó el análisis del artículo 18 constitucional ya descrito, en el que concluyó que en términos del discurso constitucional, como expresión de la soberanía popular, el fin último de la pena de prisión debe ser lograr la readaptación social del individuo a través de un sistema de penas humanas y justas.⁷⁶

Para corroborar la orientación del sistema penal mexicano, el legislador Federal, creó la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, publicada el diecinueve de mayo de mil novecientos setenta y uno, la cual en su exposición de motivos textualmente expuso:

Este carácter sintético y fundamental permitirá la adecuación de las propias normas a los diversos lugares en que habrán de regir, en su caso, en toda la República. En ellas se han acogido los más modernos criterios

⁷⁵ *Ídem.* pág. 25 y ss.

⁷⁶ Contradicción de tesis 11/2001-PL.- Ejecutoria consultable en la Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XV, enero de 2002, pág. 105

sobre readaptación social. De esta forma se espera servir con eficiencia la función pública de rehabilitación de delincuentes, transformándolos en miembros útiles de nuestra comunidad.⁷⁷

Lo anterior, evidencia el criterio establecido por el legislador en el sentido de considerar como objetivo fundamental del sistema penal, la rehabilitación de los delincuentes, en plena concordancia con una posición doctrinal preventivo especial, cuyas características fueron desarrolladas en el capítulo que antecede.

Pero, para responder la interrogante fundamental establecida en la ejecutoria que se analiza, esto es, si la pena vitalicia es una pena inusitada o trascendental y por ende, violatoria del marco constitucional, la Suprema Corte tuvo que definir primeramente qué debe entenderse por pena inusitada; así, señaló en la siguiente tesis de jurisprudencia:

PENA INUSITADA. SU ACEPCIÓN CONSTITUCIONAL. Según el espíritu del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el término inusitado aplicado a una pena no corresponde exactamente a la acepción gramatical de ese adjetivo, que significa lo no usado, ya que no podría concebirse que el Constituyente hubiera pretendido prohibir la aplicación, además de las penas que enuncia el citado precepto 22, de todas aquellas que no se hubiesen usado anteriormente; interpretar gramaticalmente el concepto, sería tanto como aceptar que dicha disposición constituye un impedimento para el progreso de la ciencia penal, pues cualquier innovación en la forma de sancionar los delitos implicaría la aplicación de una pena inusitada. Así, por "pena inusitada", en su acepción constitucional, debe entenderse aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante y excesiva o porque no corresponde a los fines que persigue la penalidad.⁷⁸

⁷⁷ ídem.

⁷⁸ Jurisprudencia con número de Tesis: P./J. 126/2001 Materia: Constitucional Penal, Novena Época, Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XIV, Octubre de 2001, página: 14

Acorde a lo anterior, concluyó que de una interpretación teleológica el término inusitado aplicado a una pena, señalado por el artículo 22 constitucional, no corresponde a la acepción gramatical de ese adjetivo, pues no podría concebirse que el Constituyente hubiera pretendido prohibir la aplicación, además de las penas que enuncia el citado artículo 22, de todas aquellas que no se hubiese utilizado anteriormente, y ello traería como consecuencia, un impedimento para el progreso de la ciencia penal.

De ahí que, por pena inusitada, en su acepción constitucional, debe entenderse aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel y excesiva por ser desproporcionada en razón a la infracción legal cometida, o porque no corresponde a los fines que persigue la penalidad.

En consecuencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, concluyó que la prisión vitalicia o cadena perpetua es inusitada y, por tanto, prohibida por el artículo 22 constitucional, en virtud de que en la legislación mexicana la pena de prisión siempre ha tenido un límite determinado, por estimarse que cuando es de por vida es inhumana, cruel, infamante, excesiva y se aparta de la finalidad esencial de la pena establecida en el artículo 18 del propio ordenamiento, que es la readaptación social del delincuente.

Acorde a lo anterior, emitió la siguiente jurisprudencia:

PRISIÓN VITALICIA. CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL. Si por pena inusitada, en su acepción constitucional, se entiende aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante y excesiva o porque no corresponde a los fines punitivos; ha de concluirse que la prisión vitalicia o cadena perpetua es inusitada y, por tanto, prohibida por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que en la legislación

mexicana la pena de prisión siempre ha tenido un límite determinado, por estimarse que cuando es de por vida es inhumana, cruel, infamante, excesiva y se aparta de la finalidad esencial de la pena establecida en el artículo 18 del propio ordenamiento, que es la readaptación social del delincuente. En efecto, la finalidad de la pena ha evolucionado a través del tiempo, pues ésta surgió en principio como una venganza privada en la que el ofendido aplicaba el castigo de acuerdo a la gravedad del daño causado; luego, como una venganza divina, pues el delito se consideraba como una ofensa a la divinidad; en el derecho griego, además, era intimidatoria; en el derecho romano constituyó una reacción pública, en razón de la ofensa; en el periodo científico, en Alemania, se estimó que el fin de la pena es una coacción psicológica, de donde surgió la teoría de la prevención general; para la escuela clásica la pena tiende a conservar el orden legal; para los positivistas la finalidad de la pena es un medio de defensa social; para la doctrina absolutista responde a la idea de justicia absoluta, esto es, que el bien merece el bien y que el mal merece el mal; para la doctrina relativa es el instrumento para asegurar la vida en sociedad; y la doctrina ecléctica propone que la pena pública puede tener los fines siguientes: reformar al delincuente, ser ejemplar, intimidatoria, correctiva, eliminadora y justa. Ahora bien, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 18, segundo párrafo, después de analizar las iniciativas, dictámenes y discusiones de las reformas de que fue objeto, siempre ha sido como finalidad de la pena y garantía del sentenciado la readaptación social del delincuente sobre la base del trabajo, la capacitación y la educación como medios para lograr ese fin; en consecuencia, si en la legislación mexicana no se encuentra prevista y sancionada como pena la cadena perpetua o prisión vitalicia, porque contraviene el fin último de la pena, que consiste en readaptar al delincuente para incorporarlo a la sociedad, es evidente que se trata de una pena inusitada, por tanto, es inconstitucional.⁷⁹

Ahora bien, el diecinueve de septiembre de dos mil cinco, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la acción de inconstitucionalidad 20/2003, promovida por la minoría calificada de los Diputados de la LX Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua, en la que demandó la invalidez del artículo 27 del Código

⁷⁹ Jurisprudencia con número de Tesis: P./J. 127/2001 Materia: Constitucional Penal, Novena Época, Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XIV, Octubre de 2001, página: 15

Penal de esa entidad federativa, señaló entre otras consideraciones lo siguiente:

Ahora bien, como se dijo en párrafos precedentes, este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia considera que como del análisis del sistema de imposición de penas previsto en el párrafo segundo del artículo 27 del Código Penal del Estado de Chihuahua, cuya invalidez se solicita, al establecer un sistema de acumulación en el concurso real de los delitos de homicidio doloso en perjuicio de mujeres o menores de edad y el de secuestro, aparece que las sanciones privativas de la libertad pueden alcanzar una duración de ciento cinco años, debe estimarse que tal situación se equipara a una pena de prisión vitalicia, ya que rebasa ostensiblemente el tiempo de vida del ser humano.

En efecto, por pena vitalicia o cadena perpetua, debe entenderse no únicamente la que se impone por una duración igual a la vida del delincuente, sino también aquella cuya duración prolongada es tal, que sería imposible que se llegase a compurgar en su totalidad, ya que rebasa ostensiblemente los límites de vida del ser humano, pues aun cuando en este caso el sentenciado pudiese tener derecho a determinados beneficios que en su caso establezca la legislación correspondiente, como pudiese ser la remisión de la pena en atención a su readaptación social sobre la base del trabajo, la educación y la cultura, tal circunstancia, por una parte, no se encuentra prescrita en la Constitución Federal, sino que es el legislador ordinario quien determina su regulación; por otro lado, no obstante la posible aplicación de estos beneficios, el delincuente no estaría en condiciones de recobrar su libertad, dado lo prolongado de la pena en relación con la expectativa promedio de vida.

De acuerdo con las consideraciones precedentes, no obstante que el sistema de acumulación material de penas a que se refiere el artículo 27 del Código Penal del Estado de Chihuahua pueda traer como consecuencia la aplicación de penas que rebasen ostensiblemente la vida del ser humano, lo que equivale a la pena de prisión vitalicia, debe considerarse que no transgrede el artículo 22 constitucional y, por tanto, ha de reconocerse su validez.⁸⁰

Las consideraciones citadas trajeron como consecuencia que el máximo Tribunal del país, experimentara el cambio al criterio sostenido desde la

⁸⁰ Acción de inconstitucionalidad 20/2003.- Ejecutoria consultable en la Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXIII, Junio de 2006, Página: 813

jurisprudencia 127/2001, en la que se estableció, como quedó precisado, que la pena vitalicia era considerada una pena inusitada y por ello, violatorio de los artículos 18 y 22, constitucionales.

El criterio establecido dio origen a que se sustentara la tesis aislada P. XX/2006, de rubro siguiente: PRISIÓN VITALICIA. LA ACUMULACIÓN MATERIAL DE PENAS ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 27 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE CHIHUAHUA, EQUIVALE A UNA PENA DE TAL NATURALEZA (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 28 DE AGOSTO DE 2003).⁸¹

Cabe precisar que la votación de la Suprema Corte del país, por lo que respecta a este tema y ejecutoria, quedó integrada por seis ministros a favor y cinco en contra, la cual al derivarse de una acción de inconstitucionalidad, en la que no se obtuvo el mínimo de ocho votos a favor, necesario para interrumpir la jurisprudencia vigente en ese momento, fue elevado únicamente a tesis jurisprudencial sin fuerza vinculante para los demás Tribunales de la nación.

No obstante ello, este criterio abrió la puerta para que los Ministros Mariano Azuela Güitrón, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Sergio A. Valls Hernández, en veintiuno de septiembre de dos mil cinco, promovieran ante el Pleno de la Suprema Corte de la Nación, solicitud de modificación de las jurisprudencias P./J. 127/2001 y P./J. 125/2001, ya descritas.

Así, el veintinueve de noviembre de dos mil cinco, precedida de intensos debates en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se resolvió

⁸¹ Tesis aislada P. XX/2006, consultable en la Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII, Febrero de 2006, Materia(s): Constitucional, Penal, Página: 1178

procedente la solicitud de modificación y en consecuencia fueron modificadas dichas jurisprudencias, para quedar en los siguientes términos:

a) La tesis P./J. 127/2001, consultable en: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIV, Octubre de 2001, Página: 15, se modifica para quedar como tesis de jurisprudencia 1/2006 del Tribunal Pleno:

PRISIÓN VITALICIA. NO CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *La acepción de pena inusitada a que se refiere el precepto constitucional citado se constriñe a tres supuestos: a) Que tenga por objeto causar en el cuerpo del sentenciado un dolor o alteración física; b) Que sea excesiva en relación con el delito cometido; que no corresponda a la finalidad que persigue la pena, o que se deje al arbitrio de la autoridad judicial o ejecutora su determinación al no estar prevista en la ley pena alguna exactamente aplicable al delito de que se trate; y, c) Que siendo utilizada en determinado lugar no lo sea ya en otros, por ser rechazada en la generalidad de los sistemas punitivos. En congruencia con lo anterior, se concluye que la pena de prisión vitalicia no se ubica en alguno de los referidos supuestos, ya que si bien inhibe la libertad locomotora del individuo, no tiene por objeto causar en su cuerpo un dolor o alteración física. En cuanto a lo excesivo de una pena, ello se refiere a los casos concretos de punibilidad, en los que existe un parámetro para determinar si para ciertos delitos de igual categoría, el mismo sistema punitivo establece penas diametralmente diferentes, por lo que la pena indicada en lo general no se ubica en tal hipótesis, al no poder existir en abstracto ese parámetro; además, la prisión corresponde a la finalidad de la pena, pues ha sido reconocida como adecuada para el restablecimiento del orden social, sin que la característica de vitalicia la haga perder esa correspondencia, pues dicho aspecto se relaciona con su aplicación, mas no con el tipo de pena de que se trata. Por otra parte, es importante señalar que el hecho de que la prisión vitalicia no tenga como consecuencia que el reo se readapte a la sociedad, dado que éste no volverá a reintegrarse a ella, tampoco determina que sea una pena inusitada, toda vez que el Constituyente no estableció que la de prisión tuviera como única y necesaria consecuencia la readaptación social del sentenciado, ni que ese efecto tendría que alcanzarse con la aplicación de toda*

*pena, pues de haber sido esa su intención lo habría plasmado expresamente.*⁸²

b) La tesis P./J. 125/2001, consultable en: Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIV, Octubre de 2001, Página: 13, se modifica para quedar como tesis de jurisprudencia 2/2006 del Tribunal Pleno, con el siguiente rubro:

*EXTRADICIÓN. LA PRISIÓN VITALICIA NO CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE CUANDO AQUÉLLA SE SOLICITA ES INNECESARIO QUE EL ESTADO REQUERENTE SE COMPROMETA A NO APLICARLA O A IMPONER UNA MENOR QUE FIJE SU LEGISLACIÓN (...).*⁸³

Ahora bien, estos antecedentes demuestran un cambio de ciento ochenta grados en la concepción de la pena vitalicia que ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con las premisas constitucionales que rigen la función punitiva del Estado mexicano. Ello obliga -con el fin de no caer en proposiciones especulativas- conocer y entender las consideraciones que llevaron a la máxima institución de justicia en el país, a adoptar una posición diversa a como lo venía interpretando en el paso de los años, respecto del tema analizado.

De esta guisa, el cuestionamiento obligado tendría que ser: ¿Cuáles fueron las consideraciones que llevaron a la Suprema Corte de la Nación a cambiar tan drásticamente su criterio, respecto de la pena vitalicia y su relación con el marco constitucional?. No debe olvidarse que

⁸² Jurisprudencia: P./J. 1/2006, consultable en Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIII, Febrero de 2006, Materia(s): Constitucional, Penal, Página: 6

⁸³ Jurisprudencia: P./J. 2/2006, consultable en Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIII, Febrero de 2006, Materia(s): Constitucional, Penal, Página: 5

la adopción de criterio que hoy en día es el vigente en el país, y que en síntesis establece que la prisión vitalicia no constituye una pena inusitada, y por ende no viola el artículo 22 constitucional, fue precedido de intensos debates en las sesiones plenarios del Tribunal Constitucional, de ello es muestra la votación final respecto de ambos criterios jurisprudenciales, seis a favor de la tesis vigente y cinco en contra.

Lo anterior, obliga a señalar e identificar los principales puntos de vista de los Ministros del alto tribunal, que orientaron el análisis y la discusión del tema en conflicto, tanto de los que constituyeron mayoría e igualmente importante los que sostuvieron la minoría.

2.2.- Consideraciones vertidas por la mayoría del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Como se señaló en párrafos precedentes, la votación que propició el cambio o reorientación en el criterio sostenido como jurisprudencia por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto de la pena vitalicia, fue integrada por seis votos a favor y cinco en contra. Así, la mayoría fue integrada por los Ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero y Mariano Azuela Güitrón, quienes en síntesis, sostuvieron consideraciones coincidentes que normaron su criterio final en este sentido.

Cabe mencionar que los puntos sujetos a debate por los Ministros al resolver la solicitud de modificación 20/2005, se tornó sobre dos aspectos fundamentales: el primero, vinculado a cuestiones de procedencia o improcedencia de modificación de jurisprudencia, a través del análisis e interpretaciones de los artículos 192, 194 y 197 de la Ley de Amparo, lo que suyo limitó el ámbito de la discusión a elementos meramente procesales de los cuales este trabajo no se ocupará, pues ello implicaría rebasar el límite propuesto para esta investigación.

El segundo, es el relacionado directamente al criterio que siguió en esta ocasión la Corte para cambiar su sentido y establecer en la actualidad, que la pena vitalicia no es una pena inusitada; por tanto, no es violatoria del orden constitucional. Para ello, la mayoría del Pleno de la Corte tomó como base las consideraciones sostenidas en los debates derivados de la contradicción de tesis 11/2001 y en la acción de inconstitucionalidad 20/2003, por lo que para establecer con exactitud la orientación del voto de la mayoría, es preciso realizar el análisis de los debates de estos conflictos resueltos, así como el derivado de la solicitud de modificación de jurisprudencia que rige en la actualidad.

De esta guisa, los puntos esenciales que sostuvo la mayoría para establecer el sentido de su voto se sintetizan en las siguientes consideraciones, sustentadas por la Ministra Olga Sánchez Cordero, en la sesión ordinaria veintiocho de dos mil cinco, de fecha veintinueve de

agosto del mismo año, en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Existen diferentes legislaciones que en su momento, tuvieron vigencia en México y en otras partes del mundo y que han establecido diversos tipos de pena, atribuyéndoseles múltiples finalidades:

1.- Ser reparatoria del daño en la medida exacta del perjuicio causado.

2.- Ser el castigo que como medio de retribución la sociedad impone a quien ha infringido sus leyes.

3.- Reformar al delincuente, creando en él por el sufrimiento, motivos que le apartan del delito en el futuro, readaptándolo a la vida social; pero si el delincuente es un sujeto arraigadamente inadaptado, la pena tendrá necesariamente como finalidad la eliminación del responsable.

4.- Ser ejemplares. Patentizando en los ciudadanos pacíficos la necesidad de respetar la ley. La pena está dirigida no sólo al delincuente sino a todos los sujetos, a fin de que adviertan la efectividad de la amenaza estatal correctiva. Ser intimidatorio.- La pena constituye la salvaguarda de la sociedad, lo que significa que debe de evitar la proliferación de la delincuencia, en base al temor que genera su aplicación. Ser correctiva.- Debe producir en el penado la readaptación a la vida normal, mediante los tratamientos curativos y educacionales adecuados, impidiendo así la reincidencia. Ser eliminatoria.- Ya sea temporal o definitiva, según que el condenado pueda readaptarse a la vida social o se trate de sujetos incorregibles. Ser justa.- Pues la injusticia produce males mayores, no sólo en la relación con quien directamente sufre la pena, sino para todos los miembros de la colectividad, al esperar que el Derecho realice elevados valores entre los cuales destacan la justicia, la seguridad y el bien social. Sin embargo, el fin de la pena no consiste -esto es lo que dice el voto particular- en que se haga justicia, ni en que el ofendido sea vengado, ni en que sea resarcido el daño padecido por él, ni en que se atemoricen los miembros de una sociedad determinada, ni en que el delincuente purgue su delito, ni en que se obtenga su resocialización, ni en que sea eliminado temporal o definitivamente del núcleo social, pues todas éstas no son la finalidad de la pena, sino consecuencias potenciales de la misma, ya que aun cuando algunas de ellas pudieran ser consideradas abominables, y otras deseables, si faltaran todos estos

resultados o consecuencias, la pena continuará siendo un acto inobjetable, porque su fin primario es el reestablecimiento del orden externo en la sociedad.

Una vez cometido el delito, el peligro del ofendido normalmente deja de existir, porque se convierte en un mal efectivo; pero el peligro que amenaza a todos los integrantes de la sociedad comienza entonces; es decir, el peligro consistente en que el delincuente si permanece impune promueve contra otros sus ofensas, y que otros, incitados por el mal ejemplo e impunidad, lleven a cabo acciones que transgredan las leyes establecidas por la sociedad, lo que excitaría naturalmente el efecto social de un temor, de una desconfianza en la protección de la ley, al amparo de lo cual se mantiene la conciencia de libertad, seguridad y respecto al estado de derecho.

Este daño enteramente moral, causa una ofensa a todos con la ofensa de uno, porque perturba la tranquilidad de todos en general, de ahí que la pena deba reparar ese daño mediante el reestablecimiento del orden que se ve conmovido por el desorden del delito. Y este concepto de reparación con el que se expresa el mal de la pena, tiene implícitos los resultados de la resocialización del reo, del estímulo de los que no han delinquido y de la amonestación o castigo a los que lo han hecho, pero difieren del concepto puro de la enmienda, intimidación o castigo que originalmente se concibió, pues una cosa es inducir a un culpable a no delinquir más y otra muy distinta el pretender hacerlo interiormente bueno, y una cosa es recordar a los integrantes de una sociedad que la ley cumple sus conminaciones, y otra propagar el terror en los ánimos; y una cosa es que la sociedad imponga una aflicción a quien ha transgredido las leyes y otra que descargue en él la inconformidad social. La readaptación, la intimidación y el castigo están implícitos en la pena, pero si se pretendiera hacer de ellos un fin especial, la pena y la función punitiva cambiarían de naturaleza.”

(...) El establecimiento de un orden legal que contemple las medidas y acciones necesarias para la conservación del orden social, y la punibilidad de las conductas que lo alteran, aplicada por la autoridad social, son factores determinantes de un estado de derecho, pues quitan toda legitimidad a la represión privada, piedra angular del estado de barbarie, como nuestra propia Constitución Federal lo prevé en sus artículos 17 y 21. Consecuentemente, la pena constituye la autoconstatación del Estado, en tanto que el sistema penal de un país, en sus segmentos sustantivo, adjetivo y ejecutivo, debe reflejar las características de la estructura del poder

existente, misma que en nuestro país, aparece definida en el artículo 39 constitucional, que consagra la soberanía popular.

Ahora bien, son diversas las penas cuya aplicación se encuentra autorizada en nuestro territorio, y cada una de ellas refleja el resultado que el Constituyente quiso lograr, a saber: los artículos 18, 19 y 20, regulan la pena de prisión con la cual se persiguen dos resultados: primero.- la segregación del individuo que ha delinquido del núcleo social, pues, impuesta la pena o aun antes de ello, con la prisión preventiva, el sujeto pierde su libertad locomotora dentro de la sociedad, manteniéndose recluido en un establecimiento destinado para ese fin específico; segundo.- la readaptación social del delincuente, pues el sistema penal deberá organizarse sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación.

Asimismo, en los artículos 20 y 22 constitucionales, se establece también la intención de obtener la reparación del daño por parte del otro gobernado, en su esfera patrimonial; o bien, al Estado en el ámbito hacendario, lo que determina que, en este caso, el Constituyente ha pretendido dar a la pena una connotación reparatoria del daño.

En el último párrafo del artículo 22 constitucional, se establece la pena de muerte cuyo resultado sería la eliminación del delincuente.

De ese modo, la pena que, en poco o en nada remedia el mal material del delito, es remedio eficaz y único del mal social que causa el delito, ya que sin ella los ciudadanos perderían seguridad, viéndose obligados a reaccionar violentamente de manera privada, perpetrando el desorden y sustituyendo el imperio de la razón por el de la fuerza, o abandonar una sociedad incapaz de protegerlos.

De esa forma, el fin último de la pena es el bien social, representado en el orden que se obtiene merced a la tutela de las leyes, como fue reconocido en la exposición de motivos de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La pena de prisión, como prenda privativa de la libertad constituye el núcleo esencial del sistema punitivo de México, como se desprende de los diversos preceptos constitucionales; por lo que, en este orden de ideas, debe concluirse que la pena de prisión en su concepto genérico, no es de aquellas penas prohibidas en el artículo 22 de la Constitución, toda vez que, fue el propio Constituyente quien la introdujo en nuestro sistema punitivo, regulando sus aspectos específicos y las reglas de imposición, como se desprende del artículo 21 constitucional, en donde se establece que: la pena

privativa de libertad debe ser impuesta únicamente por autoridad judicial competente, en términos de lo dispuesto por ese artículo, correspondiendo a esas autoridades la individualización de esa pena y de otras consagradas en la legislación penal, buscando desde luego que, la sanción impuesta obedezca o tenga relación directa con la gravedad y con la naturaleza del delito; así como con la necesidad de considerar el aspecto subjetivo del delincuente y su peligrosidad social.

Ahora bien, la pena de prisión vitalicia no desnaturaliza la pena que en su denominación se refleja; esto es: la sanción restrictiva mediante la cual priva al individuo de su libertad locomotora y se le mantiene recluido en un establecimiento destinado para ese fin específico, con el objeto de obtener su castigo, su segregación del medio social, mientras dura ese aislamiento y su readaptación a la vida social que, eliminando la peligrosidad del reo, sino que se encuentra referido al aspecto de su aplicación; es decir, hasta por el término de la vida del reo, se aplicará una pena constitucionalmente aceptada en México y en múltiples sistemas punitivos del mundo.

Y, en esos términos, la pena sigue siendo la misma, la privación de la libertad, y, sólo que varíe en cuanto a su duración, por lo que, en principio no puede considerarse en nuestra opinión que, sólo por su duración deba calificarse de inusitada o trascendental y, consecuentemente, de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.⁸⁴

Por su parte el Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, en intervención dada en la sesión de treinta de agosto siguiente, argumentó aspectos relacionados a si el último párrafo del artículo 18 constitucional, contemplaba o no, la reintegración a la comunidad del delincuente como forma de readaptación social, como una garantía individual o si por el contrario establecía una garantía social. Así pues, textualmente señaló lo siguiente;

(...)la pena no puede ser exclusivamente de readaptación, ni siquiera, fundamentalmente de readaptación, la palabra “juez”, según nos explicó el ministro Díaz Romero, en una ocasión, viene de

⁸⁴ Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes veintinueve de agosto de dos mil cinco.- intervención de la Ministra Olga Sánchez Cordero.

las voces latinas jures vindex, vengador del derecho, que por contracción, quedó en jures, históricamente el derecho de venganza de la víctima, lo sustituye el juez, para graduar objetivamente la pena aflictiva, la víctima y la sociedad quieren que se castigue al delincuente; tan es así que cuando el estado no actúa con eficacia, recuperan su derecho de venganza por sí mismos, por más que la Constitución se los prohíba, por más que ellos mismos se conviertan en delincuentes, díganlo si no, recientes casos de linchamiento de delincuentes o presuntos delincuentes, capturados por comunidades, que han consumado su derecho de venganza, y su fin es de aflicción, de punir, no de educar o readaptar; en cambio, la readaptación es un fin constitucional, asociado a la pena de aflicción, es garantía individual por cuanto la establece el artículo 18 constitucional, pero es también, y con mayor énfasis, una garantía social, no es incompatible el derecho de readaptación con penas de larga o de muy larga duración, la readaptación social requiere inter actuación, educación, actividades que permitan un cambio conductual, esto es una garantía individual, que establece el artículo 18, y que en nada impide que alguien a quien le han dado cien o más años de prisión, se le readapte socialmente.

Ahora bien, el mismo artículo 18, de la Constitución, en su último párrafo, dice: “A fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social”.

Y ésta es la pregunta que debemos afrontar en este momento, señores ministros, ¿esta reintegración a la comunidad es o no una garantía individual?

Yo no la veo como una garantía individual, sino exclusivamente como una garantía social; la sociedad quiere y exige que cuando un delincuente sale de la prisión, haya sido socialmente readaptado, esto es lo importante.

Yo admito la falta de congruencia de una pena cuando su aplicación impide el ejercicio de una garantía individual, pero una pena larga no impide la readaptación social, lo que impide es la reintegración a la sociedad, (...).⁸⁵

Así pues, se considera que si bien las argumentaciones antes vertidas, no constituyen el total de las exposiciones presentadas por los ministros que integraron la mayoría en las sesiones plenarias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación -las que por si mismas resultan sumamente interesantes y de las

⁸⁵ Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes treinta de agosto de dos mil cinco.- intervención del Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.

que se pueden advertir diversos puntos de reflexión-, sí permiten identificar las orientaciones filosóficas sobre la concepción de la pena, función y fin de ella en el sistema jurídico mexicano, sin que en el caso sea conveniente interpretarlas, dada la claridad de sus postulados y de los cuales, se hará referencia en párrafos subsecuentes.

2.3.- Consideraciones vertidas por la minoría del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Toda institución que se conforma para la toma de decisiones en un cuerpo colegiado lleva implícita, naturalmente, la posibilidad de que algunos de sus miembros no coincidan con los postulados de otros; así, los que en alguna ocasión fueron mayoría, en otra diversa pudiesen no serlo, este es el juego en una institución democrática que se rige por el consenso de las mayorías, y en ese sentido se considera que la Suprema Corte de Justicia de la Nación es una institución democrática, por ello el disertar se hace una constante que enriquece los postulados.

Esta es una de esas ocasiones en que se hace más evidente el disiento en los miembros integrantes de la Suprema Corte de Justicia, como se expuso cinco fueron los ministros que argumentaron esquemas diversos a los sostenidos por la mayoría, en el caso, los ministros José Ramón Cossío Díaz, Juan Díaz Romero (hoy jubilado), Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza, sostuvieron el voto minoritario, en

aquéllas sesiones históricas de la Corte, respecto del tema de la pena vitalicia en el sistema jurídico mexicano.

De esta forma, los principales argumentos vertidos por la minoría substancialmente se hicieron consistir en las exposiciones presentadas por el ministro Juan N. Silva Meza, las cuales se considera importante reproducir, aunque sea de manera sintética:

(...) estamos ya frente a una temática importantísima para el Derecho Mexicano en materia de derecho penal sustantivo en materia de imposición de sanciones, fines de la pena, alcances de los mismos, en tanto que esto es una reconducción constitucional o sugiere una reconducción constitucional, por qué, el sistema constitucional para la imposición de las penas y sanción de las mismas, no es darle el carácter a la pena de aflictivo, sancionador, no, sino reorientador del sujeto y fundamentado en la readaptación social, esto es, rompe con el esquema o regresa al esquema sancionador, yo no sé si esto sea bueno o malo, no lo califico, no sé si sea lo que quiera la sociedad actualmente, tal vez sea momento de hacer un replanteamiento y remover los dogmas penales en lo general, esto es, si la sociedad quiere que se impongan penas de este talante, esto a la mejor estas decisiones mueven a una reflexión en la sociedad mexicana en todos los sectores, si eso es lo que se quiere ahora en función de ello; ¡Caray! Esta decisión para allá puede reorientarla, creo que esto es ya, vamos, no que no se inscriba, sino que ya va hacia allá en función de las aceptaciones que se están dando en relación a ver como una situación razonable el que se pueda imponer a este tipo de delitos que son social-humanamente reprobables, definitivamente, pero que hacen que ya replantemos cuál es el fin de la pena, queremos readaptarlos, si vamos al tema constitucional, ese es el sentido de prohibir las penas inusitadas, ese es el sentido de que la prisión perpetua no sea aceptable a través de nuestros límites constitucionales, en tanto que si lo que se pretende readaptar, resocializar al individuo que ha ofendido a la sociedad, entonces estamos totalmente de acuerdo, si le vamos a dar el sentido de sanción, desde luego que sí, no hay límite, y definitivamente no hay límite, se ha dicho la Constitución no señala límite máximo para establecer, precisamente un tope a la pena privativa de libertad concretamente, que es la pena representativa a la que estamos haciendo referencia no la hay y en este contexto el Congreso modifica su ley, dice de cincuenta vámonos a sesenta, por qué, porque es lo que necesitamos

socialmente aumentar las penas para, fundamentalmente enfrentar al delito en lo general, y en lo particular, en el caso del secuestro y homicidio de mujeres y menores vámonos sin tope, vámonos sin tope en tanto que establecemos una regla que rompa con los criterios ordinarios de aplicación de la pena en tratándose de concurso de delito, un solo proceso, dos delitos cuando menos, sesenta y cuarenta o cuarenta y cinco las máximas en una eventualidad de que así se impusiera la penalidad, si estos supuestos se dan, nos vamos a ciento cinco años de prisión rompiendo el esquema constitucional que da sentido al prohibir las penas inusitadas, las penas trascendentales en función de lo prolongado de las mismas, en tanto que ya no se cumpliría con ese postulado constitucional que ahora informa, precisamente al sistema de aplicación de sanciones, si vamos a romperlo, por es que hablamos de desproporción, hay una desproporción en cuanto a que, una desproporción en cuanto al hecho realizado, el delito cometido, lo que se pretende en función de la sociedad, y esto nos va a llevar a otro tipo de consideraciones, a lo mejor es lo conveniente, inclusive cuando se empezó a incursionar con los temas académicos, la doctrina penal penitenciaria, en estos casos, eso me tocó, (...) en una experiencia decirles a algunas personas privadas de su libertad es que usted está interno; no, yo estoy preso; no, es que a usted se le va a readaptar; no, a mí me están castigando por lo que hice, o sea, otro sentido de la pena y con mucho trabajo de transitar en esa situación de esquema de readaptación, eso es, la sociedad está queriendo en estos momentos para México. (...) En este caso concreto estamos hablando de un sistema de imposición de penas novedoso que nos lleva a hacer otro tipo de replanteamientos, que desde mi punto de vista, sí afecta a esa consideración que hemos tenido de las penas inusitadas en tanto desproporcionales, y son desproporcionadas en tanto que ya no buscan la readaptación de ninguna manera, no la buscan de ninguna manera en tanto que lo que en su contenido hay es buscar una pena aflictiva, una pena de expiación. Otro contenido al sistema de las penas es el que parece que informaría implícitamente esta situación que desde mi punto de vista hoy, rebasaría los temas constitucionales, hoy sí tiene ese límite constitucional, este sistema donde se rompe el sistema ordinario de imposición de sanciones para el concurso real de delitos, en el caso excepcional, de estos dos delitos.

(...) en los últimos años, (...) hemos experimentado reformas en todos los ordenamientos penales, locales y federales, buscando una vía de solución al gran tema nacional, que es la inseguridad, buscando por la vía legislativa, proporcionar seguridad, desde luego son estos esquemas, pero dentro de estos esquemas,

*ocurren estas situaciones, donde nos llevan al establecimiento, inclusive, de penas que ya ven afectada su razonabilidad (...).*⁸⁶

Aunado a lo anterior el ministro José Ramón Cossío Díaz, expuso lo siguiente;

(...) dicen que esta garantía, la readaptación es una norma programática y otra que se dice que es una garantía social, a mí ambas expresiones me preocupan muchísimo, yo pienso que parte de las razones por las cuales se desfondó el constitucionalismo mexicano, y se desfondó el carácter de la Constitución como norma suprema del ordenamiento, es justamente por el uso de ambas categorías, la idea de las normas programáticas se decía, pues son una especie de programas de gobierno, de una idea genérica que se va a ir desarrollando allí donde se vaya pudiendo dependiendo de si hay o no hay recursos (...) si este es el caso, entonces, no encuentro cuál es su función normativa al interior de la Constitución, salvo pues dar directrices para que las cumpla aquél que las quiere cumplir, yo pienso que la readaptación (...) tiene una condición humanitaria (...) primero, vamos a retirar a los individuos que delinquen de la sociedad por dos razones; una, para que efectivamente sufran una pena; dos, para evitar que realicen un daño, pero la siguiente pregunta es, ¿y para qué los retiramos de una vida en sociedad?, me parece que los retiramos, para, a partir de una enorme cantidad de doctrinas, teorías, en fin, permitir que estos se reinserten a la sociedad, esto no puede ser una norma programática, insisto, debilitaríamos enormemente la Constitución, terminaríamos quitándole porciones a la Constitución, esto que se ha denominado su carácter normativo, y yo, esa cuestión me parece muy complicada; el segundo problema es el de las garantías sociales, a mí también ahí se me generan muchísimos conflictos, yo nunca he sabido bien a bien que son las garantías sociales, hay autores que las definen como aquéllas que protegen a una determinada clase social por razón de su debilidad personal o por su condición de sometimiento, y sabemos que en la Constitución de 17, se dijo que eran las personas que carecían de tierras, en fin, o los trabajadores; constituir a los readaptados en una clase social, en una clase o grupo, pues eso no creo que sea el problema, ¿la otra cuál es?, es una especie de directriz general, otra vez que la sociedad debe cumplir, yo creo que desfondamos la normatividad de la Constitución y este Tribunal Constitucional debe apostar por el fortalecimiento de

⁸⁶ Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes treinta de agosto de dos mil cinco.- intervención del Ministro Juan N. Silva Meza.

la Constitución en todas sus expresiones, pero no por sustituirle o determinarle esas condiciones, pienso que es una garantía individual, claramente es una garantía y así lo quiero sustentar, el problema es que las garantías individuales, aceptan restricciones sin límite, lo dice el artículo 1º, y creo que es una idea muy clara de esta Suprema Corte desde hace muchos años, que las garantías individuales tienen que armonizarse entre sí.⁸⁷

En términos generales, coincidimos en mayor medida con los principales argumentos antes sostenidos, los cuales serán abordados de la siguiente forma.

2.4.- Avances o retrocesos

Los argumentos señalados en párrafos anteriores, permiten identificar claramente lo discordante en las orientaciones conceptuales de la pena que sostienen los Ministros que integraron tanto la mayoría como la minoría en la votación del Pleno de la Suprema Corte del país, que dio como resultado el criterio que en la actualidad se encuentra vigente.

Estos criterios se pueden sintetizar de la siguiente forma:

Mientras la mayoría del Pleno de la Corte señala que el fin de la pena no consiste en que se haga justicia, ni en que el ofendido sea vengado, ni en que sea resarcido el daño padecido por él, ni en que se atemoricen los miembros de una sociedad determinada, ni en que el delincuente purgue su delito, ni en que se obtenga su resocialización, ni en que sea eliminado temporal o definitivamente del núcleo social, pues todas éstas no son la finalidad de la pena, sino consecuencias potenciales de la misma, ya que si faltaran todos estos resultados o consecuencias, la pena continuará siendo un acto inobjetable,

⁸⁷ Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes treinta de agosto de dos mil cinco.- intervención del Ministro José Ramón Cossío Díaz.

porque su fin primario es el **reestablecimiento del orden externo en la sociedad**, por lo que la pena de prisión en su concepto genérico y específicamente en cuanto a la pena vitalicia, no son penas prohibidas por el artículo 22 constitucional.

Y, por otra parte, que la readaptación a que alude el artículo 18 constitucional, no es una garantía individual, sino en todo caso, una garantía social en beneficio de la sociedad y no del delincuente.

La minoría del máximo tribunal de la nación, en esencia, señaló que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a través de su artículo 18, siempre ha tenido como finalidad de la pena y garantía del sentenciado la readaptación social del delincuente sobre la base del trabajo, la capacitación y la educación como medios para lograr ese fin; en consecuencia, si en la legislación mexicana no se encuentra prevista y sancionada como pena la cadena perpetua o prisión vitalicia, porque contraviene el fin último de la pena, que consiste en readaptar al delincuente para incorporarlo a la sociedad, es evidente que se trata de una pena inusitada violatoria del artículo 22 constitucional; la pena de prisión vitalicia o cadena perpetua, tiene un carácter no humanitario, es cruel y excesiva, esencialmente porque sería imposible conminar a una persona a que no reincida en una acción delictiva, si jamás volverá a tener la oportunidad de obtener la libertad.

En cuanto a los límites del ius puniendi, la prisión perpetua los extralimita, en específico, el referente al principio de dignidad de la persona, que se iguala a la humanidad de la pena, pues dicha pena no es de ninguna manera una

punibilidad humanizada, ya que no cumple con el principio de incolumnidad de la persona; el trato humanizado se ha entendido como el orientado a la reincorporación social de la persona, por lo que al existir la prisión vitalicia, no hay oportunidad de readaptar al sujeto a la sociedad.

Por otra parte, se indicó que el artículo 18 constitucional sí contiene una garantía individual, pues la Constitución de 1917, en cuanto al tema de los derechos sociales no consideró a los readaptados en una clase social sujeto de tutela de este tipo de garantías, y además porque de pensar en ese sentido se le quita contenido substancial a los presupuestos constitucionales, máxime que las garantías tienen que armonizarse para obtener su verdadero sentido.

Ahora bien, de los anteriores postulados sostenidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se advierten dos caminos o elementos de discusión que a forma de conclusión, modestamente se establecen y que van dirigidos, el primero, al análisis teórico de la función y fin de la pena, y el segundo, al modelo constitucional vinculado con una visión estrictamente normativa de aquélla, no pasa inadvertido el hecho de que el segundo, necesariamente basa sus postulados en principios doctrinarios, que subyacen en la primera vía, por ello se habrá de desarrollar en forma conjunta.

Así, por cuanto al análisis teórico de la función y fin de la pena, surgen las siguientes observaciones: se difiere en gran medida del postulado teórico de la pena propuesto por la mayoría de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en tanto que concebir al fin de la pena como un simple restablecimiento del orden

social, conlleva intrínseco en sus postulados, una idea asociada de carácter retributivo.

En efecto, sostener que el fin de la pena no consiste en que se haga justicia, ni en que el ofendido sea vengado, ni en que sea resarcido el daño padecido por él, ni en que se atemoricen los miembros de una sociedad determinada, ni en que el delincuente purgue su delito, ni en que se obtenga su resocialización, ni en que sea eliminado temporal o definitivamente del núcleo social, porque su fin primario es el **reestablecimiento del orden externo en la sociedad**, encierra en si mismo la contradicción, implica un reduccionismo que vacía de contenido el fin de la pena, es un eufemismo moderno, que evoca los principios más elementales de la filosofía de Kant, pero que a la vez, aunque disfrazada, encuentra la base de sus contenidos en la dialéctica hegeliana al considerar que el delito es la negación del derecho y la pena es la negación de la negación, anula el delito invalidándolo y restablece así el derecho (ahora denominado “el orden externo en la sociedad”).

En definitiva, esta pretensión va estrechamente ligada a una concepción retributiva de la pena. Constituye, esencialmente la base de la primera doctrina de la calidad de la pena: el principio del talión -ojo por ojo, diente por diente-; con matices contemporáneos, ahora es la privación de la libertad, cuando una ley tolera y posibilita que una persona pueda ser recluida en forma vitalicia por su conducta, esa norma busca únicamente una contraprestación a cargo de dicho individuo, lo que va ligado a una concepción retributiva de la pena que, cuando

menos, el sistema constitucional mexicano excluye expresamente a través del artículo 18 constitucional.

De ahí que siga la misma suerte crítica que se hizo respecto de los postulados retribucionistas. Los ministros que sostienen tal concepción de la pena, pierden de vista que al sujeto que se sanciona es un ser humano, que toda pena que sea mayor en intensidad y cantidad que lo suficiente para frenar la inclinación antisocial más aflictiva para el condenado, puede ser considerada lesiva para la dignidad humana.

Olvidan además, que el delincuente sostiene en sus espaldas una serie de elementos tanto sociales, políticos, económicos y hasta psicológicos, que han determinado en alguna medida, su inclinación antisocial, pero que puede ser resarcida mediante métodos y mecanismos acordes a tal exigencia.

La pena vitalicia pierde justificación en sí misma, en cuanto a que no establece un criterio objetivamente válido que permita identificar la proporcionalidad de su aplicación con el delito cometido, y que con ello se restablecerá el orden social; por el contrario, no permite alcanzar este último objetivo, por más que se le de una connotación intimidatoria y de castigo, pues de la sola retribución de un mal con un mal, nada bueno puede salir en beneficio de la sociedad, así, basa su única utilidad en apaciguar el deseo de venganza del grupo social agredido, legitimando los sentimientos más retrogradados de aquélla, y al legitimar éstos, se deslegitima a sí misma en tanto que asume las propias características del delincuente.

No se desconoce que en este país hoy en día la proliferación de conductas asociadas al crimen, ha extralimitado los más básicos niveles de convivencia social, de los cuales el Estado mexicano debe ser garante, por mandato no solamente constitucional, sino sobre todo por mandato de la sociedad; sin embargo, ante el fracaso de la función del Estado de prevenir los delitos, de cumplir su compromiso de preservar la vida, la salud, el patrimonio y el honor de sus gobernados con las acciones más diligentes, acude al castigo como único instrumento de la lucha contra el crimen.⁸⁸

Aunado a ello señala el Ministro Góngora Pimentel, no se trata ya de evitar la acción represiva, cuya virtud reparadora es escasa, sino demostrar que ésta es el eje de la convivencia social. El miedo debe guiar la conducta de los hombres y éstos deben actuar, no por convencimiento de haber infringido las reglas de esa convivencia y tener la posibilidad de ajustarse a ella, sino ante la amenaza de su inexistencia social en caso de condenársele a prisión perpetua; aunque psicosocialmente, políticamente, la imposición de esa pena constituya un ejercicio de diagnóstico y pronóstico, pues los que se hacen sobre el delincuente no son ajenos al diagnóstico y pronóstico de una sociedad.⁸⁹

Además, el criterio de la mayoría no toma en cuenta que el establecimiento de una punibilidad elevada, o, en este caso de por vida, ha demostrado su ineficacia para disminuir los delitos, ya que el origen de éstos no

⁸⁸ **Góngora Pimentel, Genaro David.**- Voto particular formulado a las tesis de Jurisprudencia: P./J. 1/2006, y P./J. 2/2006, consultable en Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIII, mayo de 2006, página: 399

⁸⁹ ídem

puede encontrarse en la legislación, por considerar que establece penas insuficientes, sino en las condiciones materiales que los propician.

Así, de nada sirve pretender la disminución de las conductas delictivas a través del establecimiento de sanciones inhumanas, como la prisión perpetua, si las condiciones materiales que las provocan no se transforman sustancialmente.

Condiciones materiales con rostro de impunidad en los delitos cometidos; con rostro de ineficacia en los encargados de procuración de justicia quienes no realizan su labor de investigación para llevar ante los tribunales a los responsables de ellos; con rostro de corrupción en los cuerpos policiacos que se coluden con los delincuentes para su protección.

Con estas condiciones materiales no hay sistema jurídico doctrinal que permita evidenciar sus bondades, pues considerar estas variables o “anti-valores” dentro de la estructura de un sistema jurídico, implica tratar de legitimarlos, y así ir legitimando tantos “anti-valores” como se vayan presentado en la dinámica social hasta arribar al caos jurídico y social, lo cual por si solo es insostenible.

Por otra parte, la premisa establecida en el artículo 18 constitucional, define en forma clara y categórica el objetivo y rumbo del sistema penal mexicano, consistente en la readaptación social del delincuente, utilizando diversos medios como el trabajo, la capacitación y la educación, para conseguir ese fin.

De este modo se advierte que la finalidad de la pena de prisión, consiste en lograr, después de ejecutar los medios readaptantes, la reinserción del

individuo en la vida comunitaria, mismo que aún y con todas sus críticas sistémicas, resulta un propósito más humano y digno de tomarse en consideración a aquél que ofrecen las escuelas clásica y utilitarista, vistos desde una perspectiva individual, que no rebasan un propósito retributivo o de mera prevención.

De este planteamiento, se difiere en gran medida de los postulados sostenidos por la mayoría de la Suprema Corte de Justicia de Nación, pues resulta inconcebible que la prisión perpetua sea un propósito tutelable por la Constitución Federal, antes bien, resulta completamente antagónico con el propósito que persigue el derecho penal mexicano, el cual, como ya se dijo, no navega sin dirección, sino que propugna por la readaptación con base en el trabajo, la capacitación y la educación, con un propósito preventivo y restaurador a nivel personal y social.

En cierta medida se acepta la tesis que plantea a la pena como un sufrimiento, pero si ésta se prolonga para toda la vida se acerca más al plano retributivo o de venganza, incompatible con el propósito de readaptación social inscrito en la Norma Fundamental.

Desde esta perspectiva, no es suficiente que la ejecutoria insista en que el artículo 18 constitucional no prevé garantías individuales, consistentes en el trabajo, la capacitación y la educación, pues al hacerlo pretende desviar la atención y evita responder a preguntas torales como: ¿cuál es la finalidad de las penas en el derecho positivo mexicano? ¿La prisión perpetua responde a esas finalidades?

Asimismo, tampoco es suficiente sostener que si el artículo 22 constitucional no establece límite alguno para la duración de la pena de prisión, entonces ésta es constitucional, porque la Constitución sólo establece los lineamientos esenciales, en este caso, de la política penal, mas no detalla las condiciones bajo las cuales deben purgarse las penas.

En cambio, sí es muy claro el espíritu humanitario que subsiste en los artículos 18 y 22 constitucionales, que como ya se señaló, consisten en la readaptación social del delincuente, evitando el tormento de cualquier especie, y no su completo aislamiento o inocuización, por tratarse de un personaje inmundo y carente de valor.

Lo anterior se hace más evidente con la reforma del primer párrafo del artículo 22 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el diecinueve de diciembre de dos mil cinco, mediante la cual se proscribió una pena eliminatoria como lo es la muerte, lo que lleva a pensar que la Constitución no tiene interés en instaurar la “segregación del incorregible”.

De este modo, se sostiene que la Constitución Mexicana no admite de modo alguno las sanciones eliminatorias e inocuizadoras del delincuente, en tanto propugna por su readaptación social, de tal modo que la pena de prisión vitalicia apunta a un grave retroceso en la conformación de un verdadero Estado Democrático de Derecho, en cuanto que motiva su imposición en criterios retribucionistas que en definitiva han sido superados por las diversas concepciones de la pena, dentro de la dinámica de la ciencia penal.

Finalmente, no pasa desapercibido que en la actualidad problemas como el narcotráfico, el tráfico de personas, el secuestro, la delincuencia organizada que incluso torna matices transnacionales, han conducido a planteamientos insospechados y la reinserción aparece como una falla inminente del sistema jurídico⁹⁰; empero, la mayoría de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al considerar que puede aplicarse la pena de prisión vitalicia, añade un elemento más al retorno a una política represiva e inocuidadora, que privilegia conceptos como los que sustenta el titular del poder ejecutivo federal, al referirse a los delincuentes como “enemigos de México”, frase que descansa sobre la base teórica del Derecho Penal del enemigo, un Derecho penal que trata a los infractores en alguna medida no como ciudadanos, es decir, como sujetos que no han respetado los mínimos de convivencia condensados en las normas penales y que deben ser desautorizados mediante la pena, sino como enemigos, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea, cueste lo que cueste. Mediante este tipo de normas – ya existentes en el ordenamiento jurídico actual (señala Manuel Cancio citando a Jakobs) – el “Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos”.⁹¹

Desde esta perspectiva, estos son tan solo algunos de los alcances de sostener una concepción de la pena retributiva, como la que ahora se tiene.

⁹⁰ **Solorio Banda, Daniel Licurgo.**- La función de la pena en Revista Realidad Jurídica, volumen 3, No. 1, 2004, Universidad Autónoma de Baja California.

⁹¹ Ídem.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. El Estado como sujeto de la potestad penal, está facultado para imponer la pena que, al menos teóricamente, restablece el orden jurídico, fundado en la necesidad de la sociedad de reprimir aquellos actos que van dirigidos a contrariar las normas en que se sustenta su propia existencia, pero esa facultad regida por el Derecho Penal Subjetivo, no es ilimitada ya que el Estado en el ejercicio del poder otorgado por la sociedad, tiene que limitarse a sí mismo fijando el supuesto y el contenido de su actuación, es decir, la conducta criminal y la pena a ella atribuida

SEGUNDA. El estudio de la teoría jurídica del delito, comúnmente conocida como teoría del delito, se ha desarrollado sobre la base de cuatro sistemas básicos sobre los cuales ha girado el análisis y la polémica entre los grandes pensadores del Derecho penal, ellos son el sistema clásico, el neoclásico, el final de la acción y el funcionalismo, dentro de los cuales se desarrolló el concepto de culpabilidad, como presupuesto de la imposición de la pena.

TERCERA. Para la teoría de la pena, ésta puede ser entendida como el medio con que cuenta el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la restricción de derechos del responsable. También se define como la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito, el desarrollo de la teoría de la pena implicó la creación de diversos sistemas, la teoría retributiva, las teorías utilitarias (prevención general y prevención especial), las teorías de la unión (teoría dialéctica de la unión y teoría de la sistémica-prevención).

CUARTA. Para la teoría retributiva, la pena es un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, pensamiento que reconoce como antecedente la ley del talión. En consecuencia, la individualización de la pena depende de la gravedad del hecho realizado y el grado de culpabilidad del autor, enunciándose así un criterio de proporcionalidad entre delito y pena. Hegel en su teoría de la retribución jurídica aplicando la dialéctica señala que el delito es la negación del derecho y la pena es la negación de la negación, anula el delito invalidándolo y restablece así el derecho, efectúa una igualdad valorativa entre el delito y pena y sostiene que la superación del delito es el castigo, pues éste es lesión de lesión

QUINTA. Las teorías absolutas o retributivas en su momento significaron un progreso en la búsqueda para limitar el poder absoluto concentrado en el Estado, ya desde la época romana y que tuvo su mayor firmeza, en la edad media y sus postrimerías, empero, objetivamente realmente no les quitó nada de

su crueldad, en tanto que el predominio de la ley talionaria siguió siendo una constante.

SÉXTA. La teoría de la prevención general señala, que la característica fundamental de la pena es inhibir o disuadir a los sujetos socialmente agrupados, en la realización de conductas negativas señaladas en ordenamientos normativos; es decir, genera una advertencia social instando a que no se cometan acciones delictivas, así al procurar evitar la comisión de delitos se refuerza la idea de un derecho punitivo dirigido a la protección de bienes jurídicos, más que la represión de la lesión de esos mismos bienes.

SÉPTIMA. Para la teoría de la prevención especial el objetivo que se persigue es que el sujeto que delinquirió y sufrió la pena no vuelva a cometer delitos, así la pena actúa sobre el delincuente en concreto, individual, procurando su corrección o enmienda, para que en lo sucesivo no recaiga en la comisión de hechos delictuosos; los principales puntos contra-argumentativos sobre esta teoría consisten en señalar que si bien el ideal de corrección explica el fin que persigue la pena, lo cierto es que no contiene ninguna justificación del *ius puniendi*; cobra especial relevancia este punto, en virtud de que la teoría de la prevención especial no ofrece ningún parámetro para su extensión.

OCTAVA. Para la teoría de la unión, la pena tiene naturaleza retributiva, lo que no obsta que tenga distintas funciones según las etapas por la que se atraviesa: mientras que está en la ley (fase legal) es prevención general (coacción psíquica o psicológica); al ser aplicada por el juez (fase judicial) es compensación jurídica (al restablecerse el orden jurídico, modalidad de

retribución en definitiva) y también castigo (entendido no como un mal, sino como un llamado a la reflexión para que el hecho no se repita); finalmente, al cumplirse (fase ejecutiva), es prevención especial (enmienda o reeducación).

NOVENA. En la jurisprudencia 1/2006 la mayoría del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señala que el fin de la pena no consiste en que se haga justicia, ni en que el ofendido sea vengado, ni en que sea resarcido el daño padecido por él, ni en que se atemoricen los miembros de una sociedad determinada, ni en que el delincuente purgue su delito, ni en que se obtenga su resocialización, ni en que sea eliminado temporal o definitivamente del núcleo social, pues todas éstas no son la finalidad de la pena, sino consecuencias potenciales de la misma, ya que si faltaran todos estos resultados o consecuencias, la pena continuaría siendo un acto inobjetable, porque su fin primario es el **reestablecimiento del orden externo en la sociedad**, por lo que la pena de prisión en su concepto genérico y específicamente en cuanto a la pena vitalicia, no son penas prohibidas por el artículo 22 constitucional.

DÉCIMA. Se considera que ese criterio encierra en sí mismo la contradicción, implica un reduccionismo que vacía de contenido el fin de la pena, es un eufemismo moderno, que evoca los principios más elementales de la filosofía de Kant, pero que a la vez, aunque disfrazada, encuentra la base de sus contenidos en la dialéctica hegeliana al considerar que el delito es la negación del derecho y la pena es la negación de la negación, anula el delito invalidándolo y restablece así el derecho ahora denominado “el orden externo en la sociedad”.

Tal criterio va estrechamente ligado a una concepción retributiva de la pena. Constituye, esencialmente la base de la primera doctrina de la calidad de la pena: el principio del talión -ojo por ojo, diente por diente-; con matices contemporáneos, ahora es la privación de la libertad, cuando una ley tolera y posibilita que una persona pueda ser recluida en forma vitalicia por su conducta, esa norma busca únicamente una contraprestación a cargo de dicho individuo, lo cual el sistema constitucional mexicano excluye expresamente a través del artículo 18 constitucional.

DECIMAPRIMERA. La pena vitalicia pierde justificación en sí misma, en cuanto a que no establece un criterio objetivamente válido que permita identificar la proporcionalidad de su aplicación con el delito cometido, y que con ello se restablecerá el orden social; por el contrario, no permite alcanzar este último objetivo, por más que se le de una connotación intimidatoria y de castigo, pues de la sola retribución de un mal con un mal, nada bueno puede salir en beneficio de la sociedad, así, basa su única utilidad en apaciguar el deseo de venganza del grupo social agredido, legitimando los sentimientos más retrogradados de aquélla, y al legitimar éstos, se deslegitima a sí misma en tanto que asume las propias características del delincuente.

DECIMASEGUNDA. La premisa establecida en el artículo 18 constitucional, define en forma clara y categórica el objetivo y rumbo del sistema penal mexicano, consistente en la readaptación social del delincuente, utilizando diversos medios como el trabajo, la capacitación y la educación, para conseguir ese fin; se sostiene que la Constitución Mexicana no admite de modo alguno las

sanciones eliminatorias e inocuizadoras del delincuente, en tanto propugna por su readaptación social, de tal modo que la pena de prisión vitalicia apunta a un grave retroceso en la conformación de un verdadero Estado Democrático de Derecho, en cuanto que motiva su imposición en criterios retribucionistas que en definitiva han sido superados por las diversas concepciones de la pena, dentro de la dinámica de la ciencia penal.

DECIMATERCERA. La mayoría de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al considerar que puede aplicarse la pena de prisión vitalicia, añade un elemento más al retorno a una política represiva e inocuizadora, que privilegia conceptos como los que sustenta el titular del poder ejecutivo federal, al referirse a los delincuentes como “enemigos de México”, frase que descansa sobre la base teórica del Derecho Penal del enemigo, un Derecho penal que trata a los infractores en alguna medida no como ciudadanos, es decir, como sujetos que no han respetado los mínimos de convivencia condensados en las normas penales y que deben ser desautorizados mediante la pena, sino como enemigos, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea, cueste lo que cueste.

BIBLIOGRAFÍA.

Antolisei, Francesco.- *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Themis, 8ª. Edición corregida y actualizada, Bogotá, Colombia, 1988.

Arilla Bas, Fernando.- *Derecho Penal Parte General*, Editorial Porrúa, Primera Edición, México, D.F., 2001.

Baratta, Alessandro.- *Integración-prevención: Una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, en Revista Doctrina Penal, año 8. n°. 29, Buenos Aires, Argentina, 1985.

Beccaria.- *Tratado de los delitos y de las Penas*, Editorial Porrúa, 16ª. Edición actualizada, tomada de la 14ª. Edición facsimilar, México, D.F., 2006.

Bustos Ramírez, Juan y otros.- *Prevención y Teoría de la Pena*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Santiago de Chile, 1995.

Díaz-Aranda, Enrique.- *Teoría del Delito*.- Editorial Straf, México, 2006.

Díaz-Aranda, Enrique y otros.- *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Primera Edición, 2001.

Donna, Edgardo Alberto.- *Teoría del delito y de la pena*, Tomo I y II, fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad, Editorial Astrea, 2001.

Fernández Muñoz, Dolores Eugenia.- *La Pena de Prisión Propuestas para sustituirla o abolirla*.- Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera Edición, México, D.F., 1993.

Fontan Balestra, Carlos.- *Tratado de Derecho Penal, Tomo III. Parte General*, Editorial Abeledo-Perrot, Bs. As. 2ª. Edición, corregida y actualizada, Buenos Aires, Argentina, 1995.

Günther, Jakobs.- *Estudios de Derecho Penal*, Traducción Enrique Peñaranda Ramos y otros.- Editorial Civitas, Madrid, España, 1997.

Heinrich Jescheck, Hans.- *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Editorial Bosch, Barcelona, 1981.

Jéan Vallejo, Manuel.- *Sistema de Consecuencias Jurídicas del Delito; nuevas perspectivas*.- Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera Edición, México, D.F., 2002

Maurach, Reinhart.- *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, Traducción de la 7ª. Edición Alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1994.

Mir Puig, Santiago.- *Derecho Penal Parte General*, Séptima Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, España. 2006

Nino, Carlos Santiago.- *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Astrea, 2ª. Edición ampliada y revisada, 13ª. reimpresión, Buenos Aires, Argentina, 2005.

Orellana Wiarco, Octavio Alberto.- *Teoría del Delito*.- Editorial Porrúa, México, D.F., 2000.

Polaino Navarrete, Miguel.- *Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2001.

Quintero Olivares, Gonzalo.- *Locos y Culpables*, Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1999.

Righi, Esteban.- *Teoría de la pena*.- Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2001.

Riquert Marcelo Eduardo y Jiménez Eduardo Pablo.- *Teoría de la Pena y Derechos Humanos, Nuevas relaciones a partir de la reforma constitucional*, Editorial Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 1998.

Rodríguez Manzanera, Luís.- *Penología*, Editorial Porrúa, México, D.F., 1998.

Roxin, Claus.- *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, Editorial Civitas, Madrid España, 1997.

-Culpabilidad y prevención en derecho penal, Traducción. Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, Madrid, España, 1981.

Solorio Banda, Daniel.- *La Función de la Pena*, en Revista Realidad Jurídica, volumen 3, No. 1, 2004, Universidad Autónoma de Baja California.

Von Liszt, Franz.- *Tratado de Derecho Penal Tomo II*, traducido de la 20ª edición alemana por Luís Jiménez de Asúa, Editorial Reus, Madrid, España, 1999.

Welzel, Hans.- *Derecho Penal Alemán. Parte General, 4ª*. Edición castellana, traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.

Zaffaroni, Eugenio Raúl.- *Manual de Derecho Penal Parte General*.- Editorial Cárdenas, Cuarta Reimpresión, México, D.F., 1998.

Legislación consultada.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, Carbonell, Miguel.- Editorial Porrúa, 149ª. Edición actualizada, México, D.F., 2006.

Código Penal Federal.- Editorial Sista, México, D.F., 2005.

Ley de Amparo.- Editorial Sista, México, D.F., 2006.

Ley que Establece las Normas Mínimas de readaptación Social de Sentenciados, publicada en el Diario Oficial de la Federación, 1971.

Medios Electrónicos.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.- Vigésima Segunda Edición, Editorial Espasa, en versión consultada a través de disco óptico para pc.

Ius 2006, Sistema de discos ópticos de consulta de Jurisprudencia para pc, editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Páginas consultadas en Internet.

<http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/contenido-lafuncion.htm>.

www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero5/unificadora.htm

<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php>

http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/index.htm

<http://info.juridicas.unam.mx/>

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

<http://200.38.86.53/PortalSCJN/>

<http://200.38.86.53/NR/exeres/AE0A43F6-539B-4958-A4D6-64BA328F36BC,frameless.htm>