



# CRIMINALIA

ACADEMIA  
MEXICANA  
DE CIENCIAS  
PENALES

Año LXIII, No. 2  
México, D. F.  
Mayo-Ago., 1997

Editorial Porrúa

## Academia Mexicana de Ciencias Penales

### Miembros Fundadores

JOSÉ ÁNGEL CENICEROS †	CARLOS FRANCO SODI †
FRANCISCO GONZÁLEZ DE LA VEGA †	JOSÉ ORTIZ TIRADO †
ALFONSO TEJA ZABRE †	JAVIER PIÑA Y PALACIOS †
RAÚL CARRANCA Y TRUJILLO †	FRANCISCO ARGÜELLES †
LUIS GARRIDO †	JOSÉ GÓMEZ ROBLEDA †
EMILIO PARDO ASPE †	JOSÉ TORRES TORIJA †

### Miembros Correspondientes en México

Carlos Ulises Acosta Viquez (Guerrero)  
 Juan M. Sepúlveda Fayad (Hidalgo)  
 Gilberto Vargas López (Michoacán)  
 Fernando Barrita López (Oaxaca)  
 Álvaro Zambrano Vázquez (Puebla)  
 Efraín Monterroso Salvatierra (Puebla)  
 Enrique Zárate López (Puebla)  
 Ramón López Rubí (Puebla)  
 Aureliano Hernández Palacios (Veracruz)

### Miembros de Número Fallecidos

Francisco Argüelles	Alfonso Millán
Constancio Bernaldo de Quiroz	Teófilo Olea Leyva
Edmundo Buentello y Villa	Alfonso Quiroz Cuarón
Raúl F. Cárdenas	Antonio Rocha
Luis Chico Goerne	Fernando Román Lugo
Guillermo Corona Uhink	Leopoldo Salazar Viniegra
Juan José González Bustamante	Mariano Ruiz Funes
Ángel González de la Vega	Desiderio Graue
Raúl González Enríquez	Mariano Jiménez Huerta
Alberto Sánchez Cortés	Sergio Vela Treviño
Alberto Trueba Urbina	Gustavo Barreto Rangel
Rafael Matos Escobedo	Gustavo Malo Camacho
Lucio Mendieta y Núñez	

### Miembros Supernumerarios

Miguel Oscar Aguilar Ruiz	Jesús González Trujillo
Sergio Correa García	Ernestina Jiménez
Karina Vélez De la Rosa	Raúl Jiménez Navarro
Alcides del Toro Abreu	Hilda Marchiori
René González de la Vega	Raúl Plascencia Villanueva
Raúl González Salas Campos	Homero Villareal Ruvalcaba

Para todo asunto relacionado con esta revista dirigirse a Canoa 521 piso 12,  
 San Ángel, México, D.F., o al teléfono 616-15-12 y 550-66-95 Fax

---

# Sumario

## Editorial

IX

### Actualidad Jurídica Jornadas de Derecho Penal México-España

Sistema de penas en la actualidad.—  
La situación mexicana

*Dra. Nieves Sanz Mulas*

3

El concepto material de culpabilidad

*Dr. José Cerezo Mir*

25

Teorías del dolo eventual

*Dr. Enrique Díaz Aranda*

47

Teoría de la imputación objetiva

*Dr. Carlos Daza Gómez*

65

El finalismo

*Dr. José Cerezo Mir*

77

V

## **Doctrina**

**Algunas reflexiones sobre la readaptación social**

*Mercedes Peláez Ferrusca*

97

**La pena de muerte. Tema de actualidad en México**

*Dra. Nieves Sanz Mulas*

110

## **Sociedad y Derecho**

**Control social y los movimientos de población**

*Dra. Ma. de la Luz Lima Malvido*

125

**Migración y crimen (Informe General)**

*Gerhard O. W. Mueller*

153

**Migración y crimen organizado  
en Centro y Norteamérica**

*Dr. Luis Rodríguez Manzanera*

166

**Academia Mexicana de Ciencias Penales.  
Dos nuevos socios**

**La criminalística hacia el año 2000**

*Ing. Miguel Oscar Aguilar Ruiz*

185

**Contestación al trabajo de ingreso a la Academia  
Mexicana de Ciencias Penales  
del Ing. Miguel Oscar Aguilar Ruiz,  
en calidad de miembro numerario**

*Dr. L. Rafael Moreno G.*

196

**Una política criminal para la procuración de justicia**

*Lic. René González de la Vega*

202

**Reflexiones de política criminal**

*Dr. Sergio García Ramírez*

222

# Sistema de penas en la actualidad.— La situación mexicana \*

Dra. Nieves Sanz Mulas \*\*

*Toda sociedad que pretenda asegurar a los hombres la libertad, debe empezar por garantizarles la existencia.*

Leon BLUM

## I. CONCEPTO DE PENA

Comenzaré mi exposición, con el concepto de pena que hace FERRAJOLI,<sup>1</sup> como la respuesta a la máxima *nulla poena sine crimina*, es decir, la aplicación de una sanción ante la realización de un hecho delictivo del cual se configura como consecuencia jurídica. Se trata pues, de la privación de bienes jurídicos prevista en la ley e impuesta por los órganos judiciales al responsable de un delito. Privación, como dijo LOCKE de los tres derechos que justifican la existencia del Estado moderno: la vida —negada con la pena de muerte—, la libertad —con la pena privativa de libertad— y la propiedad —con las multas o penas patrimoniales.

Adoptamos, por consiguiente, un punto de vista *post delictum* alejándonos de cualquier visión *ante o extra delictum* que pueda justificar la imposición de una pena, o de una medida de seguridad, basada en una presunta peligrosidad, y quebrar con ello todos los principios, que como el de legalidad, conforman un Estado de derecho.

La pena es un concepto legal de cada código penal —artículo 24 Código penal mexicano— donde se contiene un catálogo de penas que la doctrina clasifica en función del bien jurídico sobre el que recaen. Penas abstractas y formalmente iguales, cuantificables y men-

\* Conferencia pronunciada el día 7 de julio de 1997 en las Jornadas de Derecho Penal México-España en la ciudad de México, D. F. —celebradas entre los días 7 a 11 de julio de 1997—, por gentil invitación de la presidenta de la Academia Mexicana de Ciencias penales, Dra. Olga Islas de González Mariscal y del Presidente de la Asociación de Egresados del Postgrado de la Universidad de Salamanca, Dr. Carlos Daza Gómez.

\*\* Area de Derecho Penal. Universidad de Salamanca

<sup>1</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. (Teoría del garantismo penal)*, Trotta, Madrid, 1997, p. 368.

surables en proporción a la gravedad del delito cometido. Entendida así, la pena se eleva como fruto de la Revolución francesa que marca el principio de abstracta igualdad ante la ley correspondiente. Es, precisamente en la variación de ese catálogo de penas, donde se reflejan los cambios en el modelo de Estado y en la propia justificación del Derecho Penal; <sup>2</sup> *v. gr.*, un Estado autoritario u opresor contiene siempre castigos tan duros como la muerte, las penas corporales, etc.; mientras que un Estado de corte más liberal tenderá a una humanización de las penas.

Lo que sí hay es una idea clara, la pena es un mal, si bien un mal necesario, previsto por la ley, impuesto y ejecutado conforme a ésta. Pero la realidad sigue siendo la misma, es una consecuencia negativa, un mal para quien lo sufre pese al incremento de tendencias que, con precedentes en el correccionalismo de Dorado Montero,<sup>3</sup> pretenden revestir a este mal de la calidad de bien como ocurre con JAKOBS y su teoría de la Preción general positiva.<sup>4</sup>

Hasta aquí todo el mundo está de acuerdo, hay un consenso más o menos generalizado. Sin embargo, los problemas comienzan cuando se pretende dar respuesta a la misma cuestión que ROXIN planteó hace más de 20 años, ¿cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad a alguno de sus miembros o intervenga de algún modo, conformando su vida, en su existencia social? Estamos como advierte FERRAJOLI ante "quizá el problema más clásico de la filosofía del derecho".<sup>5</sup>

## II. LAS TEORÍAS DE LA PENA

Hasta hace muy poco tiempo, la discusión doctrinal y el desempeño de la ciencia penal parece haber girado únicamente sobre la teoría del delito relegando a un segundo plano, si es que se le tenía de alguna forma en cuenta, al problema de la pena cuando, como manifiesta GARCIA RIVAS, la correspondencia entre los distintos aspectos del Derecho penal es más que evidente, y la función del Derecho penal

<sup>2</sup> BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I, *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 21.

<sup>3</sup> Este autor se separa de la idea de pena como mal y la concibe como un bien en el marco de una utópica evolución del modelo de Estado. *Vid* en BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I, *et al.*, *Lecciones de Derecho penal, op. cit.*, p. 277.

<sup>4</sup> JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 8 y 9.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón, op. cit.*, p. 247.

depende de la función que se le asigne a la pena y a las medidas de seguridad como medios más característicos de intervención.<sup>6</sup> Hasta tal punto es así que, en palabras de QUINTERO, “el debate científico político sobre la pena se ha transformado, como no podía ser de otro modo, en un debate sobre el Derecho penal en su conjunto”.<sup>7</sup> Se trata pues, como señala SILVA, de la necesidad de legitimar de alguna forma la causación del mal en que consiste esencialmente la pena<sup>8</sup> y, con ello al Derecho penal que la prevé como consecuencia.

Para MIR la primera condición va a ser la de reconocer la vinculación axiológica entre función de la pena y función del Estado, es decir, no ocultar las premisas políticas de las que depende. Se debe partir, por tanto, del modelo de Estado que contempla la correspondiente Norma Fundamental, como “soporte de los pilares sobre el que gira todo el sistema teleológico de la parte general del Derecho penal”.<sup>9</sup> En España y México se trataría de girar sobre la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho que la Constitución española proclama en su art. 1.1, y en la mexicana cabe apreciar de la lectura de sus artículos 1 a 29.

Pero antes de desarrollar este punto retomemos la cuestión inicial, ¿cómo se podría legitimar la intervención punitiva del Estado sobre un determinado sujeto delincuente?

Los intentos de legitimación llevados a cabo a lo largo de la historia, las denominadas “teorías de la pena”, se han desarrollado por dos grandes vías: tratando de revestir el mal de la pena de la calidad de bien, o tratando de demostrarlo como un mal útil, un mal menor; serían las doctrinas justificacionistas. Sólo muy minoritariamente, se ha rechazado toda posibilidad de legitimación, lo que sin duda llevaría a proponer la abolición del propio Derecho penal; estamos refiriéndonos a las doctrinas abolicionistas.

### II.1. *Las doctrinas abolicionistas*

Buscan la abolición del Derecho penal por considerarlo ilegítimo, bien porque no admiten moralmente ninguno de los fines a él

<sup>6</sup> GARCIA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Edic. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, p. 29.

<sup>7</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho penal. Parte general*, 2ª edic., Madrid, 1992, pp. 90 y ss.

<sup>8</sup> SILVA SANCHEZ, J—M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 179. En idéntico sentido FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 248; BUSTOS/HORMAZABAL, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4ª edic. Barcelona, 1994, p. 67.

<sup>9</sup> MIR PUIG, S., “Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho”, en *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 31.

atribuibles como suficientemente justificadores de los sufrimientos que ocasiona, o bien porque consideran mas ventajosa su sustitución por medios o instrumentos de control informal.<sup>10</sup> En su versión más reciente se respalda en el fracaso que las teorías resocializadoras vivieron, precisamente, en países que, como Estados Unidos, Holanda o Escandinavia, tan efusivamente las desarrollaron, y en las aportaciones de la Criminología crítica al centrar su análisis en el propio sistema penal como principal responsable de la criminalidad. Se suscita el interés por las investigaciones sobre los orígenes de la desviación, y se deslegitima moralmente las doctrinas penales dominantes. Sin embargo, y pese a no querer permanecer ajenos a los méritos que ineludiblemente acompañan a estas teorías, como sus esfuerzos en pro de la humanización del sistema penal, el adoptar el punto de vista de quien sufre sus consecuencias y el arrojar la carga de la prueba a los justificacionistas, los ataques son aún mayores. Se trata de un simple elenco de buenas intenciones que no aportan ninguna solución efectiva y, sin embargo, contrariamente a lo que predicán, conllevan una injerencia más profunda e intolerable en la esfera individual.<sup>11</sup> Dan una serie de soluciones utópicas, muestra de la nostalgia de modelos arcaicos y tradicionales de comunidad sin derecho, que pretenden sustituir el sistema penal por la solución privada de conflictos lo cual, de acuerdo con KAISER, es absolutamente incompatible con el grado de complejidad y desarrollo alcanzado en las sociedades modernas. Como sentencia HASSEMER, "quien pretende abolir el Derecho penal, lo único que quiere es ahuyentar al diablo con Belcebú".<sup>12</sup>

## II.2. *Las teorías justificacionistas*

Ante la imposibilidad de mantener una postura abolicionista, y compartiendo el "hay Derecho penal para rato" de Gimbernat, consideramos que todos los esfuerzos deben dirigirse a una aplicación del Derecho penal lo más humana posible.

Estamos pues, de forma directa o indirecta, justificando la existencia del Derecho penal. Las doctrinas justificacionistas, con arreglo a una distinción escolástica anticipada por los criminalistas del siglo pasado, se dividen en absolutas o relativas. Sin embargo, a juicio de SILVA, tal diferenciación se está abandonando ante la existencia de ciertos

<sup>10</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 248.

<sup>11</sup> SILVA SANCHEZ, J—M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 25.

<sup>12</sup> HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 400.

puntos comunes entre ellas, la existencia de rasgos preventivos en la lógica retribucionista, y de rasgos retribucionistas en la lógica prevencionista, a lo cual cabría añadir todas las teorías de la unión que sacan a la luz un panorama bastante más complicado y difícil de abarcar, que con la simple contraposición de teorías absolutas y teorías relativas.<sup>13</sup>

### III. LAS TEORÍAS ABSOLUTAS. EL RETRIBUCIONISMO

Estas teorías —donde confluyen la tradición filosófica del idealismo y la tradición cristiana— encuentran su razón de ser en la realización de la idea de justicia. En la definición que de ellas hace FERRAJOLI, la pena está sobradamente justificada por su “valor axiológico intrínseco por lo que no es un medio, ni un coste, sino un deber ser metajurídico que tiene en sí mismo su fundamento”.<sup>14</sup> Según CASTELLANOS TENA, para estas teorías “el bien merece el bien y el mal merece el mal”. Para estas doctrinas con la pena no se persigue ningún fin, se agota en sí misma en cuanto mal que se impone por la comisión de un hecho delictivo. También denominadas clásicas por las formulaciones que de ellas hicieron Kant y Hegel como ilustres representantes del idealismo alemán —que a su vez las dividieron según el valor moral/ético o jurídico que se le asignaba a la retribución—, son rechazables desde todos los puntos de vista.

Pese a su pretendido “éxito” por exigir la idea de compensación entre gravedad del delito y gravedad de la pena —que como ha puesto de manifiesto buena parte de la doctrina, responde mas bien a un límite exigido por la teoría de la prevención que por una discutible exigencia de justicia—,<sup>15</sup> las críticas a las teorías absolutas van desde su ineficacia como limitadoras del *ius puniendi* estatal —suponiendo un cheque en blanco en manos del legislador, que podrá decidir cuándo y cómo castigar sin verse acotado o limitado por nada más que su subjetiva y particular idea de justicia— hasta su indefendible justificación moral mediante el acto de fe o la satisfacción del instinto de venganza que conlleva consigo el pagar un mal con otro mal sin pretender con ello ninguna otra cosa. Y, por si esto

<sup>13</sup> SILVA SANCHEZ, J.-M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 198.

<sup>14</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 253. En igual sentido GARCIA RIVAS, N., *El poder punitivo en el estado democrático*, op. cit., p. 29. MIR PUIG, S., “Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho”, op. cit., p. 35.

<sup>15</sup> MIR PUIG, S., “Problemática de la pena y seguridad ciudadana” en *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 121.

fuera poco, siguen justificando la pena en la culpabilidad humana que presupone un libre albedrío cuya existencia es más que discutible. Por todo ello GARCIA RIVAS concluye que “el verdadero *talón de aquiles* de la teoría retributiva estriba en su deficiente fundamentación. La correlación retribución-culpabilidad ha ocasionado el arrinconamiento de la primera cuando la segunda ha entrado en franca crisis ante la imposibilidad de mostrar su fundamento: el libre albedrío”.<sup>16</sup>

De acuerdo con FERRAJOLI se trata de doctrinas idóneas para justificar modelos autoritarios de Derecho penal que, al igual que ellas, confunden Derecho y Moral, validez y justicia, legitimación interna y externa, y que no pueden ofrecer réplica alguna a las doctrinas abolicionistas.<sup>17</sup>

Son formulaciones que, por tanto, no tienen cabida en los estados modernos que, como el mexicano, tienen un corte liberal —que únicamente se haya legitimado para intervenir en beneficio de la sociedad— y donde no caben manifestaciones metafísicas ni teocráticas que se nieguen a toda búsqueda de una finalidad de la pena que esté fuera de sí misma.<sup>18</sup>

#### IV. LAS TEORÍAS RELATIVAS. PREVENCIÓN GENERAL Y ESPECIAL

En un Estado Social y Democrático de Derecho que, como el mexicano en los artículos 39 y 40 de su Norma Fundamental, comienza situando el origen del poder en el pueblo, es muy difícil asignar a la pena otro fundamento distinto al de posibilitar la vida en comunidad luchando contra el delito. Si bien se trata de una labor más humilde, también es más realista que la de imponer justicia sobre la tierra: la de hacer política social evitando la lesión de los bienes sociales. Estamos, por consiguiente, ante las teorías relativas que si buscan un fin a la pena fuera de sí misma y, sin embargo, resultan no estar tan distantes de las absolutas como siempre se ha creído.

Repetimos, la pena es un mal se adopte el punto de vista que se quiera. La prevención y la retribución son tan sólo dos formas de

<sup>16</sup> GARCIA RIVAS, N., *El poder punitivo en el estado democrático*, op. cit., pp. 31 y 32.

<sup>17</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., p. 257.

<sup>18</sup> Para SILVA SANCHEZ a la retribución, en último caso, le quedaría una pequeña posibilidad, “la de construir y fundamentar una teoría retributiva desde perspectivas de la racionalidad moderna, con intentos de concebir la pena como compensación de la ilícita ventaja obtenida por quien consigue la aportación, de los demás miembros de la sociedad, sin realizar por su parte la contraprestación equivalente”. Vid. en SILVA SANCHEZ, J.-M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 200.

legitimar la pena aunque ninguna, como comprobaremos en su momento, la legítima por sí sola. En el momento en que se reconoce que la pena sólo tiene sentido cuando persigue determinados efectos posteriores en la conducta o conciencia de los ciudadanos, quiebra la base de la teoría puramente retributiva. El siguiente paso, según MIR, será “reconocer que la pena debe tener como fin el regular la vida social con lo que estaríamos ante la aparición de la función preventiva”.<sup>19</sup> En el momento en que la pena no aparezca justificada en sí misma de forma absoluta, sino por los efectos psicosociales que pueda provocar, no podrá hablarse estrictamente de retribución sino, como mucho de “prevención a través de la retribución”.<sup>20</sup> Esto, para SILVA,<sup>21</sup> significa que, progresivamente, la retribución acabaría perdiendo sus valores absolutos en favor de los relativos lo cual es especialmente perceptible en la obra de Jakobs que, a través de su teoría de la Prevención general positiva o integradora —según la cual la función de la pena es estabilizar la norma y ejercitar en la fidelidad del derecho—, con lo que se estaría deslizando a la función retributiva.

Ni en los textos de los clásicos retribucionistas —donde tras su condición liberal no hay una negación de la condición humana, sino una preocupación por la dignidad humana— ni en las corrientes neoretribucionistas —que apuntan hacia exigencias garantísticas y de no instrumentalización del individuo— hay un retribucionismo puro.

Las teorías relativas o utilitaristas parten, como lo define JAKOBS, de que está fuera de toda discusión el que el Derecho penal está al servicio del mantenimiento del orden social.<sup>22</sup> Al contrario que las absolutas buscan unos fines que estén fuera de la propia pena y, precisamente por ello, se les denomina utilitaristas; porque consideran y justifican la pena como medio para la prevención de futuros delitos. La pena se orienta al futuro y su fin es prevenir aquellas conductas que alteren la convivencia social para, de este modo, contribuir al mantenimiento de la paz en la comunidad que, a diferencia del carácter absoluto de la justicia, es algo determinado históricamente y, por tanto relativo.

El utilitarismo es fruto de la Ilustración —asociada a la separación radical entre Derecho y Moral— y ha dominado todo el desarrollo

<sup>19</sup> MIR PUIG, S., “La perspectiva *ex ante* en el Derecho penal”, en *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 96.

<sup>20</sup> SILVA SANCHEZ, J.—M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, *op. cit.*, p. 204.

<sup>21</sup> *Ibid*

<sup>22</sup> JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, *op. cit.*, p. 18.

del Derecho penal moderno pese a que se vio truncada por el nacionalsocialismo alemán durante la Segunda Guerra Mundial. En el siglo XVIII se clasifica entre Prevención general y Prevención especial según que el fin sea impedir que surjan nuevos delincuentes de la comunidad o que quien cometió el hecho no vuelva a hacerlo. A su vez la doctrina moderna, enriqueciendo la anterior clasificación, diferencia entre Prevención positiva y Prevención negativa según que la prevención se realice positivamente a través de la corrección del delincuente o la integración de los ciudadanos en torno a los valores sustentados por la ley —sería la Prevención positiva—, o que la prevención se realice negativamente mediante la neutralización del delincuente o la intimidación de los individuos que integran la sociedad.

Empezaremos por la Prevención especial aunque, de lo que en realidad se trata, es de demostrar que cualquiera de ellas —tanto la prevención especial positiva, como la prevención especial negativa, o la prevención general positiva como su concepción negativa—, tomadas de forma única y absoluta son incapaces de justificar la imposición de la pena y, por ende, de legitimar el Derecho penal en su conjunto.

#### IV.1. *La prevención especial*

Surge con la Ilustración, retrocede en el siglo XIX en favor de la retribución, pero renace con fuerza a finales de ese mismo siglo de manos de von Liszt y su escuela. Su auge se da en los años setenta con una de sus expresiones más acabadas en el Proyecto Alternativo alemán. Para BERDUGO<sup>23</sup> su origen moderno se encuentra en el positivismo criminológico que, a través del estudio de las causas de la criminalidad, opta por trasladar los efectos de la pena sobre el delincuente y, en concreto, sobre la peligrosidad que, con su hacer delictivo, ha demostrado.

En la Prevención especial, caben distinguir tres tendencias: la moralista de la enmienda —de la que tenemos testimonio en España gracias a Concepción Arenal—; la naturalista de la defensa social —que nace con la escuela positiva italiana de Lombroso, Garófalo y Ferri y que, con apoyo en la antropología, afirma que el delincuente no es un hombre normal sino especial que “por anomalías orgánicas o físicas, representa en parte, en la sociedad moderna, a las primi-

<sup>23</sup> BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., *et al.*, *Lecciones de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 24.

tivas razas salvajes, en las que las ideas y los sentimientos morales si existen, constituyen sólo un embrión”—; y la doctrina teleológica o de fin que von Liszt a su vez subdivide en su Programa de Marburgo en: resocialización (como PE positiva) e intimidación e inocuización (como PE negativa). Nosotros apoyaremos la opción teleológica o de fin por considerar, junto a FERRAJOLI,<sup>24</sup> que se halla menos condicionada por presupuestos filosóficos que las de la enmienda y la defensa social.

Como ya hemos adelantado, la Prevención especial se subdivide en Prevención especial positiva y en Prevención especial negativa. En lo que a esta última se refiere, su fin se halla en buscar la intimidación o inocuización del sujeto que ya ha delinquido para que no vuelva a hacerlo. Concepción ésta que ha de superarse porque, al contrario de servir de límite al *ius puniendi* estatal, favorece la pena indeterminada supeditando la duración del tratamiento a la definitiva corrección del delincuente. Con ello se tiende a un Derecho penal retributivo coherente con sistemas autoritarios como los campos de concentración nazis, los penales soviéticos o las escuelas de reeducación de la China popular. Además, por si todo lo anterior se tornara insuficiente para descartar la visión negativa de la Prevención especial, esta teoría justifica la desproporcionalidad entre delito y pena justificando una pena mínima —o inclusive, la no imposición de pena alguna— en caso de delitos graves pero no susceptibles de repetición; *v. gr.*, los oficiales nazis en la Segunda Guerra Mundial que en la actualidad se encuentran perfectamente integrados en las sociedades de las que ahora forman parte. Y, por otro lado, justificaría la imposición de penas enormes para delitos pequeños o medianos pero, sin embargo, reincidentes; *v. gr.*, quienes cometen pequeños hurtos pero lo hacen de forma habitual.

Descartada, por consiguiente, la Prevención especial negativa intimidatoria o inocuizadora pasamos a abordar la positiva o resocializadora.

### Prevención especial positiva. La resocialización

Esta teoría justifica la existencia de la pena en su fin resocializador por lo que se trata de una fundamentación no sólo compatible, sino también necesaria, en los fines perseguidos por nuestro modelo de Estado.

<sup>24</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 268.

Ya que partimos, como desgraciadamente no puede ser de otra manera, de que la pena privativa de libertad es irrenunciable, y de la convicción —apoyada en la Criminología crítica— de que el delito responde a causas empíricas implícitas en la personalidad del sujeto, apoyamos una ejecución de la pena tendente a la resocialización evitando la injerencia que supone una ejecución de custodia y retribución. Para BERDUGO, el renunciar a esta idea sería un paso atrás en pro de la humanización en la ejecución de las penas dejando anulada toda posibilidad de que el sujeto delincuente vuelva a la sociedad admitiendo, en consecuencia, el carácter meramente aflictivo de la pena.<sup>25</sup>

La resocialización no debe plantearse fuera del modelo social en el que se pretende integrar al reo y sin haber estudiado las causas que a éste lo llevaron a delinquir. En el caso de México, se debe plantear en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho que debe huir del tratamiento del penado como mero objeto a adaptar, y propugnar, en cambio, que se parta de su consideración como sujeto. Por ello se debe renunciar a la resocialización como asunción por el reo de un determinado orden moral que chocaría con los principios de pluralismo y desarrollo libre de la personalidad, como pilares básicos en un estado de derecho.

Como dice BARBERO SANTOS “socializar significa, no otra cosa que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delitos, no que haga suyos los valores de una sociedad que puede repudiar”.<sup>26</sup> Rechazo, por tanto, de los “programas máximos” que, no conformes con pretender que el sujeto respete externamente la ley, aspiran a conseguir el convencimiento ético del individuo y su adhesión interna a los valores sociales. Apoyamos, por consiguiente, a los “programas mínimos” que, únicamente, pretenden facilitar al delincuente una vida futura sin delitos.

Pero la resocialización también entra en crisis, lo hace en los años setenta y desde entonces, ha sido cuestionada. A su crítica contribuyeron, de eso no cabe duda, factores como la escasez de resultados en la prevención de la reincidencia, el alto coste que significaba, el trato desigual que llevaba implícita, etc. Todo ello reforzado por el choque frontal que siempre supone el pretender educar para la libertad

<sup>25</sup> BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I, et al., *Lecciones de Derecho penal, op. cit.*, p. 26. En igual sentido, SILVA SANCHEZ, J-M, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo, op. cit.*, p. 32.; MIR PUIG, S., “¿Qué queda en pie de la resocialización?” en *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 141 y ss.

<sup>26</sup> BARBERO SANTOS, M., *Marginación social y Derecho represivo*, Bosch, Barcelona, 1980

en condiciones de privación de ella y más en un medio que, como el carcelario, fue concebido con finalidades retributivas y de expiación y no para favorecer la reintegración social del delincuente tal y como persigue la resocialización.<sup>27</sup> Donde, por otro lado, existe una subcultura carcelaria caracterizada por valores radicalmente opuestos a la actitud de colaboración que se hace necesaria para conseguir el clima propicio para el tratamiento resocializador.

En cualquier caso, se critica el pretender resocializar a un individuo para integrarlo en una sociedad que en sí es criminógena. Por ello, en muchas corrientes críticas —como la del *labelling approach* o teoría del etiquetamiento, el psicoanálisis, la Criminología crítica— se tras-pasa la culpa del delito, o al menos la causa del mismo, a la sociedad por lo que, como asevera SILVA, de lo que se trataría es de resocializar primero a la sociedad.<sup>28</sup>

Sin embargo la cuestión no está en negar todo fin resocializador, sino en negar toda absolutización del mismo sin aspirar a fines preventivo-generales centrándose de forma desmedida en la ideología del tratamiento cuyo pilar se sitúa en la pena privativa de libertad indeterminada. De forma clara sentencia MIR: “el fin de resocialización no puede ofrecer una respuesta global a la justificación de la pena. La intervención del Derecho penal sigue dependiendo de su necesidad para la protección de bienes jurídicos, esto es, para la Prevención general. Debemos, por consiguiente, evitar el eufemismo y reconocer que no es el bien del delincuente, sino la necesidad de protección social, lo que justifica la intervención penal. La resocialización no puede pretender justificar la pena como un bien necesario para el delincuente. Lo único que puede justificar es la ayuda que el penado admita voluntariamente para su ulterior reinserción social”.<sup>29</sup>

Lo que sí hay es una cosa clara, mientras la pena privativa de libertad siga siendo necesaria —lo que no es difícil de vaticinar, ocurrirá durante mucho tiempo— no podrá renunciarse a la resocialización. Las objeciones hasta llegar a su alcance son superables a medio plazo a través de una vía reformista únicamente posible con las inversiones económicas adecuadas.<sup>30</sup>

Se deben ofrecer al penado medios que le hagan más fácil una vida futura sin delitos; se trata de proponer alternativas a la pena

<sup>27</sup> BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., *et al.*, *Lecciones de Derecho represivo*, Bosch, Barcelona, 1980.

<sup>28</sup> SILVA SANCHEZ, J-M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>29</sup> MIR PUIG, S., “¿Qué queda en pie de la resocialización?”, *op. cit.*, p. 148.

<sup>30</sup> BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., *et al.*, *Lecciones de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 26.

privativa de libertad y, cuando ésta sea inevitable, se debe abogar por una ejecución humana de la misma que respete la dignidad del recluso y facilite la resocialización. Si bien se trata de una empresa difícil, no por ello hay que dejar de intentarlo. Pero también es cierto, como bien resume HASSEMER,<sup>31</sup> que hoy en día nadie cuestiona su necesidad, lo que se cuestiona es la forma de su realización.

Sin embargo, como ya se habrá podido deducir, y expresamente se ha dicho en algún otro lugar de la exposición, la resocialización no puede tomarse de forma absoluta como único fin al que debe tender la pena, sino que sigue apareciendo como necesaria la Prevención general. Este ha sido, para SILVA,<sup>32</sup> el factor determinante de su crisis. La resocialización sólo puede admitirse si se la somete a estrictos límites que impidan su tendencia expansiva.<sup>33</sup>

#### IV.2. *La prevención general*

La prevención general por su parte, a nuestro juicio, tampoco legítima por sí sola la potestad punitiva. En su concepción primera aparece como la coacción que, a través de la ejecución de la pena, se realizaba sobre los miembros de una comunidad todo lo cual llevó a cometer excesos en su ejecución. Es, por ello, una teoría que puede conducir al terror penal en la búsqueda desesperada de fines intimidatorios castigando tan duramente como sea necesario por lo que hace imprescindible una limitación de la Prevención general.

Es una teoría que hoy en día no ha perdido importancia y con ella la proporcionalidad entre delito y pena —único aspecto positivo de la retribución— permanece en pie pudiendo prescindir de las teorías absolutas y todos sus inconvenientes.

Vayamos, no obstante, por partes. En las dos últimas décadas se ha profundizado en esta finalidad preventivo-general y se la ha subclasificado en: Prevención general positiva —cuyo fin es buscar la estabilidad en la confianza de la comunidad en el Derecho— y en Prevención general negativa —o búsqueda de la intimidación en los eventuales delincuentes.

<sup>31</sup> HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 153.

<sup>32</sup> SILVA SANCHEZ, J.-M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>33</sup> MIR PUIG, S., "¿Qué queda en pie de la resocialización?", *op. cit.*, p. 144.

### Prevención general positiva

Se trata de un fenómeno reciente de finales de los años setenta, e incluso principios de los ochenta, donde alcanza su máxima difusión con la versión que de ella hace JAKOBS<sup>34</sup> vinculándola a la Teoría de los sistemas.

En su versión fundadora —seguida por Welzel, Kaufmann, Lesch y el propio Jakobs— considera que el Derecho penal, junto al resto de los medios de control social, debe tratar de influir positivamente sobre el arraigo de las normas. Se trabaja, por tanto, sobre la conciencia ético/valorativa de la colectividad, sobre su fuero interno. Por ello se hace preciso que recaiga sobre el penado una sanción que se sienta como justa en la sociedad. Sin embargo, SILVA se cuestiona hasta qué punto se puede legitimar una teoría que pasa por la estigmatización del delincuente como medio necesario de integración de los no desviados; una doctrina que asume las necesidades de castigo como baremo de decisión del sí y el cuánto de la pena.<sup>35</sup>

Pese a su presentación como doctrina superadora de los inconvenientes de la concepción tradicional intimidatoria, se muestra en última instancia como una doctrina de corte autoritario y discriminatorio que redundaría en una mayor intervencionismo en la esfera valorativa de los ciudadanos, de modo manifiestamente antiliberal, a fin de alcanzar una plena integración y estabilización social. Se propugnan, en el seno de esta teoría, radicales contraposiciones entre los principios de las garantías individuales y los intereses sociales a los que sirve cualquier doctrina de la prevención que puede llevar a sancionar hechos que no se sancionarían desde la lógica de la intimidación o a castigar con mayor dureza lo cual no ocurriría, según MIR,<sup>36</sup> con la versión limitadora de la propia Prevención positiva y que es defendida por Hassemer, Roxin y Zipf la cual, sin tratar de ir más allá de lo necesario para la intimidación, contribuye a frenar el terror de la Prevención general negativa. Se trataría, por consiguiente, de limitar la Prevención general con una serie de principios que deben restringir el Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho.

De acuerdo con HASSEMER, las teorías Preventivo-generales positivas coinciden, en el fondo, con las variantes más tardías de las teorías

<sup>34</sup> JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general, op. cit.*

<sup>35</sup> SILVA SANCHEZ, J.-M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo, op. cit.*, p. 234.

<sup>36</sup> MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 4ª edic., Barcelona, 1996, p. 51.

absolutas que habían intentado hacer pausable su concepción de la pena como realización de la justicia, indicando que con ello se consigue también a largo plazo fortalecer las ideas morales de la población.<sup>37</sup>

### Prevención general negativa

¿Puede, entonces, la Prevención general negativa dar una justificación aceptable al *ius puniendi*? Para empezar, son las únicas que no confunden el Derecho con la Moral o la Naturaleza o por lo menos son, en sus propósitos, ideológicamente neutrales. En ella cabrían dos subgrupos: intimidar por medio del ejemplo ofrecido por la imposición de la pena o intimidar a la generalidad por medio de la amenaza de la pena contenida en la ley. Para JAKOBS se trata del carácter drástico del sufrimiento propio de la pena como consecuencia desalentadora del comportamiento infractor.<sup>38</sup>

Sin embargo el fin de la Prevención general negativa tampoco es suficiente como criterio limitador de las penas dentro de un modelo de Derecho penal mínimo y garantista ya que, al igual que las retribucionistas, aluden la cuestión de porqué prohibir. Por lo tanto su tendencia es hacia un Derecho penal máximo, más eficaz cuanto más elevadas y severas sean las penas con las que se amenaza y, en su momento, se ejecutan. Todo lo contrario a la conclusión más extendida —de la que formamos parte— de que, en la búsqueda de la prevención, es más efectiva la certeza de la aplicación de las penas que su endurecimiento. En cualquier caso, ¿cómo puede justificarse el que se castigue a un individuo no en consideración a él mismo, sino en consideración a otros?

Que el Derecho penal tiene un efecto intimidatorio se debe ya al mismo carácter limitador de derechos. Como manifiesta SILVA, la legitimación axiológica no la posee la Prevención general en sí misma, sino en relación dialéctica con los demás fines del Derecho penal como son la máxima prevención, la utilidad social y las garantías individuales.<sup>39</sup> En conclusión, ninguna teoría de la pena puede, por sí sola y tomada de forma absoluta, justificar la imposición de una pena y con ello legitimar la propia existencia del Derecho penal ya que, como hemos visto, pueden conducir al terror penal, al endurecimiento extremos de las penas, a las penas indeterminadas, etc.

<sup>37</sup> HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, op. cit., pp. 161 y ss.

<sup>38</sup> JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 26 y ss.

<sup>39</sup> SILVA SANCHEZ, J.-M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., pp. 212 y ss. En idéntica línea, PALAZZO, F., "La pena en la Constitución italiana", en *Actas del VII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho penal*, Universidad de Salamanca, 1995, p. 23.

V. TEORÍAS ECLÉCTICAS O UNIFICADORAS

Ante esta situación la solución más extendida es la adopción de las denominadas *teorías eclécticas, unitarias o de la unión*. Son las teorías dominantes en la actualidad y dentro de ellas cabe apreciar dos subgrupos. El primer subgrupo lo conformarían aquellas fundamentaciones teóricas que se limitan a acumular en una mera adicción los puntos de vista particulares de las distintas opciones lo cual, o no quiere decir nada —y es por tanto superfluo—, o si se les toma al pie de la letra, son extremadamente peligrosas y pueden conducir a una ampliación del campo de actuación de la pena que se convierte así en un medio de reacción acto para cualquier empleo y donde los efectos de cada teoría, lejos de suprimirse entre sí, se multiplican. Grupo de teorías, a nuestro criterio, absolutamente rechazables. Para SILVA, este grupo de teorías si bien limitan los aspectos negativos de cada una de las teorías preexistentes, fracasan en la resolución de las antinomias de fines que aparecen. Por lo general debido al carácter opuesto de las ideas de retribución y prevención.<sup>40</sup>

El segundo grupo lo conformarían aquellas otras doctrinas que, recurriendo a criterios dinámicos, asignan a cada uno de los momentos de la pena —conminación, aplicación y ejecución— fines parcialmente diferentes.

*La teoría unificadora dialéctica*

Ante el fracaso de las teorías de la unión surge lo que ROXIN calificó de "*teoría unificadora dialéctica*"<sup>41</sup> que, con el fin de evitar la exageración unilateral dirige sus esfuerzos a buscar cohestaciones entre Prevención general y Prevención especial mediante restricciones recíprocas, a partir de la delimitación de los sucesivos estadios de la norma —conminación, aplicación judicial y ejecución.

Partimos de que es la Prevención en sus dos vertientes —general y especial— la que debe afrontar la pena en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, pues ambas aparecen como adecuadas a la meta última de posibilitar la vida en sociedad mediante la prevención de delitos. En cada etapa se debe dar una justificación por separado pero sin olvidar que cada fase ha de acoger en su seno los principios de la fase que le precede:

<sup>40</sup> SILVA SANCHEZ, J.-M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., pp. 201 y 202.

<sup>41</sup> ROXIN, C., "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos de Derecho penal*, Reus, Madrid, 1976, op. cit., pp. 19 y 20.

a) *Conminación penal o elaboración legislativa*: se justifica únicamente por la necesidad de Prevención general subsidiaria de los bienes jurídicos. Las exigencias preventivo-generales se satisfacen a través de una cantidad de pena establecida en un marco penal dentro del cual se produce la concreción de dicha cantidad en las siguientes fases.<sup>42</sup> La Prevención especial en este momento no tiene cabida porque aún no hay sujeto delincuente a quien aplicarla; sólo se está elaborando la norma que algún día se aplicará.

b) *Imposición y medición de la pena*: se trata de Prevención general pero no como mera intimidación, sino también como salvaguardia del Ordenamiento Jurídico en la conciencia de la comunidad. Pero también hay un cierto componente preventivo-especial ya que la imposición de la pena estará justificada, únicamente, si se consigue compaginar su necesidad para la comunidad jurídica con la autonomía de la personalidad del delincuente que el derecho asimismo tiene que garantizar. Aunque la Prevención general es una finalidad consustancial a la actuación del legislador, la concrección que debe realizar el juzgador tiene que estar guiada por exigencias Preventivo-especiales. Por lo tanto, el momento decisivo en la vida de la norma ya es permeable a las exigencias preventivo-especiales.

c) *Ejecución de la pena*: sólo puede estar justificada si tiene como contenido la reincorporación del delincuente a la comunidad. Función, por tanto, preventivo-especial positiva o resocializadora, lo que no quiere decir que en esta etapa se elimine a la Prevención general, ya que la ejecución de la pena no es sino la consumación de la conminación penal, o lo que es lo mismo, la demostración de que la amenaza iba en serio. Si de forma sistemática no se cumplieran las penas previstas por el legislador, desaparecerían el potencial efecto intimidante de la Prevención general.

## VI. CONCLUSIONES

El enfrentamiento, por tanto, se da entre Prevención general y Prevención especial "como reflejo del eterno conflicto entre individuo y sociedad".<sup>43</sup> Históricamente el conflicto se ha resuelto a favor de la sociedad, relegando los derechos del individuo delincuente a un segundo plano —el mismo sentido que en su origen también tuvieron en su origen las penas privativas de libertad—. La función preventivo-especial queda, por tanto, condicionada a la consecución de otras

<sup>42</sup> BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, II., *et. alt.*, *Lecciones de Derecho penal, op. cit.*, pp. 20 y ss.

<sup>43</sup> HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal, op. cit.*, p. 135.

metas que, hoy por hoy, siguen constituyendo la razón predominante de todo el Ordenamiento jurídico-penal. La finalidad preventivo-especial, sobretodo en su vertiente resocializadora, sigue siendo más un *desideratum* que una realidad.

La situación actual es la siguiente:

—A pesar de que todo el mundo se vanagloria de que el ideal retribucionista ha desaparecido, continuamente aparecen demandas de cumplimiento total de las penas de prisión y de apaciguamiento de la alarma social. Se trata de un resurgimiento de las teorías retribucionistas manifestado, no sólo con medidas inspiradas en la filosofía de “la ley y el orden” sino, y aquí comienza el miedo, con la edificación de verdaderas construcciones teóricas que disfrazadas de neutrales y democráticas vienen a legitimar toda política-criminal por muy autoritaria y antidemocrática que realmente sea.<sup>44</sup>

—A juicio de SILVA<sup>45</sup> el absolutizar y negar toda aspiración preventivo-general en la resocialización trajo como consecuencia el surgimiento del neoclasicismo. Corriente que, adoptando como argumento central la corriente del “*nothing works*”, ha supuesto también, según HASSEMER, un retorno a la represión pura y dura; una vuelta a la concepción de la “pena de la culpabilidad”.<sup>46</sup>

—Según Baratta, la crisis del Estado de Bienestar, y el consiguiente recorte presupuestario, ha llevado a que hoy se asista en muchos países, sobretodo en Estados Unidos, a un desplazamiento de la Prevención especial positiva o resocializadora, a la negativa, intimidatoria o inocuizadora.<sup>47</sup> Paso de un enfoque resocializador a otro intimidatorio al incrementarse notablemente la gravosidad de las condiciones de la privación de libertad. Retorno a von Liszt, al neoclasicismo al que acabamos de hacer mención, donde la retribución y la Prevención especial negativa van quitando espacio a las metas resocializadoras y la pena privativa de libertad, tal y como está concebida hoy en día, aparece como instrumento apropiado para ello. A tenor de HASSEMER “la crisis de la pena privativa de libertad sigue siendo y será su incapacidad para superar el carácter preventivo-general que está en su origen; lo cual es buena prueba de la necesidad de su abolición y sustitución por otros sistemas alternativos a la misma. Pero, ¿hasta qué punto está la sociedad dispuesta en estos momentos a buscar y fomentar esas alternativas a la prisión? El punto

<sup>44</sup> GARCIA RIVAS N., *El poder punitivo en el estado democrático*, op. cit., pp. 39 y 40.

<sup>45</sup> SILVA SANCHEZ, J.-M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 34 y ss.

<sup>46</sup> HASSEMER-MUNOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, op. cit., p. 152.

<sup>47</sup> GARCIA RIVAS, N., *El poder punitivo en el estado democrático*, op. cit., pp. 38 y 39.

de partida está claro: hay que abandonar de forma definitiva cualquier planteamiento puramente retribucionista o expiacionista como aspecto único de la pena privativa de libertad".<sup>48</sup>

El panorama no puede ser más retribucionista. La pena sirve para reforzar los valores de una sociedad que se muestra incapaz de hacer frente al crimen procurando los medios para reducir la conflictividad con lo que se está ahogando por completo la única tendencia humanitaria, la resocializadora.<sup>49</sup> Todo ello, por otra parte, parece legitimar la dureza represiva a lo que contribuye la novedosa Prevención-general positiva que, apelando a la reafirmación de los valores éticos, prescinde de cualquier crítica al sistema y se sitúa, por tanto, en la línea retribucionista.

Sin embargo, no podemos darnos por vencidos, la resocialización debe seguir siendo el punto de referencia. Para SILVA<sup>50</sup> de lo que se trata es de apostar por medios liberales, comunicativos de resocialización. La resocialización es la única esperanza que nos queda para alcanzar ese Derecho penal menor del que habla Radbruch. Es la vía hacia el Derecho penal mínimo.

#### *Garantismo y Derecho penal mínimo*

Lo que legitima al Derecho penal es la minimización de la violencia en la sociedad. El Derecho penal mínimo cuyo límite de reducción, según FERRAJOLI, es el mínimo necesario para evitar la violencia informal de la sociedad.<sup>51</sup> Pero no se trata de magnitudes exactas. Lo que en cada momento histórico se estima como mínimo necesario de la intervención penal constituye el equilibrio alcanzado por la tensión dialéctica —constante en ese determinado momento— entre el interés prevencionista y otros como el humanitario o el resocializador, centrados en la protección de garantías individuales. El Derecho penal evoluciona por la vía de su restricción progresiva, cada vez es más "mínimo".<sup>52</sup>

"La propuesta garantista ni implica una vuelta atrás, ni ofrece algo completamente nuevo. Expresa la síntesis adecuada al presente momento histórico de la evolución de las ideas penales. El garantismo que, partiendo de la función de protección de la sociedad a través de la

<sup>48</sup> HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, op. cit., pp. 140 y 141.

<sup>49</sup> GARCIA RIVAS, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, op. cit., p. 39.

<sup>50</sup> SILVA SANCHEZ, J.-M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 33.

<sup>51</sup> FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, op. cit., pp. 851 y ss.

<sup>52</sup> SILVA SANCHEZ, J.-M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 39.

Prevención general del delito, procede a subrayar las exigencias formales de seguridad jurídica, proporcionalidad, etc., y acoge, a la vez, las tendencias humanizadoras, expresa el estado hasta ahora más evolucionado de desarrollo de las actitudes político-criminales básicas, la síntesis de los esfuerzos en pro de un mejor Derecho penal y constituye la plataforma necesaria para abordar de modo realista y progresista los problemas teóricos y prácticos del Derecho penal".<sup>53</sup>

## VII. EL SISTEMA DE PENAS EN MÉXICO

Todo lo hasta ahora dicho es muy bonito y todo el mundo está en completo acuerdo. Pero bajemos de las nubes, pongamos los pies en la tierra y veamos que ocurre en la realidad. Más concretamente, ¿qué ocurre en México?, con su Constitución y su Código penal\* delante, ¿cuál es el fin que realmente persigue con sus penas?

Partimos, como no podía ser de otra manera, de su Constitución. A lo largo de su articulado el Texto Fundamental de la República configura al Estado como Social y Democrático de Derecho —lo social de forma especialmente predicable por ser la primera Constitución que así lo señala—, lo cual en palabras de MIR PUIG, "supone no sólo la tentativa de someter la actuación del Estado Social a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real al servicio de todos los ciudadanos".<sup>54</sup>

En su artículo 18 la Constitución mexicana señala la tendencia resocializadora del sistema penal lo cual, además de ser muy loable, se ve materializado en determinados puntos, pero contrariado en otros no menos importantes. A ese fin resocializador, sin duda alguna, aportan su granito de arena instituciones como el Derecho especial de menores, la condena condicional, la libertad condicional, el hecho de que se hayan sustituido las penas cortas privativas de libertad por multa o trabajos en beneficios de la comunidad, o la derogación de la sustitución de la falta de pago de la multa por la prisión equivalente, etcétera.

Sin embargo, aun persisten ciertas lacras en la legislación mexicana que en nada contribuyen a tan magna tarea resocializadora. Sin ir

<sup>53</sup> SILVA SANCHEZ, J.-M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, *op. cit.*, p. 41.

\* A efectos de este trabajo, tomaremos como referencia general el Código penal de México, D. F.

<sup>54</sup> MIR PUIG, S., "Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho", *op. cit.*, p. 35.

más lejos, el artículo 25 del Código penal. Este artículo fija el límite máximo de prisión en los 40 años —susceptible de ampliarse a 50 años en determinados casos como el homicidio calificado del artículo 320—. Ante esto consideramos que si la prisión, que en sí misma es desocializadora, ¿qué resocialización cabe esperar en un sujeto que se ve privado de su libertad durante 40 años cuando estudios psicológicos y sociológicos han demostrado que no cabe obtener ningún efecto resocializador a partir de, como mucho, los 15 años de prisión?

Pudiera pensarse que la amplitud del límite máximo esté sujeto a la búsqueda de fines preventivo-generales. En nuestra opinión, y como ya hemos puesto de manifiesto en algún momento anterior, la intimidación de la sociedad no se consigue tanto con la dureza de la sanción como con la certeza de su aplicación. Por ello, y por todas las razones de Derecho individual, garantístico y mínimo, somos partidarios, sin lugar a dudas, de una continua restricción de la pena privativa de libertad.

Otra característica que llamó poderosamente nuestra atención de este Código penal es el enorme margen que, entre el límite mínimo y el máximo, tiene la pena en algunos tipos jurídicos; *v. gr.*, artículo 128: de 5 a 40 años por delito de traición a la patria; art. 306: de 8 a 20 años en el homicidio simple; y art. 323: de 10 a 40 años en homicidio en razón del parentesco. Si bien partimos, como es normal, de que toda pena debe dejar un margen de discrecionalidad al juez o tribunal para que éste se adapte, en la medida de lo posible, a las circunstancias del hecho y a las características de su autor, consideramos que si el límite máximo, como suponemos sea así, fija el mínimo imprescindible para prevenir a la sociedad y evitar las reacciones informales —ese mínimo imprescindible del que habla Ferrajoli—, ¿a qué fin se fija un máximo tan elevado que a lo único a que puede llevar es a que dos hechos delictivos semejantes sean castigados con penas absolutamente dispares dependiendo, en muchas ocasiones, de factores tan ajenos y externos al propio delincuente y a su hecho delictivo, como pudiera ser el oportuno sensacionalismo que los medios de comunicación hubiesen dado a uno de ellos? ¿qué Prevención general o Prevención especial cabe buscar aquí?

A nuestro juicio apenas se podría justificar tal elevación porque consideramos que de haber algún efecto preventivo éste sería mínimo puesto que cualquier sujeto podría pensar que la pena que le pudieran imponer sería la mínima en el caso de que le pusieran

alguna. Volvemos con todo esto a la idea anterior de que más que la dureza de las sanciones, lo que realmente intimida es la certeza en su imposición. Por consiguiente estaríamos ante un vestigio retribucionista que, sin buscar ningún fin social, se limitaría a castigar por el simple hecho de hacerlo.

Lo mismo cabría decir de la regulación que se hace de la reincidencia y la habitualidad en los artículos 20 y siguientes del Código penal, como motivo suficiente por el que la pena puede verse ampliada. ¿Qué fin social se busca con ese incremento en la sanción? Para nosotros ninguno, sólo se castiga más por ser más veces malo. Estamos, nuevamente, ante otro rastro retribucionista.

Y como final de la exposición, y sobre todo para que ésta no presente una imagen inacabada, tocaremos muy soslayadamente el tema de la pena de muerte. Para todo aquel que —catalogaríamos habitante de un mundo utópico o imaginario—, considere que se trata de un tema cerrado, del tema “de siempre”, empezamos por advertirle que se trata de un asunto, por desgracia, muy actual y más abierto a la discusión que nunca. Precisamente en nuestros dos países —México y España— se discute con rabioso ímpetu después de penosos acontecimientos. Para comenzar, ciudadanos de ambos países, se están viendo directamente involucrados en la política represiva de los Estados Unidos. En el caso de México, un ciudadano mexicano ha sido ejecutado en el Estado de Texas mediante inyección letal, hace apenas un mes, mientras que otro hombre, en este caso de nacionalidad española, espera en los pasillos de la muerte a que se ejecute su sentencia a la pena capital, en otro Estado estadounidense. En España, además, desde que ETA asesinó al joven Miguel Angel Blanco, después de pretender chantajear al gobierno, se están alzando continuas y, lo que es peor, numerosísimas voces a favor de la pena de muerte. Creemos que esto debe hacernos recapacitar a todos.

Repetimos, el tema no está ni mucho menos cerrado. Si bien el Código penal mexicano no prevé la pena de muerte en su catálogo de penas, el Código de Justicia Militar sí lo hace en su artículo 122 respaldado por una Constitución que, no sólo admite tal posibilidad sino que, además, establece pormenorizadamente las bases de su aplicación, los delitos en que cabe aplicarla.

Por tanto, mientras la Norma Suprema la prevea como posibilidad punitiva no son vanos ninguno de los esfuerzos que aboguen por su total desaparición de la legislación mexicana, comenzando por el Código de Justicia Militar y acabando con un broche de oro, con su erradicación de la Constitución de la República.

Con ello cualquier intento posterior de imponerla sería inconstitucional y haría necesario reformar la propia Constitución lo cual, como todos sabemos, es un proceso tedioso y complicado que, en muchos de los casos, haría decaer las expectativas represivas de más de un gobierno caprichoso que, buscando cierta adhesión popular, decidiera reinstalar una pena que, como la capital, es absolutamente retribucionista e inadmisibles en nuestro tiempo por excesiva, cruel e inhumana, contraria a un Estado respetuoso de la dignidad humana como el mexicano.

# El concepto material de culpabilidad

Dr. José Cerezo Mir\*

**E**l concepto de culpabilidad como reprochabilidad personal de la acción típica y antijurídica es un concepto formal, pues no indica cuál sea el fundamento de la reprochabilidad, es decir, ¿por qué se le reprocha al sujeto la realización de la acción típica y antijurídica?<sup>1</sup>

Según la opinión dominante en la Ciencia del Derecho penal española<sup>2</sup> y alemana,<sup>3</sup> el fundamento de la reprochabilidad se halla en la capacidad del sujeto de obra de otro modo. Este concepto material

\* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid.

<sup>1</sup> Véase, en este sentido, especialmente, Angel Torío López, El concepto individual de culpabilidad, en *Crime and Criminal Policy, Papers in Honour of Manuel López-Rey y Arroau*, UNDSRI, Franco Angeli, Milán, 1985, págs. 679 y ss.

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, Cuello Calón-Camargo, *Derecho Penal*, I, Parte General, vol. 1º, 17 ed., Bosch Barcelona, 1980, págs. 423-424, aunque considera que el problema del libre albedrío está fuera del campo del Derecho Penal y se conforma con una "voluntad consciente y libre (no cohibida)" (pág. 431); Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, V, 2ª ed., Losada, Buenos Aires, 1963, pág. 216, aunque, dadas sus convicciones deterministas, considera únicamente que la culpabilidad presupone la libertad entendida como obrar espontáneo y motivado (pág. 95); Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, Madrid, 1949, pág. 192 y ss. ("no habiéndose demostrado racionalmente el determinismo, se mantiene la creencia en la libertad intuida por nuestra conciencia y de aceptación universal", pág. 196); Quintano Ripollés, *Curso de Derecho Penal*, I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, págs. 266-267; Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, 18 ed., Dykinson, Madrid, 1995, págs. 432 y ss. (aunque considera que el concepto de libertad en que se basan las leyes penales consiste exclusivamente en la ausencia de coacción, pág. 435); Córdoba Roda, *Culpabilidad y pena*, Bosch, Barcelona, 1977, págs. 70 y ss.; Cobo del Rosal-Vives Antón, *Derecho Penal*, Parte General, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, págs. 409 y ss. y 415-417; y Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, III, Culpabilidad, Punibilidad, Formas de aparición, Bosch, Barcelona, 1985, págs. 17-18 y 24.

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1969, págs. 138 y ss.; v. Weber, Grundriss, des deutschen Strafrechts, 2ª ed., Ferd. Dümmlers Verlag, Bonn, 1948, págs. 106 y ss.; Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4ª ed., C.F. Müller Verlag, Karlsruhe, 1971, págs. 358 y ss.; Baumann-Weber, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9ª ed., Verlag E. y W. Gieseking, 1985, págs. 358 y ss.; especialmente pág. 368; Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2ª ed., Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag, 1976, págs. 279 y ss.; y Bernd Schönemann, Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland, separata de Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, Duncker-Humboldt, Berlín, págs. 151 y ss.

# La pena de muerte. Tema de actualidad en México\*

Dra. Nieves Sanz Mulas

*El principal argumento racional contra la pena de muerte es que no existe argumento racional a su favor.*

BOCKELMAN

## I. INTRODUCCIÓN

**D**el artículo 24 del Código penal mexicano se desprende la exclusión de la pena de muerte en su catálogo de penas. No obstante, el hecho de que se conserve en el Código de Justicia militar, —dentro del desglose de sanciones de su artículo 122—, y la perfecta apoyatura que, al respecto, supone el artículo 22 de la Constitución de la República, —que no sólo no la prohíbe como pena sino que, además, sienta las bases para su imposición—, hace que el tema no esté zanjado y más aún ante la aún cercana ejecución de un ciudadano mexicano en el vecino Estado de Texas. Coyuntura, por lo demás, propicia para que de nuevo surja la disyuntiva sobre la conveniencia o no de su reimplantación ante las incesantes voces a favor de su nueva puesta en marcha.

## II. UN POQUITO DE HISTORIA

Ya Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, en el 1764, y en su obra *Dei delitti e delle pene*,<sup>1</sup> se plantea cuestiones como, ¿es verdaderamente la muerte una pena útil y necesaria para la seguridad y el buen orden

Area de Derecho Penal. Universidad de Salamanca

\* Conferencia pronunciada el día 2 de julio de 1997 en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) en la ciudad de México, D. F. por gentil invitación de su presidente el Prof. Dr. Fernando Castellanos Tená en el marco del "Seminario de Derecho Penal México-España" celebrado entre los días 1 y 2 de julio de 1997.

<sup>1</sup> Beccaria, C., *De los delitos y de las penas*, introducción y traducción de F. Tomás y Valiente, 4ª reimp., Aguilar, Madrid, 1982

de la sociedad? Los gritos de dolor de un infeliz ¿harán que desaparezcan del tiempo, que no retrocede, las acciones ya consumadas?

Con éstas y otras preguntas, el tantas veces renombrado autor, da un significativo impulso a un movimiento de revisión de las penas que alcanza hasta nuestros días cuya tendencia es la, aún latente y continua, humanización de las consecuencias jurídicas del delito. Proceso humanizador principalmente determinado, a lo largo de este siglo, por un amplio movimiento abolicionista y una constante tendencia a restringir el uso de la pena privativa de libertad, plasmada en el art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 donde se propugna

(..) la radical y absoluta prohibición de la tortura, las penas y los tratos inhumanos o degradantes.

O como señala el art. 1.1 de la constitución alemana

(...) La dignidad de la persona entendida como la superioridad o importancia que se le concede por el simple hecho de serlo, y con independencia de la forma como se comporte, es inviolable".<sup>2</sup>

La pena de muerte es tan antigua como la propia humanidad. La primera representación conocida de una ejecución capital se encuentra en las pinturas prehistóricas de los muros de la Cueva Remigia en la actual provincia española de Castellón.<sup>3</sup>

La creencia en la necesidad de la pena capital por necesidades retributivas, intimidatorias, de prevención especial, etc., predomina intocable a través de los siglos.

En las Edades Media y Moderna se aplicó a un enorme repertorio de delitos que iba desde el tercer hurto, el robo de ovejas o el beso a una mujer, hasta el regicidio produciéndose la ejecución mediante descuartizamiento, tiro de caballos, fuego en la hoguera, despeñamiento, empalamiento, cocción, etc. Se trataba de un derecho ejecutivo, inculto y ciegamente represivo; *v. gr.*, en Suecia se creía que beber la sangre del ajusticiado tenía efectos curativos por lo que los enfermos rodeaban el cadalso; mientras que "por razones de decencia" se negaba la horca a la mujer, optando "piadosamente" por enrodarla o empalarla.

<sup>2</sup> Garrido Falla, F., *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980. P. 137; Rodríguez Mourullo, G., "Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte", en *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, 1982, pp. 61 y ss

<sup>3</sup> Barbero Santos, M., *Penal de muerte. El ocaso de un mito*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 3.

Derecho, como decíamos, excesivamente retributivo que llega a imponer penas a difuntos, o en efigie, a todo tipo de animales como perros, cerdos, caballos..., y ¡hasta hormigas! —sobre los que recaían a veces hasta 116 puntos de acusación e incluso se les aplicaba la pena de muerte— y a cosas inanimadas. El abuso de la pena capital fue de tal entidad que se sabe, por ejemplo, que en algunos lugares de señorío alemanes se ejecutaba a vagabundos con el mero fin de que no prescribiera el Derecho feudal de horca y cuchillo.<sup>4</sup>

Las cosas comienzan a cambiar a partir del siglo XVIII pero no de forma casual sino como respuesta al empuje dado por la Ilustración concretado en sus consabidas tendencias humanizadoras, y en su respeto a los derechos individuales al colocar en más alto nivel, del que hasta entonces ostentaba, a la vida humana. Si bien no puede hablarse de abolicionismo en sentido estricto, sí es dable advertir la presencia de un movimiento crítico sobre la frecuencia de su aplicación y la crueldad de su mecánica ejecutiva.<sup>5</sup>

Con la aparición de la guillotina<sup>6</sup> como un aparato que “sin hacer sufrir hace saltar la cabeza en un abrir y cerrar de ojos”, —como explicó el Dr. Guillotín ante la Asamblea Nacional Francesa en 1789— se da un gigantesco paso hacia la humanización de la pena con la caída de las anteriores, y más crueles, formas de ejecución.

Las ejecuciones dejan de ser públicas y la muerte un espectáculo en día de fiesta en los países civilizados —hasta entonces era una fiesta popular a la que acudían los padres con sus hijos, convencidos de su efecto ejemplarizante, y donde el alquiler de sillas era un negocio próspero, además de beneficioso—. Todavía en 1889, la agencia de viajes Cook al organizar excursiones a París con motivo de la Exposición Universal, incluía en sus itinerarios la asistencia a una ejecución en la plaza de la Roquette o de la Grève. Igualmente, hasta 1832, en Inglaterra los cadáveres de los reos eran propiedad del verdugo que podía venderlos a sus familiares o a médicos notables para sus prácticas de anatomía sustituyendo a la costumbre de dejarlo en el lugar de ejecución para pasto de las alimañas.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>5</sup> Landrove Díaz, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 32 y ss.

<sup>6</sup> El Decreto de 21 de enero de 1790 instaura la decapitación por medio de esta máquina, y por Decreto de 20 de marzo de 1792 la Asamblea Revolucionaria Francesa autoriza su construcción encomendada al mecánico de clavicordios de Edimburgo Tobías Schmidt. Las primeras pruebas se efectúan el 17 de abril de ese mismo año, y el día siguiente tiene lugar el primer guillotinado en la persona de Jacques Pelletier. *Vid.* García Valdez, C., *Teoría de la pena*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 27 y ss.

A lo largo del siglo XIX, aunque con importantes retrocesos, puede afirmarse que la historia de la pena de muerte, tal y como asevera Voltaire, es la historia de su abolición.<sup>7</sup> No obstante, ya en la actualidad, y tras una fría observación de las estadísticas, asistimos a un panorama más bien desalentador al comprobar que siguen siendo más los países que la conservan —incluso para delitos comunes— que los que la han erradicado de sus legislaciones.

### III. LA PENA DE MUERTE EN EL MARCO INTERNACIONAL

Son 4 los grupos en que tradicionalmente se clasifica a los países según la postura adoptada, por cada uno de ellos, respecto de la pena capital:<sup>8</sup>

a) *Abolicionistas para todos los delitos*: grupo conformado por aquellos países que no prevén la pena capital para ningún delito. En total son unos 53 países entre los que se encuentran Australia, Ecuador, Honduras, Colombia, o Costa Rica.

b) *Abolicionistas sólo para delitos comunes*: la prevén sólo para delitos excepcionales, como los crímenes bajo la ley militar o los cometidos en tiempos de guerra. Lo conforman un total de 16 países entre ellos México —con la última ejecución, si no nos equivocamos, en 1937— y España.

c) *Abolicionistas "de facto"*: grupo constituido por aquellas naciones que, pese a mantener la pena de muerte para delitos comunes, no han tenido ninguna ejecución en los últimos 15 ó 20 años. Forman parte de este grupo unos 18 países como Bélgica, Bolivia o Costa de Marfil.

d) *Retencionistas*: mantienen y utilizan la pena capital para delitos comunes. Es el grupo más numeroso por reunir a unos 103 países como Estados Unidos, Guatemala (donde se ejecutó a dos hombres en septiembre de 1996, después de 12 años sin aplicarla), Barbados, Belice o la República Dominicana.

### IV. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA

Sobre este tema siempre ha habido quienes se han mostrado a favor y quienes lo han hecho en su contra ¿cuáles son sus argumentos?. BARBERO SANTOS<sup>9</sup> los sintetiza en 6 puntos:

<sup>7</sup> Berdugo Gómez de la Torre, I., *et al.*, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 284.

<sup>8</sup> Clasificación hecha según los datos aportados por Amnistía Internacional.

<sup>9</sup> Barbero Santos, M., *La pena de muerte...*, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

a) *La seguridad colectiva.* Sobretudo los clásicos, con Kant y Hegel como máximos exponentes, consideraban imprescindible, en ciertos delitos, la muerte del delincuente para la protección de la seguridad de los ciudadanos. Sin embargo, no deja de ser paradójico que la sociedad pretenda proteger la vida de los hombres matando a uno de ellos, además de resultar absolutamente incoherente que se supriman las penas corporales por considerarlas contrarias a la dignidad humana, y mantener en cambio la pena de muerte que anula por completo al individuo —algo que, como veremos más adelante, ocurre en el artículo 22 de la Constitución mexicana—.

Por otra parte, y como es más que evidente, se está actuando en contra del principio resocializador de la pena de lo que tanto se vanagloria la propia Constitución mexicana en su art. 18. Se está, por tanto, respondiendo a vestigios retribucionistas que a estas alturas de la discusión doctrinal, se tornan obsoletos y deberían verse absolutamente descartados.

b) *La intimidación.* ¿La justificación de su existencia está en su efecto intimidante o preventivo general (negativo, claro está)? La tradición histórica nos demuestra que la supresión de la pena de muerte nunca ha implicado un correlativo incremento de la criminalidad.<sup>10</sup> Además, por si lo anterior no fuera argumento suficiente, son muchos los asesinos —sobretudo delincuentes de conciencia o ideología— que buscan la condena a muerte para convertirse en héroes. La distancia del patíbulo a la glorificación puede ser tan sólo de unos pocos pasos; *v. gr.*, Jesucristo o Juana de Arco que, si bien no fueron delincuentes ni buscaron la condena a muerte, pasaron de ser indeseables para la sociedad a ser venerados y glorificados por ella.

La pena de muerte posee una cierta *vis atractiva* que, en ciertas ocasiones, produce un efecto estimulante y contagioso más que intimidante. Son muchos los que, tras un aberrante crimen de sangre, llaman a la policía pretendiendo adjudicarse los hechos. Se sabe, por otro lado y sin abandonar el hilo del tema, que muchos condenados a pena de muerte anteriormente habían presenciado alguna ejecución. En España, el 27 de septiembre de 1975, en el espacio de una hora y en distintos lugares del país, morían fusiladas cinco personas. El 1 de octubre se produjo una manifestación como adhesión a las medidas adoptadas por el General Franco. Una semana después eran asesinados tres guardias civiles en Oñate.

<sup>10</sup> Conclusión a la que llegó en el *Report* confeccionado por el comité encargado de estudiar el tema de la abolición de la pena de muerte, la *Royal Commission on Capital Punishment*, 1949-1953, Report London s.f. (1954). *Vid.* en Barbero Santos, M., *Pena de muerte...*, *op. cit.*

Ante todo esto nosotros no encontramos en la intimidación argumento suficiente que justifique la existencia de la pena de muerte. En cualquier caso consideramos y defendemos la propuesta de Beccaria de que, a efectos intimidatorios, es más válida la certeza en la imposición de la pena que el endurecimiento de ésta. Por lo tanto apoyamos como suficiente una certera aplicación de la pena privativa de libertad. En lo que a su duración respecta, no es un tema a tratar en este momento.

c) *La retribución.* Para sus defensores sólo la pena de muerte puede corresponder a delitos como el asesinato, no la pena privativa de libertad. Se trata de la concepción arcaica de la Ley del Tali6n, del "ojo por ojo y diente por diente" ante lo cual nos preguntamos, ¿cuál sería la pena que correspondería al bigamo o al violador de sepulturas?. La gravedad de una pena depende del cuadro de valores sociales existentes en cada cultura, y si hoy parece suficientemente grave para los delitos más graves una larga privación de la libertad, seguramente dentro de un tiempo se consideraran suficientes penas aún menos graves.<sup>11</sup> En esta línea la pena de muerte es una pena anacrónica al actual patrimonio cultural.

d) *El verdugo.* La pena capital trae consigo ineludiblemente la existencia de un hombre dedicado profesionalmente a privar de la vida a otros hombres. Se trata de un ser que inspira horror y desprecio, de un individuo estigmatizado por la misma sociedad que justifica su existencia. Pero más dramático es, si cabe, la falta de emoción ante el cumplimiento de su tarea, el que pueda acostumbrarse a privar de la vida a otras personas sin experimentar sentimiento alguno. Como manifestó Pierrepoint, uno de los verdugos más famosos, ante la *Royal Commission on Capital Punishment* "mi trabajo no me resulta molesto, me he acostumbrado a él".<sup>12</sup>

e) *Los errores judiciales.* Es una posibilidad, una sombra que siempre está detrás de la pena capital. Como referencia nos es suficiente con los Estados Unidos donde, en 1962 ante la pregunta del Comité Europeo para los asuntos criminales del Consejo de Europa sobre ¿cuántos errores judiciales han existido allí?<sup>13</sup> Sellin indica 4 casos, Wood-Warte anteriormente hablaba del 11% en sentencias de asesinato de primer grado y Barner y Teeter del 50%. En Alemania se barajó la cifra de 27 errores judiciales entre 1853 y 1953. Creemos que sobran las palabras...

<sup>11</sup> Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*. PPU, Barcelona, 1996, p. 691.

<sup>12</sup> Barbero Santos, M., *Pena de muerte...*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>13</sup> García Valdez, C., *Teoría de la pena*, *op. cit.*, pp. 54 y ss.

f) *La permanencia histórica.* ¿Puede ser un argumento justificativo de la pena de muerte bajo nuestras actuales convicciones?

Antes de profundizar en este punto, transcribiremos la ejecución aplicada a Damiens por haber herido ligeramente con una pequeña navaja al rey de Francia Luis XV: "Fue condenado el 2 de marzo de 1757 a reconocer sus errores delante de la puerta de la iglesia de París, a donde se le condujo en carreta desnudo, en camisa portando una vela encendida. Trasladado después a Grève le atenacearon los pechos, brazos, muslos y pantorrillas, le quemaron en azufre la mano derecha, sobre las heridas producidas por el atrozamiento vertieron plomo fundido, aceite hirviendo, pez, cera y azufre. Ataron sus miembros a cuatro caballos y después a dos más que, arrastrándolo, no fueron capaces de descuartizarlo durante cincuenta minutos, ante lo cual los verdugos cortaron los nervios principales y entonces, volviendo los caballos a tirar, se separaron las piernas y después uno y otro brazo. Según uno de los verdugos, Damiens aún vivía cuando el tronco fue arrojado a la pira junto a los miembros para ser incinerados. Sus cenizas se aventaron".<sup>14</sup>

La historia de las penas es, en muchas de sus páginas, tan deshonrosa para la humanidad como la de los delitos. Consideramos por ello que la historia no puede ser argumento para el presente. Utilizar la historia prescindiendo del presente sería contradecir el método histórico y cerrar los ojos a la evolución social. Hasta el tiempo de Copérnico, Kepler y Galileo la humanidad creía que el sol giraba alrededor de la tierra ¿deberíamos creerlo por esto también nosotros?. Se trata, ya resumiendo, de una pena difícilmente admisible en nuestro tiempo por considerarse excesiva, cruel e inhumana. Inútil preventivo-general e insuficiente preventivo-especial ya que en un estado democrático no debe limitarse a proteger a la sociedad mediante la inocuización del delincuente, del ser molesto, sino que debe facilitar la participación social. La eliminación del hombre es contrario a un estado respetuoso de la dignidad humana como el mexicano que, al conformarse como estado social —de lo que especialmente se puede sentir orgulloso el pueblo mexicano por ser el primero que así lo establece en su Constitución— no puede admitir ninguna pena cuyo fin no esté dirigido a la protección de la sociedad a través de la prevención.

A todas estas razones CARRANCA Y TRUJILLO añade que "la pena de muerte en México es especialmente radical e inmoral pues va dirigi-

<sup>14</sup> Beccaria, C., *De los delitos y de las penas*, Alianza, Madrid, 1988, pp. 7 y ss.

da a los hombres humildes del pueblo y no a aquellos que, perteneciendo a otras clases sociales más altas delinquen contra la propiedad. Se aplicaría, por tanto, a los hombres más humildes, víctimas del abandono de la sociedad que posteriormente le condena, de la incultura, la desigualdad económica, la deformación moral de los hogares donde se ha desarrollado con malos alimentos y viciado por el alcoholismo”.

Algo así ocurre, nos atreveríamos a decir, en los Estados Unidos donde, generalmente, los ejecutados proceden de barrios marginales, negros o hispanos.

Para el historiador ANAYA MONROY “la tradición humanista de México y el respeto que al país le ha merecido siempre la persona humana, le impulsan a aceptar sin reservas al abolicionismo”.

#### IV. MODALIDADES EJECUTIVAS

Actualmente, los métodos utilizados, como dice BARBERO SANTOS, “más que un argumento a favor de la pena de muerte lo dicen todo en su contra”.<sup>15</sup> Los métodos por antonomasia en la actualidad son los siguientes:

*La decapitación:* aún se realiza mediante sable en algunos Estados Islámicos como Arabia Saudí. El espectáculo que uno se puede imaginar, por el derramamiento de sangre y la mutilación que conlleva, ya es suficientemente motivador del abolicionismo.

*La horca:* pese a su retroceso, actualmente es el método más utilizado en el Tercer Mundo; *v. gr.*, la India. Tradicionalmente, aunque la costumbre era la de no emplearla con mujeres, por las ya consabidas “razones de decencia”, se vivieron muchas excepciones.

*La silla eléctrica:* se introdujo en los Estados Unidos en 1888 gracias al impulso de una compañía eléctrica que quería dar salida a sus productos. Hasta abril de 1994 se aplicó en dicho país a 108 de los 226 hasta ese momento ejecutados. En su primera utilización el 25 de mayo de 1979 en Florida, los testigos declararon ver salir humo del cuerpo y que el cadáver tenía quemada la mitad de la cara.

*La cámara de gas:* en claro retroceso por no responder según la Royal Commission on Capital Punishment “a las exigencias de *decorum* y de no herir los sentimientos prevalentes en una sociedad civil”. Fue utilizada por primera vez en 1924, con 8 ejecuciones desde 1977 en California, Arizona y Missisipi.

---

<sup>15</sup> Barbero Santos, M., *La pena de muerte...*, *op. cit.*, pp. 118 y ss.

*Fusilamiento:* modalidad "por naturaleza" del Derecho penal militar. Como variante está el disparo en la nuca utilizado en la República Popular China. Fue el método utilizado en Guatemala el pasado mes de septiembre. Como ventaja, si es dable percibir alguna, cosa que dudamos, tiene el que prescinde del verdugo profesional.

*Inyección letal:* se trata de la introducción vía intravenosa de una cantidad letal de barbitúricos de acción rápida con un producto químico paralizante. Es el sistema aplicado al ciudadano mexicano en el estado de Texas donde se introdujo por primera vez en 1977 y hasta el 1 de enero del 94 se utilizó en 108 casos. Para la Junta Médica Asesora de Amnistía Internacional<sup>16</sup> es un "método tan inhumano como el que más y sienta un estremecedor precedente en el uso de la medicina para matar".

*La lapidación:* es un método repleto de simbolismo y significación religiosa que aún persiste en 7 de los estados que adoptan los principios de la legislación penal islámica. Como muestra válganos el art. 119 del Código penal iraní:

"En el castigo de lapidación hasta la muerte, las piedras no deben ser tan grandes que la persona muera al ser golpeada por una de ellas, tampoco deben ser tan pequeñas que no se consiga la muerte".

Aunque estos son los métodos actualmente en vigor no faltan nuevas propuestas ejecutivas a cual más sutil y depravada:

*El suicidio:* el día asignado para la ejecución se pone a disposición del penado una sustancia letal para que él mismo la ingiera. No puede hablarse propiamente de pena de muerte, sino más bien de simple suicidio.

*La anestesia indefinida:* se le mantiene en coma artificial para experimentar sobre sus órganos hasta que el cuerpo sea inservible, momento en el que se le inyectará una dosis letal.

Consideramos que la ilicitud moral de éstas y otras posibles modalidades quedan al amparo de la conciencia de cada uno...

## V. SITUACIÓN ACTUAL DE LA PENA DE MUERTE EN MÉXICO

¿Qué ocurre en México?. Como hemos anticipado a lo largo de esta exposición, se trata de un tema inmerso en la mayor de las actualidades tras la ejecución, aún reciente, de un mexicano en el Estado de Texas mediante inyección letal. Algunas voces hablan de reincor-

<sup>16</sup> Amnistía Internacional, Boletín Informativo, febrero de 1983, p. 8.

poración de la pena capital en el catálogo de penas del Código penal y eso nos hace recapacitar a todos.

Si bien el actual Código penal no la prevé en su catálogo de penas de su artículo 24, el Código de Justicia Militar si lo hace en su artículo 122 y la propia Constitución, en su artículo 22, no sólo la acepta como posible pena a imponer, sino que marca las bases de su aplicación al acotar los delitos a los que puede ser efectivamente impuesta. Por tanto el tema no está cerrado. Mientras la Constitución admita la posibilidad de su imposición, lo único que nos queda es rezar para que ningún futuro gobierno tan caprichoso como represivo —probablemente movido por el desmesurado, y único, deseo de captar una adhesión popular que se traduzca en futuros votos electorales— decida reinstalarla porque, constitucionalmente tendría las puertas abiertas para llevar adelante una empresa de semejante entidad.

El art. 22 de la Constitución prohíbe “las penas de mutilación, infamia, azotes, palos, tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales”, y, sin embargo, acaba, en su último párrafo, aceptando, sin pudor alguno, la pena de muerte que, a nuestro juicio, no es sino el colofón, el escalón último de cualquier tortura ¿No es esto una ironía? ¿No es sumamente hipócrita querer prohibir un trato degradante moral o físico, en aras de la dignidad humana y, no obstante, aceptar la aplicación de la pena capital?

En el apartado II.c) de su artículo 3, al hablar del derecho a la educación, la propia Constitución hace referencia a la dignidad de la persona como valor a apreciar lo cual, de nuevo, nos lleva a la cuestión de ¿cómo se puede aludir a la dignidad humana como factor educativo en una escuela que, como la sociedad, no sólo no prohíbe la pena capital sino que fija de forma específica los casos en que cabe aplicarla?

Si el derecho a la vida está en la cúspide de todos los derechos y constituye al mismo tiempo la base material en la que se apoya un Estado Social y Democrático de Derecho como el mexicano, respetuoso de la dignidad de los hombres, ¿por qué no se hace valer en el ámbito castrense y en tiempos de guerra si se pretende que ésta además de eficaz sea justa?. Está claro que si la pena de muerte es inhumana no dejará de serlo en tiempos de guerra o en el medio militar o, quizás, ¿es menos valiosa la vida en tiempos de guerra o en el ámbito castrense? ¿No es digna de la misma protección que en

tiempos de paz o que en la esfera civil? Si un ejército no tiene moral de lucha, ¿acaso se la va a dar la amenaza de una pena?

En nuestra opinión, y aún siendo plenamente conscientes del avance que en su momento supuso el actual artículo 22 de la Constitución en el camino hacia la abolición de la pena capital, al acotar o restringir el número de delitos a los que podía ser aplicada, es factible sentir un cierto desasosiego por su permanencia constitucional, que aún hace posible aplicar en este país la pena capital.

Se trata, por consiguiente de un tema cuya discusión se encuentra a la alza en un marco internacional cargado de miedo, venganza y odio pero desnudo de métodos o fórmulas realmente útiles para combatir de forma definitiva el problema de la creciente delincuencia optando por la salida más cómoda, por la vía más rápida, la muerte del sujeto disturbador, del individuo molesto, del delincuente.

Un Estado social y democrático de derecho como el que cabe predicar en México, sólo encuentra razón de ser en su potestad punitiva, en la legitimación de su *ius puniendi*, si con ello se persigue algún fin social. Ante esto, ¿qué fines sociales o preventivos cabe esperar de la pena capital? A nuestro juicio ninguno.

Desde luego resocializadora no es ya que lo único que hace es inocuizar al individuo, eliminar el problema. Está claro que se trata de la salida más fácil para el problema de la criminalidad, pero inconcebible en que estado que, como el mexicano, no es ni teocrático, ni metafísico, sino social y democrático de derecho.

¿Tal vez se justifique por sus efectos preventivo-generales? A nuestro criterio tampoco. Como ya hemos manifestado, son muchos los estudios empíricos<sup>17</sup> que, hasta el momento, no han podido demostrar una correlación entre la pena de muerte y el descenso de la criminalidad. En cualquier caso, y lo repetiremos las veces que sean necesarias, consideramos que los efectos intimidatorios de la pena, dirigidos a la generalidad, se consiguen más con la certeza en la aplicación de las penas que con su desmesurada agravación, por lo que bastaría con una pena privativa de libertad ciertamente impuesta.

<sup>17</sup> En el Reino Unido se suprimió la pena capital para Inglaterra, Gales y Escocia por un período de prueba que expiró el 31 de julio de 1970. Durante dicho plazo se advirtió que no podía establecerse ninguna relación directa entre la abolición de la pena de muerte y algún aumento de los delitos de asesinato. La abolición se convirtió, pues, en definitiva. *Vid.* en Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, pp. 691 y ss.

La pena de muerte es, por tanto, una pena retribucionista, un anacrónico intento de poner al día el "ojo por ojo y diente por diente" que, a estas alturas de la discusión doctrinal, se percibe como obsoleto y desfasado respecto del actual patrimonio cultural. Hasta épocas no tan lejanas se quemaba a las pelirrojas acusadas de brujería, imagínense la suerte que correría quienes ahora se dirige a ustedes si hoy en día se creyera lo mismo. En serio, la pena de muerte es una pena inadmisibles en nuestro tiempo por excesiva, cruel e inhumana, contraria a un estado respetuoso de la dignidad humana como el mexicano.

Para BARBERO SANTOS,<sup>18</sup> hay una correlación doble entre democracia y abolición, de un lado, y entre pena de muerte y estado autoritario, de otro, confirmado históricamente por ir unidas de forma inexorable. Si esto es así, tomemos la parte que nos toca y, ante un Estado social y democrático de Derecho como el que ahora nos ocupa, aunemos esfuerzos en la búsqueda de la abolición de la pena capital en el Código de Justicia Militar y erradicar el siempre latente embrión que supone el artículo 22 de la Constitución para que su posible puesta en práctica sea, válgame la redundancia, constitucionalmente imposible.

Tarea ciertamente espinosa y camino especialmente engorroso pero que, como nos recuerda el mismo autor, "es al especialista al que le corresponde mantener viva la opinión pública, la convicción de que la pena de muerte no es la panacea de los delitos considerados capitales evitando el desprestigio que en un Ordenamiento Jurídico abolicionista se produciría si el legislador modificase las normas según los cambiantes resultados de las encuestas o las manifestaciones populares subrayando que en todo caso la actual valoración del hombre y el reconocimiento de al sacralidad de su vida que lleva de manera ineludible a la supresión del máximo suplicio. Debemos convencer a la colectividad de su ineficacia, mostrar su irracionalidad".<sup>19</sup>

Para concluir, nada mejor que una historia real, relatada por García Márquez, con su personal elocuencia, en un diario español el 12 de mayo de 1982:

---

<sup>18</sup> Barbero Santos, M., "Pena de muerte y estado democrático", en *Doctrina penal*, año VI, 1983, p. 663.

<sup>19</sup> *Ibid.*, pp. 661 y ss.

Es la historia real de un prisionero republicano que fue fusilado en los primeros días de nuestra guerra civil. El pelotón de fusilamiento lo saco de su celda de la prisión de Avila, en un amanecer glacial de invierno mesetario, para conducirlo a pie a través de un campo nevado al lugar de ejecución. Los guardias civiles estaban bien protegidos del frío con capas, guantes y tricornios pero aún así tiritaban a través del yermo helado. El pobre prisionero, que sólo llevaba una chaqueta de lana deshilachada, no hacía más que frotarse el cuerpo casi petrificado, mientras se lamentaba en voz alta del frío mortal. A un cierto momento, el comandante del pelotón, exasperado con los lamentos le gritó: "Coño, acaba ya de hacerte el mártir con el cabrón del frío y piensa en nosotros que tenemos que regresar" (...).