

CAPÍTULO IV

TECNICA LEGISLATIVA EN TORNO A LA PUNIBILIDAD

4.1. Preámbulo

A la pregunta del por qué de la creación de leyes penales, y en el caso específico, el por qué de la determinación legislativa de las sanciones penales, la mayoría de los autores, responden con las teorías sobre las penas, (absolutas y relativas); pero esta respuesta no responde el por qué, sino el para qué de las sanciones jurídico penales, confundiendo la legitimación con la finalidad.

Como revisamos en los capítulos anteriores, el fin del Derecho Penal es la manutención del orden social a través de la tutela de bienes jurídicos, también observamos que el precepto sin sanción, sería tan solo un listado de buenas intenciones, puesto que el poder de coerción del Estado es lo que, en definitiva, diferencia al ordenamiento penal de uno social o moral, que no implica restricción institucionalizada.

Por lo anterior la coerción estatal en su fase legislativa se justifica, en primer lugar, ante el desorden social que implica la convivencia entre individuos y, en segundo término, la ineficacia de estipular reglas sin apercibimientos que vinculen a los ciudadanos a respetarlas. La labor legislativa, bajo esta justificación específica, se constriñe por lo tanto a precisar sanciones con la misión de impedir acciones dañosas a bienes jurídicos tutelados, y sus mayúsculos alcances hacen preponderante el fincar criterios que inspiren la mejora en dicha actividad, los cual es pretensión de este apartado.

Pero haciendo un especial esfuerzo en relación con aquellos puntos jurídicos que de manera esencial dan sentido y determinan el alcance de la sanción, para posteriormente analizar si son seguidos por los legisladores en las normas penales vigentes en México.

4.2. Conceptualización

Por “técnica” se entiende el conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o un arte o bien, una pericia o habilidad para usar esos procedimientos y recursos.¹

Y por “técnica legislativa”, nos referiremos tanto a los recursos y procedimientos de los que echan mano los legisladores en su tarea de creación de leyes, así como a la habilidad que estos demuestran en la realización de su función.

En razón de la división de poderes, el órgano legislativo es el encargado de realizar el proceso de determinación general y abstracto de la sanción jurídico penal; le corresponde por ende, una función nada sencilla; ya que es éste quien ofrece el marco de movilidad legal para las otras fases de determinación, sus decisiones pueden en todo caso *“posibilitar un ejercicio abusivo del poder penal y, consecuentemente, una mayor inobservancia y vulneración de los derechos del hombre.”*²

¹ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Editorial Espasa – Calpe, Madrid: 1970, pág. 1248.

² MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. *Política Criminal y Reforma Penal*. 1ª. ed. Editorial Ius Poenale, CEPOLCRIM; México: 1999, pág. 248.

Por lo que es necesario que los legisladores al realizar esta función en primer lugar comprendan la importancia de su tarea, asumiendo un compromiso con la sociedad para que toda conminación penal que establezcan sea con el fin de beneficio general, para lo cual deben antes de formular cualquier ordenamiento, apoyarse de la técnica legislativa que haga más sencilla y eficaz su labor.

Con fundada razón se critica hoy a las leyes el que carezcan de esa elegancia y perfección técnica que exhibían las elaboraciones legislativas de otras épocas. Actualmente los defectos de forma abundan y contribuyen en gran medida a aumentar la confusión legislativa, a dificultar la aplicación de las leyes y a disminuir el prestigio del legislador. Preceptos mal redactados, disposiciones contradictorias y oscuridades incomprensibles abonan tal crítica en casi todos los países³

Y si eso se dice de la forma en la que se encuentran escritas las normas y sanciones, que habrá de decirse del fondo, sin duda la desatención es comparable o superior.

Dejando claro que la técnica legislativa, refiriéndose a los recursos, se dividen en: Formales y Fundamentales.

Los primeros son, el tipo de lenguaje usado, las construcciones gramaticales y semánticas. En fin todos aquellos recursos y procedimientos, que en la creación de la norma penal, son usados con el fin de estructurar las disposiciones.

³ NOVOA MONREAL, Eduardo. *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*. Siglo veintiuno editores; México: 1988, pág. 58.

Sin embargo, el legislador – por lo mismo de lo difícil del quehacer legislativo – no debe olvidar el relevante papel que juega, además de la materia que se legisla, las mismas formas de pensamiento y las palabras a través de las cuales se manifiesta. De tal suerte que, que a través de la sintáctica, de la semántica y de la pragmática nos damos cuenta que es distinto un enunciado lógico de un enunciado gramatical.⁴

Los fundamentales en cambio, son aquellos que sirven para brindar sentido al contenido del enunciado legal. Puede que haya normas perfectamente redactadas, pero si su contenido estéril, de nada sirve su aspecto formal. Estos recursos, son dos los más importantes, la realidad social, que es lo que les da actualidad a la norma penal; y el análisis conceptual de la ley vigente para mejorarla. Estos dos recursos los brinda por una parte la política criminal y la dogmática jurídico penal.

Y *“solo en la medida en que conminaciones penales traduzcan fielmente las valoraciones sociales, pueden esperar que sus normas sean aceptadas socialmente y motiven racionalmente el comportamiento de los ciudadanos”*⁵

Y sobre estos recursos, y su disposición real para los legisladores, que a diferencia de los ciudadanos comunes, cuentan con un gran respaldo monetario y tecnológico, quedan muy bien las palabras de Fernando García Cordero:

Vivimos en un mundo rodeado por el dominio de la información y la comunicación. En nuestros días nadie puede quejarse de ignorancia o desconocimiento de los hechos o cuestiones técnicas. Sobre todo, esto vale para instancias

⁴ BARRITA LÓPEZ, Fernando. *Multidisciplina e Interdisciplina en Derecho Penal*. Editorial Porrúa; México: 1999, pág. 34.

⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Editorial Temis; Bogotá: 1999, pág. 127.

ejecutivas de poder, partidos y bancadas parlamentarias. Por su propio status político, económico y social, se trata de instancias que disponen de recursos suficientes – no olvidemos que, en nuestro país, los partidos políticos son organismos de interés social que reciben recursos proporcionados por la sociedad, para que respondan, ante ella, de las demandas que les dio representatividad en el Congreso -, que pueden contratar los servicios de expertos y peritos y conectarse bajo la guía de investigadores a la Internet. Así, no existe ningún pretexto para que en un parlamento moderno los representantes populares actúen irresponsablemente, respondiendo de modo sumiso, como lacayos, a directrices de partido o a desprestigiadas ordenes procedentes de los órganos de poder, nacionales o extranjeros.⁶

Si para los grupos parlamentarios el acceso a tales recursos parece ser ilimitado, entonces, debe suponerse que muchos de los problemas de las legislaciones penales se dan por la falta de habilidad de los legisladores para hacer uso de esos recursos, o simplemente falta si no de capacidad, si muchas veces de simple orden para realizar su trabajo. Así que la técnica legislativa referente a la habilidad del aprovechamiento de los puntos antes mencionados, comienza en primer lugar con la realización de un esquema como lo menciona Leonel Pereznieto, quien contempla los pasos a seguir para lograr un uso adecuado de los recursos antes mencionados:

Al formular su esquema jurídico el legislador debe agruparlo en las disposiciones generales o principios básicos del tema que ha decidido normar y, a continuación, en las reglas

⁶ GARCÍA CORDERO, Fernando. “La iniciativa de Reforma Constitucional 1997 – 98”, en Revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales *Criminalia*. Año LXIV, No. 1. México: Ene- Abr., 1998, pág. 58.

específicas a cada uno de los subtemas que trata en dicho esquema jurídico. Para ello es importante un máximo de uniformidad, claridad y especificidad y, sobre todo, de no contradicción en el propio esquema. Finalmente, deberá atender a la normatividad conforme a la cual el esquema jurídico que propone entrará en vigor, y la forma, que debe hacerlo.”⁷.

El redactar normas penales con una técnica legislativa realmente eficiente la mayoría de las veces no es fácil; el poder legislativo debe, como hemos visto, seguir muchas pautas, pero de no hacerlo los contenidos de las leyes penales serán vagas e imprecisos, propiciando inseguridad jurídica.

Después de todo, las leyes no dejan de ser elaboradas por personas que como todas pueden cometer errores y *“en múltiples ocasiones se ha advertido que las leyes no tienen virtudes correspondientes sino defectos originados por la poca capacidad de quienes las elabora.”*⁸

La capacidad y conocimiento de los legisladores en materia penal de los recursos tanto formales como de los fundamentales, es la base para hacer un buen uso de los mismos, sobre todo por la importancia de sus determinaciones, ya que como escribe Rodríguez Manzanera, el legislador en esta instancia, *“no sólo criminaliza determinada conducta, sino que la valora y la califica por medio de la punibilidad; si considera que la conducta es grave, dará una punibilidad mayor que si la conducta es considerada menos peligrosa; en cuyo caso la*

⁷ PEREZNIETO CASTRO, Leonel; *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial Oxford, México: 2000, pág. 185.

⁸ PEREZ CARRILLO, Agustín Alvero. *Análisis y Evaluación de Leyes en Materia de Prevención Delictiva*. Ciudades Seguras II. UAM – CONACYT – FCE. México: 2002, pág. 8.

*punibilidad será de menor magnitud*⁹. Si no hay un estudio previo, sobre todo jurídico, se llega al problema de una formulación de punibilidad incoherente, cuantitativamente – amenazando con penas más altas delitos que protegen bienes jurídicos menos importantes – y cualitativamente – al abusar de la pena de prisión; problemas que analizaremos posteriormente.

4.3. Fundamentos jurídicos

4.3.1. Base Constitucional

En primer lugar es esencial hacer referencia a la división de poderes que impera en el Estado mexicano y que preceptuado en el artículo 49 Constitucional expresa lo siguiente:

El supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo en caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme lo dispuesto en el artículo 29...

Como escribe Moisés Moreno, esta división es necesaria para *“proteger a los hombres frente al despotismo”*¹⁰

De no darse tal separación, se caería en un poder ilimitado por parte de un solo órgano que tendría a su merced como el soberano en la época renacentista, la vida, libertad y seguridad de todos sus ciudadanos.

⁹ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. “ La individualización de la reacción penal” en Revista Mexicana de Justicia. Pág. 225; cit. por RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. *Penología*. Editorial Porrúa, México: 2000, pág.15.

¹⁰ MORENO HERNÁNDEZ, Moises, ob. cit., pág. 75.

Montesquiu, padre de este principio fundamental en las democracias recientes, lo concibe como un sistema de contrapesos, que regulen la función pública en relación con los ciudadanos. Distribuyendo el poder entre el legislativo, ejecutivo y judicial.

Como consecuencia de esta separación, las funciones que en un momento dado llegaron a coincidir en una misma persona u órgano, también se dividen , quedando en manos del poder legislativo, la facultad creadora del ordenamiento jurídico, en el que se encuentra por supuesto, el penal.

En la Sección III sobre las facultades del Congreso, el Artículo 73, fracción XXI, le faculta al Congreso de la Unión: *“Establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse”*.

Para el cumplimiento de esta delicadísima tarea, que es de las primeras manifestaciones del ejercicio del poder penal del Estado, en cuanto a su intervención en la materia penal, y que se traduce nada menos que en establecer el marco jurídico que normará la actuación de los otros órganos del Estado en sus respectivas intervenciones, el legislador debe ser sumamente cuidadoso en determinar que tipo de instrumento jurídico pone en manos de dichos órganos.¹¹

Dicho establecimiento se encuentra condicionado a la vez por las formalidades indicadas también en el ordenamiento Constitucional. Dicho Proceso legislativo, encuentra su fundamento en la Sección II, del Título Tercero de la Constitución Política, artículos 71 y 72.

¹¹ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. “Análisis de la iniciativa de reformas constitucionales en materia penal” en Revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales *Criminalia*. Año LXIV, No. 1. México: Ene- Abr., 1998, pág. 110.

Y haciendo una referencia singular al primer párrafo del artículo 71, cabe la pena señalar a quienes pertenece el derecho de iniciar leyes o decretos:

I.- Al Presidente de la República;

II.- A los diputados y senadores al Congreso de la Unión, y

III.- A las legislaturas de los Estados.

Si bien el legislativo toca resolver sobre el establecimiento de una norma penal, la iniciativa puede proceder como hemos visto del órgano ejecutivo, lo cual es muchas veces en adverso al contenido de dicho ordenamiento, pues considerando un parlamento con mayoría partidista igual al del Presidente y sin fundamentos éticos, pasarían tal cual la propuesta de ley (el PRI durante 70 años), cayendo en una falta total de técnica legislativa, por su obvia inoperancia fáctica. En otro supuesto, cabe mencionar lo que ocurre actualmente en nuestra legislatura federal, que a pesar de no haber una mayoría, el “jaloneo” de intereses, hace imposible una reforma racional. Por último cabe mencionar la hipótesis ideal, a la que deben de encaminarse todas las democracias, una legislatura que a pesar de la mayoría de un partido o de una contraposición de fracciones, solo tuvieran un objetivo, hacer lo mejor para sus representados.

Lo cual también es un mandato constitucional, ubicado en el artículo 39 de la Carta Magna, *“La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste”*

Lo que quiere decir que el legislador debe elaborar normas penales benéficas para el “pueblo”, es decir para todos, si bien la punibilidad es una amenaza de sanción y por su naturaleza, en si no pueda considerarse benéfica, su necesidad como justificación hace relevante que al emitir éstas, se vea en provecho de la mayoría.

4.3.2. Principios rectores

4.3.2.1. Legalidad

El principio fundamental es el principio de legalidad, cuya base jurídica enunciada por Feuerbach: “*Nullum crimen nulla poena sine lege*” es hasta hoy en día un elemento básico que le obliga al Estado a disponer previamente tanto el tipo penal y la punibilidad en ley, y además exige que “*la propia ley penal que se origina en el ejercicio de ese poder penal esté diseñada con claridad y precisión, de suerte que de su contenido se derive seguridad jurídica para los individuos*”¹². La ambigüedad en el texto legal trae como consecuencia la arbitrariedad de las autoridades, es obvio que la ley tampoco puede contemplar todas y cada una de las conductas cayendo en el casuismo, pero sí es necesario que el contenido de la ley como resultado de un proceso legislativo que formalmente exige propuesta, discusión y análisis, sea resultado de un estudio jurídico previo que brinde la mayor precisión posible a la norma.

Este principio rector esta inscrito en la Constitución Política Mexicana, en su Artículo 14:

¹² MORENO HERNANDEZ, Moisés, ob. cit., pág. 115.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.

Dicho principio además ha sido contemplado en distintos ordenamientos internacionales que México ha suscrito, como la Declaración Universal de Derechos Humanos que data de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 1966.

Con la protección que imprime este principio de Legalidad, se debe de exigir

en primer lugar la predeterminación legal, es decir que tal sanción exista en la norma penal escrita, previa y estricta, que son las características de validez de la ley. Y enseguida el reconocimiento de una ley jerárquicamente preponderante, haciendo referencia a la supremacía constitucional, al igual que las leyes emanadas de ésta y los tratados internacionales sobre otros ordenamientos secundarios (Artículo 133 Constitucional). La consecuencia de vulnerar este principio es la inconstitucionalidad de dicha acción lesiva

La sanción jurídica, representa una coacción formal, que para convertirse en material previamente debe estar determinada legislativamente.

4.3.2.2. Humanidad

La punición debe tomar muy en cuenta este principio, ya que debe considerar del hombre como un fin en sí mismo y no como un medio para

alcanzar los fines del Estado; es un principio limitador, ya que obliga a anteponer el respeto de las garantías individuales sobre la intervención penal. Para Tocora, *“el valor de la persona humana reivindicado como centro de las preocupaciones del derecho es, en el fondo, el que dota de contenido a la justicia. Mientras que el sentido del derecho se lo da la justicia, el sentido de la justicia se lo da la persona”*¹³.

La reacción ilustrada del siglo XVIII, a las prácticas penales despóticas del monarca- que evidenciaban el sadismo, la tortura, inclemencia -, lucha en gran medida por acabar con esta “inhumanidad”, dotando de racionalidad al precepto y sobre todo a la sanción.

En la Constitución se encuentran distintos artículos con disposiciones referentes a la obligación del Estado Mexicano respetar la dignidad de cada uno de sus ciudadanos, desde su artículo primero donde de manera expresa enuncia:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la **dignidad humana** y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

El respeto a la dignidad humana incluye entre otras la prohibición de la discriminación, de la esclavitud (art. 2 Constitucional), la incomunicación, intimidación o tortura (artículo 20 Constitucional) y con relación a las sanciones penales, lo dispuesto en el artículo 22 Constitucional que señala:

¹³ TOCORA, Fernando. Principios Penales Sustantivos. Editorial Temis, Bogotá, 2002, pág. 32.

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

Lo cual debe ser tomado muy en cuenta en la fase de punibilidad, ya que el legislador debe valorar si las medidas a adoptarse, concuerdan con las condiciones marcadas constitucionalmente, ya no es necesario que una sanción represente un suplicio o tormento para que sea considerada inhumana o degradante. Es más, en una real concordancia con este principio, el legislador debería más que no preceptuar sanciones crueles, abolir las existentes.

4.4.2.3. Bien Jurídico

Como se aprecia en todo este trabajo, la conducta criminal viola bienes jurídicos fundamentales para la convivencia social, por lo que de manera específica este principio antepone la existencia de un bien jurídico (particular o colectivo) que deba ser protegido por el Estado a través de su potestad punitiva, este límite material, impone que para la creación del tipo penal y la determinación de la punibilidad es necesario su justificación mediante la afectación o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado.

En México este principio es observado de manera parcial, pues en relación con la punibilidad es un hecho que hay tipos penales que protegen bienes jurídicos de menor jerarquía como el patrimonio; muchas veces tienen

una punibilidad mucho mayor que tipos que protegen la vida. No obstante, la existencia de un determinado Bien Jurídico, depende de la distinción que le da el legislador, es decir, si en la norma, poniendo un ejemplo, no se le brinda protección alguna al honor de las personas, éste, no sería un bien jurídico protegido por las normas penales.

El Derecho Penal, se ha señalado ya, debe de ocuparse de los bienes jurídicos más importantes en la realidad de la sociedad, no debe proteger todo, porque no es estrictamente necesario, ya que otros ordenamientos no penales pueden resguardarlos eficientemente. Esta aseveración nos lleva a dar con el siguiente principio que de manera especial debe tomar en consideración el legislador en su tarea de prescribir sanciones jurídico penales.

4.3.2.4. Intervención mínima

Este principio es también llamado por distintos autores como principio de *Extrema Ratio* o de subsidiariedad, y se traduce en la exigencia de agotar previamente todos los medios no punitivos que estén a disposición del Estado para proteger intereses individuales y colectivos de la sociedad, y como última instancia la sanción penal.

Esta máxima, en términos generales establece que todo ataque a un interés social, supone una intervención inmediata del Derecho Penal, ya que éste dolo debe interesarse por los más graves, es decir aquellos que ponen en peligro real el orden social.

Este principio que alcanza a los tres niveles de gobierno y es de suma importancia en todos, pero sobre todo se debe prever de manera concreta en la fase legislativa, ya que es ahí donde al tipificarse los delitos y aunarles una sanción penal, se da la implicación punitiva; es menester de los legisladores entonces estar seguros de que antes de criminalizar conductas se hayan agotado los medios no penales para atacar el fenómeno y dos, sea el único remedio real que se pueda llevar a cabo.

De forma específica, de igual forma debe tratarse la conminación de sanción, si bien ya la conducta es penalmente relevante, la punibilidad que se le imponga debe ser ante todo lo menos extrema posible.

Por un lado constitucionalmente se han dado reformas que reflejan el principio del uso extremo de los medios punitivos como la realizada en el año de 1993 al artículo 20 Constitucional que limitaba el uso de la prisión preventiva y ampliaba la posibilidad de obtener la libertad bajo caución, lo cual fue modificado en 1996 estableciendo nuevamente la potestad judicial de revocar la libertad provisional o modificar la caución. En vez de una intervención cada vez menor por parte del Estado mexicano en los últimos tiempos se ha observado el fenómeno contrario; la criminalización de nuevas conductas y el aumento de las sanciones es ejemplo de esto.

4.3.2.5. Necesidad

El principio de necesidad es mucho más específico para el tema tratado, ya que debe tenerse muy presente al momento de creación de las

leyes penales, ya que es el legislador quien debe de en primer lugar estar seguro de la conveniencia de llegar a tipificar una conducta y sobre todo de imponerle el monto de la sanción correspondiente.

En relación con el principio de *extrema ratio*, hemos visto que el uso de la pena debe ser el último recurso para conseguir el orden social, pero siempre debe estar conjugado con el principio de necesidad el cual nos dice que la penalidad debe usarse solo cuando sea estrictamente necesario llegara hasta ese límite.

Por necesaria la pena nos referimos a que sea usada para proteger bienes jurídicos fundamentales, y es *“el legislador en el proceso de creación de la ley, quien debe sopesar con la mayor prudencia y responsabilidad, la necesidad de llegar al extremo que ella constituye”*¹⁴

4.3.2.6. Proporcionalidad

Este principio igual que el anterior apuntan de manera directa hacia la tarea del legislador, quien en primera instancia debe como hemos apuntado ya, muy acertadamente describir la conducta que se considera delito e imponerle una sanción, tomando en cuenta que esta última sea rigurosamente necesaria y proporcional al delito.

Es decir que si la sanción impuesta es excesiva al daño realizado en la conducta típica, dicha sanción se torna injusta.

¹⁴ TOCORA, ob. cit., pág. 46.

Fernando Tocora, incluso afirma que el exceso de pena implica violación de los principios básicos del derecho penal, tornándose una pena cruel, inhumana y degradante.¹⁵

Este principio a pesar de su importancia y su discurso evidentemente simple, contiene un axioma complejo; la proporcionalidad en sí refiere una ecuación en la que *a* debe ser igual a *b* o al menos muy semejante, pero tratándose de un delito y una pena tal operación resulta sumamente compleja. Lo que nos lleva a uno de los principales problemas a los que se enfrenta el legislador en su trabajo en cuanto a la materia penal, la determinación cuantitativa y cualitativa de la pena.

4.3.3. Características

Las características de la punibilidad comparten con la norma jurídico penal; al ser uno de los elementos, sus características específicas; la generalidad, puesto que la conminación de sanción va dirigida a toda la colectividad.

Y la abstracción, puesto que dichas sanciones penales no se refieren a una persona o un caso concreto, si no que permanecen en el ordenamiento legal para que dentro de la vigencia del mismo sea aplicado a quien encuadre en el supuesto referido y sancionado por el mismo.

Y de manera especial debe contar además con flexibilidad para adaptarse a las cada día diferentes necesidades sociales. Además de ser

¹⁵ Ibid, pág. 53.

fundamental su coherencia con el precepto penal, para que no se aparte dicha sanción del bien jurídico tutelado por el tipo.

4.3.4. Fines

Dentro de la doctrina penal, se han clasificado en dos teorías muy generales los fines de la pena; las absolutas y las relativas.

El principal argumento sobre el que se apoyan todas las teorías relativas es el carácter utilitario que le dan a la “pena”, como un medio para llegar a un fin, se castiga para que no se delinca (*ne peccetur*); en cambio las teorías absolutas consideran que la pena es un fin en si misma, no consideran que ésta busque fines prácticos, simplemente la justicia, por que se ha delinquido (*quia peccatur*). Ambas corrientes pretenden por si mismas encaminar el fin de la pena estatal, sin conceder que por si solas, son insuficientes para reducir la delincuencia¹⁶; por lo que es necesario sustentar la finalidad del derecho a penar como una conjunción de una gama de posibilidades, sin tener que darle un peso definitivo a la retribución o a la prevención.

Por lo anterior es necesario tener una visión integradora y no excluyente, percibiendo al fenómeno de la pena (*lato sensu*), como un conjunto concatenado de pasos, y observando que en cada uno de ellos la pena cumple funciones y finalidades distintas.

En el momento de la amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena,

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús – María. *Aproximaciones al Derecho Penal Contemporáneo*. J.M. Bosh Editor; Barcelona: 1992, pág. 211.

es decisiva la idea de la prevención general, pues se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida. Pero si, a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea retributiva. Finalmente, durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre si se trata de una pena privativa de libertad, la idea de prevención especial, porque lo que en ese estadio debe perseguirse es la reeducación y socialización del delincuente. (sic)”¹⁷

La punibilidad, fase motivo de estudio de este trabajo tiene por lo tanto fines específicos, así que la sola descripción legal de la sanción penal inserta en el texto legal penal, sin necesidad de esperar su aplicación en un caso concreto, tiene una función preventiva que analizaremos más adelante.

La abstracción misma de la sanción implica; desde el momento de la entrada en vigor del ordenamiento penal que la contiene, hacer saber a los miembros de la sociedad en general que de cometer una conducta típica, antijurídica y culpable, de las descritas en tal ordenamiento serán sancionados penalmente, tal puesta al conocimiento público persigue además, una función desalentadora de la comisión de delitos, es decir de prevención general.

¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Editorial B de f; Buenos Aires: 2001, pág. 74.

4.3.4.1. Prevención General

La prevención general, como se ha afirmado en el apartado anterior, es la función específica de la punibilidad, lo cual nos lleva a desarrollarla de manera detenida en esta sección, abordando de manera escueta y a manera de antecedentes, las teorías relativas hasta llegar a situar a la prevención general dentro de esta estructura general.

Las teorías relativas de la pena como hemos referido anteriormente, se ocupan de dar un enfoque utilitario a la pena; alejándola de los fundamentos metafísicos sobre la búsqueda de justicia, justificándola por razones sociales, políticas y jurídicas, incluso por utilidad social.¹⁸ A su vez, estas pueden clasificarse en dos grupos, las preventivas - que pretenden prevenir delitos futuros - y las reparatoras – que tienen como fin reparar las consecuencias del delito.¹⁹

Las teorías preventivas a su vez, se dividen en teorías de prevención especial - dirigidas al delincuente; y teorías de prevención general – en referencia a toda la sociedad.

La Prevención General, podemos decir se orienta de manera particular a la inmersión de la norma en la psique de la ciudadanía, es decir a hacer conciencia del precepto penal y sus consecuencias jurídicas, motivada por la amenaza que ésta conlleva.

¹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Lecciones de Derecho Penal*; Editorial Trotta, Madrid: 1997, pág. 47.

¹⁹ RICO, José M, *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*. Siglo Veintiuno Editores, México: 1979, pág. 10

Por lo anterior es necesario precisar los conceptos de control social de prevención general en su extremo moralizante; el control social sin duda juega un papel condicionante y se sustenta en su nivel más coercitivo a través del sistema penal, que con fundamento y a través del derecho penal (puramente normativo), intenta alcanzar los fines planteados en cada subsistema; que en el caso de la etapa formal (legislativa) es la prevención general positiva y también la negativa.

La norma penal como un medio de control social institucionalizado, se dirige a proteger bienes jurídicos y también a mantener las posiciones de los grupos en el poder, desde un punto de vista normativo, y sólo respecto a la conducta externa de los receptores de dicho ordenamiento, la prevención general positiva como su fin, no tiene un fundamento distinto, tiende a llegar a un nivel psicológico, orientar a la colectividad hacia un cierto comportamiento que también debe ser exterior.

Dentro de las teorías de Prevención General se observan dos posturas contrarias, ambas con fundamentos interesantes que serán comentados en los dos apartados siguientes.

4.3.4.1.1. Negativa

La Prevención General Negativa, se basa en la premisa de la intimidación, como medio para evitar la incidencia delictiva, y que en sus últimas consecuencias puede llegar al llamado “terror penal” al abusar de dicho temor.

Esta teoría considera que los individuos “*reprimirán sus impulsos delictivos*”²⁰ al saber del castigo a imponérseles de realizar la conducta delictiva; buscando la disuasión.

Haciendo cada vez más vigorosas las sanciones, con el afán de lograr con mayor rapidez o eficacia los objetivos planteados, motivando muchas veces modelos autoritarios, en sus versiones más extremas.

Esta última tendencia, es la que hay que evitar en medida de lo posible, estando en manos del legislador hacer buen uso de este medio y así alcanzar los fines fácticos que se le pueden dar a su tarea, bajo el supuesto de que es imposible terminar en definitiva con el delito y que ésta, la determinación legislativa es una fase de tres, que si bien hace necesaria su diferenciación en el ámbito analítico, sus resultados sólo pueden evaluarse en conjunto, dicha integración es fundamental, pues cada nivel determina a los otros, y la deficiencia en alguno es percibida como un fracaso general.

El miedo al que se expone a la ciudadanía a través de las sanciones penales, no es el único ni el más grande atributo del sistema penal para evitar la delincuencia, es tan solo un paso, el cual debe ser fortificado posteriormente, pues de nada sirve una reforma penal que aumente la sanción a un tipo penal determinado, cuando la cifra negra de la criminalidad es sumamente alta, cuando un alto porcentaje de delitos quedan impunes, o los beneficios en fase ejecutiva dejan mucho que desear, siendo claro que la proporcionalidad, la equidad y la certeza de castigo son igualmente importantes.

²⁰BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen I. Editorial Trotta, Madrid, 1997, pág- 48.

El miedo puede llegar fácilmente a terror, y consecuentemente la amenaza hacerse descomunal; tal desproporción ante el fin que representa la prevención general negativa, no sugiere un peligro material, puesto que no representar una real alteración en los bienes jurídicos de nadie en particular, por lo que legislador pasando por alto o desconociendo los principios constitucionales antes mencionados y justificados en la petición expresa de la ciudadanía, agravan las sanciones, sin considerar las repercusiones de tales acciones en las otras instancias de determinaciones, por lo que la cooperación entre niveles no debe ser vista como “idílica” sino más bien imperiosa.

4.3.4.1.2. Positiva

Pero también es posible imponerle a la actividad legislativa de sancionar en el ordenamiento penal, el fin de *buscar “la integración cohesionando la sociedad en torno a los valores jurídicos”*²¹, es decir en búsqueda de prevención general positiva.

Estas teorías considera Ferrajoli, tienden a confundir derecho y moral²², lo cual nos lleva igualmente a un extremo que hay que evitar a toda costa; al referirnos a la legitimidad que tiene el Estado para legislar sobre sanciones penales, se dejó claro que el mantener el orden social de ninguna manera debe interferir en el ámbito moral del individuo, de hacerlo sería imposible justificar tal intervención ni en aras de la convivencia y la paz; un

²¹ TOCORA, ob. cit., pág. 67.

²² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Barcelona: 2000, págs. 274 y 275.

extremo saludable es sin duda el dar a la actividad legislativa un fin de integración de los ciudadanos a través de las normas con las instituciones, pero de ningún modo es posible permitir que el fin sea más bien el manipular a los destinatarios de las disposiciones penales para ser fieles y obedientes a éste último.

En consideración a lo anteriormente expuesto Jesús María Silva Sánchez, indica lo siguiente:

La prevención general positiva tiene un indudable sentido moralizante, << de imposición mediante la coacción de pena de una adhesión interna de los ciudadanos a los valores jurídicos>>, lo que sin duda es <<impropio de un Derecho penal de garantía del individuo>>. Lo más coherente con tal Derecho penal, respetuoso con los derechos individuales, es <<una motivación en contra de la realización del delito, que supone la existencia de una función intimidadora de la pena limitada a intentar conseguir un respeto *externo* al orden jurídico.>>²³

Lo que nos lleva a dilucidar como al principio de este apartado, que el fin de la determinación legislativa de la pena, si bien éste se realiza a través de un proceso interno, es sólo para condicionar su respeto exterior.

Así como no debe de sobrepasar la amenaza al terror, tampoco debe de sobrepasarse la integración externa con la fidelidad interna.

Por ser ambos, posibles fines de la punibilidad, esta en manos del legislador, decidir para qué quiere ocupar su poder legislativo, sin

²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús – María. *Aproximaciones al Derecho Penal Contemporáneo*. J.M. Bosh Editor; Barcelona: 1992, pág. 238.

embargo bajo un enfoque global de los recursos aquí analizados (fundamento, principios, características), es ostensible que tales fines deben de sujetarse a los límites que mismos de la punibilidad.

4.4. Conclusiones

El legislador, al amenazar con pena un determinado comportamiento delictivo, debe pensar en todos los aspectos necesarios para lograr en su labor el mejor de los resultados; a esto se le llama “técnica legislativa”.

El legislador debe estar muy consciente de la realidad social y jurídica del país, lo cual de nueva cuenta a sobresaltar la importancia de la Dogmática Jurídico Penal; que hace adoptar criterios teóricos, que sirven de base para las decisiones político criminales, al momento de dar origen a la ley.

Así, al ser la función legislativa, de gran relevancia interinstitucional, debe observar ante todo ciertos principios, como la importancia del bien jurídico, la necesidad de recurrir a la sanción y a su proporcionalidad, si no son suficientes otro tipo de sanciones, además de prever en relación con los anteriores, los fines – intimidatorios e integradores-, que pretende. Y mientras más cerca éste de la realidad y basándose en el fundamento constitucional, el poder legislativo estará más cerca de la sociedad, lo cual dará una mayor aceptación a las disposiciones penales, siendo mucho más eficaz su tarea de prevención general.