

# EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CÓDIGO PENAL DE COAHUILA DE 1999 Y 2013

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CÓDIGO PENAL DE COAHUILA.

OBSERVACIONES Y PRINCIPIOS GENERALES.

## I. ANTECEDENTES INMEDIATOS.

A. En noviembre de 1997, a propuesta del Gobernador Rogelio Montemayor Seguy, el Congreso del Estado aprobó por unanimidad el Decreto que sentó las Bases de Trabajo entre los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial para la Renovación Integral de la Legislación Civil, Penal y Municipal; así como la correlativa a la Seguridad Pública, la Procuración y la Administración de Justicia.

Ello implicó durante el curso de 1998 una intensa colaboración interinstitucional entre los poderes del Estado; las universidades públicas y privadas; las asociaciones y organismos de la sociedad civil; los colegios, foros y barras de abogados; los académicos, maestros, estudiosos e investigadores del Derecho; para dotar a Coahuila de una nueva codificación civil, de procedimientos civiles, penal y de procedimientos penales. Así como para innovar el Código Municipal, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia y la Ley de Seguridad Pública.

Una labor legislativa de tal magnitud, ciertamente, carece de precedentes históricos, en el estado y en la república.

B. En tal virtud, los tres poderes organizaron los mecanismos necesarios para la consulta pública y la instrumentación técnica-jurídica; con el objetivo de lograr

en un tiempo razonable las mejores iniciativas posibles de la legislación antes dicha.

Para ello se integró una Comisión General Coordinadora, la cual previas las convocatorias públicas, llevó a cabo la celebración de Foros Regionales en Torreón, Saltillo, Monclova, Sabinas y Piedras Negras; los que culminaron con un Congreso Estatal sobre Seguridad Pública, Procuración y Administración de Justicia y Fortalecimiento Municipal.

En ellos se convocó y consultó con amplitud al foro y a la judicatura coahuilense; así como a maestros, académicos, especialistas, investigadores y ciudadanos en general; quienes aportaron lo mejor de su ciencia, conocimientos y experiencia para actualizar el orden jurídico vigente; proponiendo la creación de instituciones jurídicas o la renovación de las ya existentes. Todo ello en busca de una mejor convivencia y armonía social entre los coahuilenses; manteniendo el respeto a la libertad individual y a la dignidad de las personas y procurando mejorar la seguridad jurídica.

De manera paralela a los trabajos de los Foros Regionales y el Congreso Estatal, en el seno de la Comisión General Coordinadora se crearon las “Comisiones Técnicas”. Estas se encargaron de la redacción de los Proyectos de Nuevos Códigos Civil, Procesal Civil, Penal y de Procedimientos Penales. Así como para innovar el Código Municipal, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia y la Ley de Seguridad Pública. Dichas Comisiones incluyeron las propuestas y conclusiones de los Foros Regionales y el Congreso Estatal, en los proyectos legislativos.

C. Con relación a los Códigos Penal y de Procedimientos Penales se formó una Comisión Conjunta. Que se Integró con 80 destacados juristas de todas las regiones del Estado. Entre ellos, se cuentan agentes del Ministerio Público;

jueces y magistrados; catedráticos e investigadores de las facultades y escuelas de Derecho; así como abogados postulantes.

Como consecuencia de todos esos trabajos conjuntos, ahora surge entre otros, los Proyectos de los Nuevos Códigos Penal y de Procedimientos Penales para Coahuila.

Corresponde aquí y ahora motivar el Proyecto del nuevo Código Penal de Coahuila.

## **II. ANTECEDENTES Y FINES GENERALES.**

A. Para elaborar este Proyecto, se tuvieron a la vista los ya muy extensos comentarios jurisprudenciales en materia penal. Igualmente, la legislación penal federal y de las entidades federativas en México; especialmente aquellas que, como la nuestra, se apartaron de los viejos moldes del Código Penal Federal. También se tuvieron a la vista proyectos y legislación nacional y extranjera; entre las que destacan: El Código Penal Tipo para Latinoamérica. El Código Penal Tipo para la República Mexicana. La actual Iniciativa de reformas al Código Penal Federal. Los Códigos Penales Español, Alemán, Colombiano, Chileno y Argentino.

B. En el presente Proyecto del Código Penal de Coahuila sobresalen los aspectos siguientes:

Su estructura ofrece mejor sistematización. Pues permite la fácil comprensión y manejo de sus términos. A la vez, hace totalmente accesible el desglose técnico de cada uno de sus preceptos. Pues para entenderlos mejor: A la cabeza de cada disposición se menciona el apostillado o glosa de la institución o tema que en ella se contiene.

Sin embargo, dicho apostillado no pretende ir más allá. La esencia normativa de cada artículo radica en su contenido y no en la acotación que lo encabeza. Aún así, se tomó especial cuidado en la redacción de los encabezados. Para así evitar incongruencias e indicadores falsos. Que puedan dificultar la tarea del intérprete, en vez de facilitarla.

Por su contenido, el Código se divide en dos grandes libros: En el primero. Se establecen las normas generales aplicables a todos los delitos. En el segundo. Se regulan los delitos en particular. De acuerdo con el bien jurídico que prevalentemente se protege; sin dejar de reconocer que innumerables tipos penales implican el peligro o daño de diversos bienes jurídicos, en forma conjunta o alterna.

En su teleología, el Código Penal tiende en forma destacada a combatir la impunidad; a ser instrumento de seguridad jurídica y la vez conservar un espíritu racional y humanista en sus disposiciones y sanciones; con la aspiración a un estado de Derecho. Además, busca brindar una efectiva protección a los ofendidos y víctimas del delito, al consignar normas que permitan hacer realidad una reparación del daño eficaz.

### **III. PRINCIPALES INNOVACIONES AL CÓDIGO PENAL.**

Algunas de las principales innovaciones al Código Penal son las siguientes:

1. Se da una nueva estructura del delito. Más acorde con la realidad. De tendencia finalista y funcionalista. Que facilite la seguridad jurídica en la aplicación y observancia de la ley.
2. Se dan formulas legales claras y congruentes. Las formulas con las que se definen los elementos positivos del delito y la ausencia de cada uno de ellos, son más concisas y congruentes.
3. Se da un nuevo tratamiento a la reincidencia. En vez de incrementar la pena por tal motivo, lo que deviene inconstitucional: El reincidente no

tendrá derecho a ningún beneficio al aplicársele la pena, ni durante la primera mitad de su ejecución.

4. Se crea la nueva figura de reincidencia ficta. A quien se otorgue algún beneficio procesal, no se le podrá conceder ningún otro en otra ocasión.
5. Será revocable cualquier beneficio que indebidamente se conceda a reincidentes reales o fictos. Siempre será revocable cualquier beneficio que se llegase a conceder a un reincidente real o ficto. Además, el Ministerio Público y los ofendidos o víctimas tendrán legitimación para pedir la revocación.
6. Se simplifica el Sistema Penológico. Se funden diversas instituciones penológicas. También se suprimen beneficios penales excesivos, que desatiendan a víctimas u ofendidos; o al interés social y racional en el tratamiento de las sanciones y medidas penales. Además, se derogan las instituciones penológicas siguientes: La conmutación judicial de la pena; la suspensión a prueba del proceso; el sobreseimiento por reparar el daño en delitos patrimoniales y la reclusión intermitente en la ejecución de la pena de prisión. A su vez, la suspensión a prueba de la ejecución de la sentencia y los sustitutivos penales se concentran en una sola institución: La Condena Condicional. Cuya aplicación impera en México desde hace más de un siglo. Pero a la cual se le da un tratamiento novedoso. Pues esta siempre ha consistido en libertad vigilada; en tanto que en la reforma se proponen otras alternativas, a través de los sustitutivos penales.

Asimismo, la reparación del daño y el perdón del ofendido solo hace posible la extinción de la acción penal si el delito no es grave y es inoperante en caso de reincidentes, reales o fictos. Por último. Desaparece el simple sobreseimiento por reparar el daño en delitos patrimoniales.

7. Se establece un Sistema de Penas Coherente. Es decir, se procura evitar el actual desequilibrio entre los delitos y sus penas. El ejemplo actual más claro de tal desigualdad se observa entre los delitos contra el

patrimonio y los delitos contra la vida y salud personal. Pues muchos de los primeros se sancionan en forma más severa que los segundos.

8. Se Rechaza la Inflación Penológica Irracional. Así. Se estima desaconsejable salvar la disparidad de penas por la vía simple de aumentarlas. Ello sería cómodo, pero también torpe y demagógico. E implicaría falsear el problema. Y propiciaría actuar en forma irracional e irresponsable; al facilitar situaciones aún más injustas. Además. El poder disuasor del simple aumento de penas es ineficaz. Así lo demuestra el incremento sustancial de las penas en prácticamente todos los delitos de robo desde hace ya cinco años; los que, sin embargo, lejos de disminuir crecieron en número.
9. Se establece un Sistema Penológico que se sustenta en la Gravedad de la Lesión y la Culpabilidad. Es decir, en el daño o peligro a los bienes jurídicos según el delito en particular y la Gravedad de la Culpabilidad en el caso concreto. Así. Se procuró mejor, fijar un sistema de punición legal en atención a la gravedad de la lesión al bien jurídico que se daña por cada delito. Que se atempera con la gravedad de la culpabilidad en el caso concreto, al individualizar las sanciones.
10. Se respeta el Principio de Reserva en la creación de delitos. En el mismo orden de ideas: Se tuvo presente que la creación legal de delitos y la imposición de sanciones penales, solo debe ser legítima y procedente, cuando se represente como absolutamente necesaria para salvaguardar los bienes jurídicos fundamentales del ser humano y la convivencia social.

La reacción punitiva indiscriminada, por cualquier acto ilegal, no previene ni corrige la delincuencia. Al contrario: Se convierte en factor de ella. La pretensión penal sin bases racionales, además de injusta, genera otros actos irracionales e igualmente injustos.

11. Se establece que la acción penal y las sanciones penales por homicidio y secuestro, serán imprescriptibles. En tal línea de pensamiento. Es incuestionable que en la actualidad las dos formas más graves de

atentar contra los bienes jurídicos fundamentales del ser humano y la convivencia social son el homicidio y el secuestro. Se debe entonces cancelar de manera perpetua la posibilidad de que su comisión quede impune por el simple transcurso del tiempo.

12. Se establece una Protección Jurídica Integral a los Ofendidos y a las Víctimas del delito. En tal virtud, se propone el sistema jurídico más amplio que hasta ahora pueda conocerse en la república mexicana, para la reparación del daño a víctimas y ofendidos. Dentro de las posibilidades y los imperativos de nuestra Constitución. En el Código Penal destacan las innovaciones siguientes:

- Se da un concepto legal de quienes son ofendidos y víctimas. Mismo que no existía.
- Se establece la reparación del daño como pena pública. Se amplían las vías judiciales para pedir la reparación: El Ministerio Público siempre la deberá pedir; pero si el ofendido o víctima lo desean, se pueden constituir en parte civil dentro del proceso penal; o intentar la reparación por la vía civil.
- Se amplían las presunciones legales de la existencia del daño a todos los delitos contra la vida, la salud, la libertad y el honor de las personas. Siempre procederá la condena a la reparación del daño, a menos que se pruebe que el daño no existió.
- Se amplían los conceptos por los que se deberá reparar el daño.
- Se amplían las categorías de los terceros obligados a reparar el daño.
- Se señala carácter solidario de la obligación de reparar para los terceros obligados.
- Se conceden estímulos de costas por demandar la reparación del daño, en beneficio de abogados que asistan a víctimas o a ofendidos por el delito.

- Se incluye a la asistencia y tratamientos psiquiátricos y psicológicos a víctimas y ofendidos como materia de la reparación del daño por cualquier delito.

A lo anterior se suma que:

- Se tendrá por pedida la reparación al ejercitar la acción penal, por ministerio de ley.
- Se podrá condenar por cantidad líquida o ilíquida. De tal suerte que la insuficiencia de prueba sobre el monto no será motivo para absolver de la reparación. Se podrá determinar el monto en ejecución de sentencia, en los casos anteriores.
- Se afectan a la reparación del daño todas las garantías que se exhiban. Con inclusión de las que se presenten para obtener la libertad provisional bajo caución.
- Se condiciona la concesión y el disfrute de cualquier beneficio procesal o penal siempre a la reparación del daño.
- Se establecen medidas especiales para las compañías afianzadoras, para que, si se sustrae el inculpado, paguen de inmediato las garantías a favor de los ofendido o víctimas, renunciando al procedimiento de ejecución de la ley de fianzas.
- Se faculta a los juzgadores para que tomen todas las medidas necesarias para hacer efectivas las garantías y la obligación de reparar.
- Se establece la autonomía del daño moral.
- Se incrementan los límites mínimos y máximos de la indemnización por concepto de daño moral.
- Se fijan tasas de interés vinculadas al C.P.P. del dinero. Que se sumarán al daño desde que se cause hasta que se pague.
- Se establece la posibilidad de una obligación “continua” de indemnizar, por gastos que se sigan originando con motivo del daño; aún después de su liquidación.



13. Se establece un Sistema Integral Sancionatorio para Personas Morales que se utilicen para cometer delitos.

14. Se crean nuevos delitos. Entre ellos, destacan los siguientes:

- Delito de Conspiración criminal.
- Delito de Banda o Pandilla Criminal. (Distinto al de Pandillerismo)
- Delito de Quebrantamiento de Arraigo Judicial.
- Delito De Omisión De Seguro En Vehículos De Servicio Público De Transporte De Personas O Cosas.
- Delito de Omisión de Proteger al Tránsito por Obra Pública.
- Delito de Pornografía Infantil.
- Delito de Violencia Intrafamiliar.
- Delito Equiparado al de Violencia Intrafamiliar Delito Equiparado al Secuestro.
- Delito de Secuestro Simulado.
- Delito de Manipulación Genética.
- Delito de Inseminación Artificial Indebida.
- Delito Culposo de Incendio y otros Estragos.
- Delito Agravado de Incendio y otros Estragos por Explosivos.
- Delito de Violación a la Intimidad Personal o Familiar.
- Delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

15. Se tipifican en forma autónoma y destacada ciertos delitos. Entre ellos, los siguientes:

- Negociación ilícita.
- Tráfico y uso de influencias.
- Otorgamiento indebido de empleo, cargo, comisión, contratos o licencias.
- Promoción o denigración de imagen.
- Aprovechamiento y uso indebido de información confidencial.
- Abuso contra subalterno.
- Perjurio y soborno.

16. Se da una ubicación adecuada y tratamiento sistemático a los Delitos contra las Instituciones Electorales.
17. Se agrava cualquier delito que se cometa por servidor público; exservidor público; miembro o empleado; exmiembro o ex empleado de cuerpos de seguridad pública u organismos de seguridad privada.
18. Se establece un sistema de individualización judicial de penas para delitos dolosos y culposos más claro, preciso, justo y racional.

#### **IV. FUNDAMENTOS DE LA POLITICA CRIMINOLÓGICA QUE SE ADOPTA EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO PENAL.**

##### *A. FUNDAMENTOS TRADICIONALES.*

¿Por qué punir? En este aspecto hemos de seguir a Roxin, para destacar que la pregunta acerca del sentido de la pena estatal se plantea en todas las épocas.

El tema es de acuciante actualidad cuando se trata de fundar un nuevo código penal: ¿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 otro modo, conformando su vida, en su existencia social?

Es esta una pregunta acerca de la legitimación y los límites de la fuerza estatal. De ahí que sea difícil contentarse con las respuestas del pasado. Pues la situación histórica, constitucional y social del presente, exige que se penetre intelectualmente en situaciones complejas: Para encontrar respuestas que den sentido y fin a la legislación penal. Que, a la vez que la justifiquen, le den contenido programático. De autentica política criminal.

Tradicionalmente se han propuesto tres soluciones alternas a la pregunta inicial. La de la “justa retribución”. La de la “prevención especial”. La de la “prevención general”.

1. Teoría de la retribución: Para la primera. Llamada <>. El sentido de la pena estriba en que la culpabilidad del autor se compensa con imponerle un mal penal. La justificación de tal procedimiento nos dice Roxin, descansa en la realización de una idea: La justicia.

La pena, pues, lleva su fin en sí misma. Tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia. Kant lo formuló de un modo más expresivo: <<Incluso aunque la sociedad civil con todos sus miembros acordara disolverse. P. ej.: El pueblo que vive en una isla decidiera separarse y dispersarse por todo el mundo. Se tendría que ejecutar antes al último asesino que se hallara en la cárcel. Para que cada uno sufra lo que sus hechos merecen. Y para que no pese la culpa de la sangre sobre el pueblo que no insistió en su castigo>>.

La conocida fórmula dialéctica de Hegel sobre la esencia de la pena. Como una negación a la negación del Derecho; significa exactamente lo mismo: El delito se aniquila; se niega y expía por el sufrimiento de la pena; que de ese modo restablece al Derecho que lesionó.

Asimismo. La teología cristiana sustenta predominantemente, hoy como ayer, este punto de vista. Al considerar a la realización de la justicia como mandato de Dios y a la pena como ejecución de la función judicial divina.

La circunstancia de que aquí concurren en una poderosa corriente, la tradición filosófica del idealismo y la cristiana; que desde el siglo pasado penetraron la cultura de múltiples maneras; es en definitiva la causa de

que la teoría de la retribución haya sido dominante; y todavía hoy cuente con el mayor número de adeptos.

Es igualmente incuestionable, que la idea de la compensación retributiva; al intentar traer un reflejo de armonía superior a nuestra frágil existencia terrena; tiene una fuerza triunfalmente sublime. A la cual es muy difícil sustraerse.

Con ella, sin embargo, en criterio de Roxin no se podría justificar honradamente la pena estatal. Dentro de las razones en contra que él menciona, destacan las siguientes:

1. 1. Primera Objeción: Omite fundamentar ¿cuándo es legítimo penar? En verdad la teoría de la retribución presupone ya la necesidad de la pena, que debería fundamentar. Pues si su significado estriba en la compensación de la culpabilidad humana. No se puede referir con ello en serio a que el Estado tenga la tarea de retribuir con la pena toda culpabilidad. Cada uno de nosotros se hace culpable frente a su prójimo de muchas maneras. Pero no por ello se nos castiga. Y también la culpabilidad jurídica acarrea consigo consecuencias de tipo diverso. Como por ejemplo un deber de indemnización de daños. Pero solo en muy raras ocasiones una pena.

La teoría de la retribución, por tanto, no explica en absoluto cuándo se tiene que penar. Sino que dice tan solo: Si imponéis - con los criterios que sea - una pena, con ella tenéis que retribuir un delito.

Queda pues sin resolver la cuestión decisiva. A saber: ¿Bajo qué presupuestos la culpabilidad humana autoriza al Estado a castigar?

Para ello la teoría de la retribución fracasa. Es decir. Ante la tarea de trazar un límite a la potestad penal estatal. Ya que no impide incluir en el

código penal cualquier conducta. Da un cheque en blanco al legislador. Así se explica también su aplicabilidad. Que perdura a cualquier cambio constitucional desde el absolutismo hasta hoy. Lo que revela desde este punto de vista no solo una debilidad teórica; sino también un peligro práctico.

1. 2. Segunda Objeción: ¿Será racional remediar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, que es sufrir la pena? Otra objeción sería consiste en que la idea misma de retribución compensadora solo se puede hacer plausible mediante un acto de fe. Pues en un sentido racional no se puede comprender: ¿Cómo se puede remediar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, que es sufrir la pena?

Es claro que tal procedimiento corresponde al arraigado impulso de venganza humana. Estímulo del que en verdad la pena no se sustrae históricamente. Pero asumir que si el Estado retribuye es por algo cualitativa y completamente distinto a la venganza: Como es que la retribución quite <<la culpa de la sangre del pueblo>>. O expíe al delincuente. Etc. Solo es concebible por un acto de fe. Y este, según nuestra Constitución, no se le puede imponer a nadie. Por tanto, no es válido para una fundamentación, vinculante para todos, de la pena estatal.

Tampoco puede cambiar nada de esto el invocar el mandato de Dios. Pues, como se sabe, las sentencias de los jueces no se pronuncian en nombre de Dios, sino en nombre del pueblo.

Por ello ya no es admisible en una época que todo poder estatal deriva del pueblo, legitimar las medidas estatales con la ayuda de poderes trascendentes.

Además, Roxin destaca con elocuencia: “No me parece que se corresponda tampoco con la esencia de una verdadera religiosidad. Pues ¿qué sabemos nosotros de la justicia de Dios, como para podernos arrojar la capacidad de expresar con nuestras sentencias no solo el honrado esfuerzo de nuestra defectuosa justicia terrena, sino simultáneamente la voluntad de Dios? El <> bíblico es, si se le entiende así, precisamente un veto contra la híbrida creencia de conocer el juicio divino sobre la culpabilidad humana y poder ejecutarlo”.

2. 3 Resumiendo las objeciones. La teoría de la expiación no nos puede servir: Porque deja sin aclarar los presupuestos de la punibilidad. Porque sus fundamentos no se comprueban. Y, porque, como conocimiento de fe irracional y, además, impugnable, no es vinculante.

3. Teoría de la “prevención especial”: La segunda solución para fundar la pena estatal es la teoría de la “prevención especial”. Esta no quiere retribuir el hecho pasado. Sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor.

Ello puede ocurrir de tres maneras: 1) Corrigiendo al corregible. Esto es lo que muchos llaman erróneamente “readaptación”. 2) Intimidando al que por lo menos todavía es intimidable. Y, 3) Haciendo inofensivo, mediante la pena de privación de libertad, a quien ni es corregible ni intimidable.

Esta teoría, en su forma moderna, procede de la época de la ilustración. En el siglo XIX retrocedió ante la teoría de la retribución. Pero a finales de ese siglo resurgió con fuerza gracias al penalista Franz Von Liszt y a su escuela. En tiempos recientes cobró una gran influencia; a veces dominante; gracias al movimiento internacional de la <<defensa social>>.

La idea de un derecho penal preventivo, de seguridad y corrección, seduce por su sobriedad y su característica tendencia constructiva y social. Pero así como es clara en sus metas. En cambio, omite justificar las medidas estatales necesarias para su consecución. En ello radica un serio punto débil de esta teoría. El que Roxin objeta así:

2. 1. Primera objeción: La teoría de la prevención especial no posibilita una delimitación del “jus puniendi” en cuanto a su fundamentación, contenido y temporalidad. Al igual que la teoría de la retribución, la teoría de la prevención especial tampoco posibilita una delimitación del “jus puniendi” en cuanto a su contenido. Pues no es solo que todos somos culpables. Sino que, además todos necesitamos corregirnos.

Cierto que según esta concepción, el esfuerzo terapéutico-social del Estado debe dirigirse de antemano solo contra los inadaptados en extrema medida a la sociedad.

Pero el punto de partida sigue siendo suficientemente peligroso. Por ejemplo. A un régimen en el poder le hace posible el someter a “tratamiento” penal, en calidad de inadaptados socialmente, a enemigos políticos.

Pero incluso si se dirige la vista solo a los <<asociales>> en sentido tradicional: Como los mendigos, vagabundos, vagos, prostitutas y otras personas indeseables para la comunidad. Van a parar a la esfera del derecho penal grupos de personas cuyo tratamiento como criminales apenas se puede fundamentar en un orden jurídico penal como el que tenemos: Que se dirige a conductas concretas y no a las “preferencias”, “condición” o “estado” social de las personas.

La idea de prevención especial tampoco posibilita delimitación temporal alguna de la intervención estatal mediante penas fijas. Sino que, consecuentemente y según ella: Se debería perseguir un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección. Incluso aunque su duración sea indefinida. Ello pugna con el principio constitucional de penas delimitadas no solo en su naturaleza; sino en su duración máxima.

Pero, además, desde el punto de vista de dicho Derecho Penal Correccionalista: Ni siquiera se puede hacer inteligible la vinculación a descripciones exactas del hecho. Ni excluirse a la analogía. Lo cual también contraviene el artículo 14 constitucional.

En una palabra: La teoría de la prevención especial tiende; todavía más que un Derecho Penal de la Culpabilidad de carácter Retributivo; a dejar al particular ilimitadamente a merced de la intervención estatal. Y ello, sin lugar a duda, propicia el autoritarismo. Además, contraría las aspiraciones de un estado de derecho con sustento democrático.

Cierto que las consecuencias aludidas solo las han extraído los representantes más radicales de esa teoría. Ciertamente es también que la mayoría de ellos sigue al Derecho penal del hecho; a la precisión del tipo y a la exactitud de la pena.

Pero ello, precisamente, muestra que los defensores de la teoría de la prevención especial no pueden explicar desde su punto de partida, los fundamentos del Derecho Penal. Por lo tanto. También ellos dan por supuestos la extensión y los límites del derecho penal estatal, que deberían fundamentar. Pero que no fundamentan.

2. 2. Segunda Objeción: La teoría de la prevención especial no puede dar la indispensable fundamentación de la necesidad de la pena en los



casos en que no exista peligro de repetición de delinquir. Contra la concepción de la prevención especial se alega con frecuencia una segunda objeción. Que todavía no se refuta de manera concluyente. Consiste en que, aún en los delitos más graves, no se tendría que imponer la pena de no existir el peligro de repetición.

Roxin señala como uno de los ejemplos más contundentes en su momento, el de los asesinos de los campos de concentración en Alemania. Algunos de ellos mataron cruelmente por motivos sádicos a innumerables personas inocentes. Esos asesinos viven hoy en su mayoría discretamente e integrados socialmente. Por tanto, no necesitan de <<resocialización>> alguna. Tampoco existe en ellos el peligro de una repetición, por la que los hubiera que intimidar y asegurar.

¿Realmente, por ello deben quedar impunes?

Por lo demás, el problema es independiente de esta constelación histórica. También en otros casos se dan graves delitos de sangre y por supuesto, otros delitos, que con frecuencia se deben a motivos y situaciones irrepetibles. Nadie, sin embargo, extrae en serio la consecuencia de la impunidad. Pero la teoría de la prevención especial no puede dar la indispensable fundamentación de la necesidad de la pena en esos casos.

2. 3.Tercera Objeción: No contiene en sí misma la justificación de corregir. En tercer lugar. Es cierto que la idea de la “corrección” indica un fin de la pena. Pero también lo es, que de ningún modo contiene en sí misma la justificación de ese fin. Como creen erróneamente la mayoría de los partidarios de esa teoría.

Más bien hay que preguntar: ¿Qué legitima a la mayoría de una población a obligar a la minoría a acomodarse a las formas de vida gratas a aquella? ¿De dónde obtendremos el derecho de educar y someter a tratamiento contra su voluntad a personas adultas? ¿Porqué no ha de poder vivir los que lo hacen al margen de la sociedad; - bien se piense en mendigos o prostitutas; bien en homosexuales; - del modo que deseen?

La circunstancia de que son incómodos o molestos para muchos de sus conciudadanos: ¿Es causa suficiente para proceder contra ellos con penas discriminantes? Preguntas tales suenan algo provocadoras. Pero con ello solo se prueba que la mayoría de la gente considera como algo evidente: El que se reprima violentamente lo distinto, lo discrepante.

¿Pero en qué medida existe en un estado de derecho una facultad para esto? Porque ese es el verdadero problema. Problema que de antemano no puede resolver la concepción preventivo-especial, por caer fuera de su campo visual.

Expresándolo en pocas frases. La teoría de la prevención especial es inidónea para justificar al Derecho penal: Porque no puede delimitar sus presupuestos y consecuencias. Porque no explica la punibilidad de delitos sin peligro de repetición.

Porque la idea de adaptación social forzosa mediante una pena no contiene en sí misma su legitimación; sino que necesita de fundamentación jurídica a partir de otras consideraciones. Porque la idea de que nuestra Constitución apoya esa forma de pensar, parte de un desconocimiento de los fundamentos de la “readaptación” como lo que en verdad es: Un sistema “jurídico” de reincorporación social útil. Muy lejano al de un sistema “terapéutico-correctivo” de la personalidad.

El sistema de “readaptación” con real apoyo en nuestro artículo 18 constitucional: Es un método por el que es posible acortar la pena a través de instituciones “jurídicas”. Las que se sustentan en bases racionales que permitan a la sociedad evitar al preso el súbito impacto de su libertad. Impacto que lo vaya a confrontar de nuevo con aquella. A través de nuevos delitos. Por ello, hay que facilitarle los medios que le permitan vivir con dignidad y reincorporarse a la comunidad sin volver a afectar los bienes jurídicos fundamentales a esta.

Pero de ningún modo, nuestra Constitución autoriza al Estado a “readaptar” al delincuente a través de la “corrección” de su personalidad. Idea que; además de ilusoria y de evidente fracaso; atenta desde luego contra la dignidad personal y los derechos humanos.

4. Teoría de la “prevención general”: La tercera de las respuestas tradicionales al sentido y fin de la pena, la encontramos no en la influencia -sea retributiva, sea correctiva o asegurativa- sobre el autor mismo. Sino en sus efectos intimidatorios sobre la generalidad. En la llamada “prevención general”.

Esta teoría tiene en Anselmo Von Feuerbach; fundador de la moderna ciencia alemana del Derecho penal; a su más famoso representante. A principios del siglo XIX Feuerbach basó su influyente sistema, muy consecuentemente, en el pensamiento de la intimidación general.

Pero hoy en día la concepción de la prevención general mantiene su importancia. En la exposición de motivos del Proyecto de Código Penal Alemán de 1962, se puede leer todavía sobre la <<fuerza modeladora de las costumbres>> de la pena.

Todos somos testigos recientes de que en 1993 el legislador coahuilense aumentó de modo drástico las penas para prácticamente toda clase de robos. Todo ello, bajo la idea de que con ayuda del código penal se puede motivar a la generalidad a comportarse con arreglo al orden. Ello fue una obvia consideración de carácter preventivo-general.

Sin embargo, por muy evidente que le pueda parecer todo esto al sano entendimiento humano. Al observador crítico le vienen a mano rápidamente argumentos en contra:

3. 1. Primera Objeción: Deja sin resolver ¿sobre cuáles comportamientos tiene el Estado la facultad de intimidar? Además, extiende ilimitadamente el poder de penar y propicia el autoritarismo. En primer lugar. También aquí queda sin resolver: ¿Frente a qué comportamientos tiene el Estado la facultad de intimidar?

La doctrina de la prevención general comparte con las teorías de la retribución y de la corrección este punto débil. A saber, que deja sin justificar el ámbito de la punibilidad.

A ello se añade una ulterior objeción: Así como en la concepción preventivo-especial no es delimitable la duración del tratamiento terapéutico-social y en un caso concreto puede sobrepasar la medida de lo defendible en un orden jurídico liberal. También el punto de partida preventivo-general muestra tendencia al terror estatal. O por lo menos, al autoritarismo del Estado. Pues quien quiere intimidar mediante la pena, tenderá a reforzar ese efecto castigando tan duramente como sea posible. Piénsese sino en las severas penas en delitos fiscales.

Ahora bien. Si se parte de que tampoco para el Estado el fin justifica cualquier medio; algo así no puede ser conforme a Derecho. La

prevención general necesitaría, por tanto, una delimitación. Esta, ciertamente, no se desprende de su punto de partida teórico.

3. 2. Segunda Objeción: Hasta ahora no se ha podido probar el efecto de prevención general de la pena en muchos grupos de delitos y delincuentes. El siguiente argumento en contra estriba en que hasta ahora no se ha podido probar el efecto de prevención general de la pena en muchos grupos de delitos y delincuentes.

El claro ejemplo es que no obstante el drástico aumento en Coahuila para las penalidades de casi todo tipo de robos desde 1993. Ello no trajo como consecuencia que disminuyera el número de aquellos. Más bien, este se incrementó en los años subsecuentes. En los que precisamente tal intimidación general ya debía surtir sus efectos.

Se puede aceptar entonces, que el hombre medio en situaciones normales se deje influir por la amenaza de pena. Pero en todo caso esto no ocurre con delincuentes profesionales. Ni tampoco con delincuentes impulsivos ocasionales.

En delitos graves; como delitos contra la vida, la libertad personal o sexual; es especialmente escasa la fuerza intimidatoria de las amenazas penales. De las penas draconianas incluso. Así. Las crueles penas de muerte norteamericanas. O las corporales de los siglos pasados que con frecuencia se practicaron en Europa. Como imponer el suplicio de la rueda o descuartizar y cortar a hachazos miembros del cuerpo. En nada pudieron, ni pueden aún, disminuir la criminalidad.

En resumidas cuentas. Cada delito es ya, por el hecho de existir, una prueba en contra de la eficacia de la prevención general. Ciertamente que a esto se puede objetar que, según la naturaleza de las cosas, solo

resultan visibles los casos en que la intimidación fracasa y no aquellos en los que tiene éxito.

Pero prescindiendo de las causas citadas por las que este éxito sea dudoso en muchos delitos. Además, sería paradójico en cierto modo que el Derecho penal careciera de significación precisamente para los delincuentes. Es decir, para los no intimidados y quizás, sencillamente, inintimidables. Más aún, que frente a ellos también no hubiera de prevalecer y legitimar la pena.

3. 3. Tercera Objeción: ¿Cómo puede justificarse el que se castigue al individuo no en consideración a él mismo? ¿Sino en consideración a otros? Ello conduce a la tercera y más importante objeción contra la prevención general: ¿Cómo puede justificarse el que se castigue al individuo no en consideración a él mismo? ¿Sino en consideración a otros?

Aún cuando fuera eficaz la intimidación. Es difícil comprender: ¿Cómo puede ser justo que se imponga un mal a alguien, para que otros omitan cometer un mal? Ya Kant lo criticó por atentar contra la dignidad humana; e hizo constar que el individuo no se puede <<manejar nunca como medio para las intenciones de otros, ni mezclado con los objetos del Derecho de cosas. Lo cual va en contra de su connatural personalidad>>.

En efecto. Coincidimos con Roxin, que tal instrumentación del hombre es inadmisibles para un orden jurídico que estime al ser humano como portador, completamente equiparado a todos los demás, de un valor como persona. Valor que es previo al Estado y que se debe proteger por este. Un ordenamiento así rechaza considerar a las personas como

objeto a disposición de la coacción estatal o como material humano utilizable.

La teoría de la prevención general, por tanto, presenta similares objeciones de principio que las otras dos. Ni puede fundamentar el jus puniendi estatal en sus presupuestos. Ni limitarlo en sus consecuencias. Es, además, discutible como política criminal. Y carece de la legitimación que concuerde con los fundamentos del ordenamiento jurídico.

## B. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PENA EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO PENAL DE COAHUILA.

1. Situación actual de nuestro derecho penal. Realmente, en la actualidad, cuando se inicia una reforma legislativa que incremente penas; en forma expresa o implícita; se acude con resignado eclecticismo a una postura “unificadora”. Que combina las tres versiones entre sí.

La postura “unificadora” ve el sentido de la pena no solo en que compense la culpabilidad del delincuente. Junto con ello tiene también el sentido general de hacer prevalecer al orden jurídico. Además, sirve a determinados fines de política criminal. En primer término, a fin de prevenir futuros delitos. Esto puede ocurrir intimidando al delincuente y a los demás para que no cometan tales hechos. Y puede lograrse de modo más duradero: Actuando sobre el delincuente para volverle a ganar para la comunidad. Todos estos fines se consiguen en parte por sí mismos mediante la pena. Pero en el caso concreto se puede también procurar de modo especial conseguirlos con la clase y medida de la pena.

La teoría unificadora se basa en percibir con acierto: Que cada una de las concepciones contiene puntos de vista aprovechables; que es erróneo convertir en absolutos.

Pero el intento de subsanar estos defectos; yuxtaponiendo simplemente tres concepciones distintas; tiene por fuerza que fracasar. Ello es así. Ya que la mera adición no solo destruye la lógica inminente de la concepción. Sino que aumenta el ámbito de aplicación de la pena. Que se convierte así en un medio de reacción apto para cualquier empleo.

Roxin apunta con tino, que los efectos de cada teoría no se suprimen en absoluto entre sí con una postura “unificadora”. Sino que se multiplican. Esto no es solo inaceptable teóricamente; sino muy grave si aspiramos a un estado de derecho con sustento democrático, racional y humanista. Agrega el pensador alemán refiriéndose a su país: Que si esa anomalía no se ha puesto de manifiesto más claramente aún en la práctica del Derecho Penal, se debe a que los tribunales tienen ampliamente en cuenta las decisiones valorativas constitucionales y las exigencias de razón sociopolítica; sin aprovechar el ámbito de juego que se les ofrece por la teoría unificadora.

Precisamente por ello, las cuestiones fundamentales jurídico-penales se discuten hoy en su mayoría sin relación con las teorías de la pena. Que de ese modo amenazan con perder su actualidad práctica.

2. La concepción de Roxin que en parte se acoge en el Proyecto: Empero. No se debe renunciar a una concepción teórica apropiada del Derecho penal. Porque solo ella nos puede ofrecer una medida para las numerosas propuestas que surgen en la discusión de la reforma. Y porque cada regulación concreta solo puede cobrar significación dentro del todo. Y solo según ello, ser valiosa o inútil.



Así, de acuerdo con Roxin, el Derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: Amenazando con, imponiendo y ejecutando penas.

Estas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado. En este punto hay que tener en cuenta que los distintos estadios de la realización del Derecho Penal se estructuran unos sobre otros. Por tanto, cada etapa siguiente ha de acoger en sí los principios de la precedente.

La necesidad de esa consideración gradual ya se ha hecho patente. Cada una de las teorías de la pena dirige su mirada unilateralmente a determinados aspectos del Derecho Penal. La teoría preventivo especial a la ejecución. La idea de la retribución a la sentencia. La concepción preventivo-general al fin de las conminaciones penales.

Sin embargo. Desatienden a las demás formas de aparición de la potestad penal. Aunque cada una de ellas lleve consigo intervenciones específicas en la libertad del individuo.

Como vimos; queda fuera del campo visual de todas las teorías de la pena, el comprender que todos los preceptos penales requieren de una legitimación suficiente; aparte de la voluntad del legislador. Está claro que, tanto la sentencia como el sistema penitenciario mejor y más progresivo, carecen de sentido si a causa de la legislación penal se les someten hombres sobre los que pesa injustamente la mácula de delincuentes; o con una pena irrisoria o desmesurada a la entidad del daño y a su culpabilidad.

3. 1. Así pues, comencemos con las: “conminaciones” de pena. ¿Qué puede prohibir bajo pena el legislador a los ciudadanos?

2. 1. 1. El derecho penal solo puede consistir en garantizar la vida en común de todas las personas; sin que se ponga en peligro, ni se dañe a sus bienes esenciales. Ello depende de qué campo de actuación se le atribuye al Estado moderno, si quiere aspirar a un estado de derecho. En tal sentido, solo la protección de los bienes jurídicos esenciales para la sociedad y la garantía de las prestaciones públicas necesarias para esa existencia, permiten al ciudadano el libre desarrollo de su personalidad.

Como todo poder estatal procede del pueblo: Su función no puede verse en la realización de fines divinos o trascendentes de cualquier otro tipo. Y si cada individuo participa en el poder estatal con igualdad de derechos: Tampoco puede estribar en corregir moral y en forma autoritaria a personas adultas; a las que, sin embargo, se conciba como no ilustrados intelectualmente e inmaduros moralmente.

Su función se limita más bien a crear y asegurar a un grupo que se reúne en el Estado, exterior e interiormente, las condiciones de una existencia que satisfaga sus necesidades vitales, bajo sustentos éticos mínimos y de contenido humanista.

Para el Derecho penal, ello significa que su fin solo se puede derivar del Estado. Pero concebido este como comunidad de los bienes jurídicos esenciales de las personas y para la convivencia en sociedad. Por tanto, solo puede consistir en garantizar la vida en común de todas las personas; sin que se le ponga en peligro, ni se dañe a esos bienes esenciales.

Ello significa que en cada situación histórica y social de un grupo humano, los presupuestos imprescindibles para una existencia en común se concretan en una serie de condiciones valiosas. De las que,

por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la libertad o la propiedad, todo el mundo las tiene presentes.

En una palabra: Los llamados bienes jurídicos esenciales al ser humano. El Derecho penal tiene que asegurar esos bienes jurídicos. Penando su lesión en determinadas condiciones.

En el Estado moderno, junto a esa protección de bienes jurídicos previamente dados, aparece la necesidad de asegurar, si es necesario con los medios del Derecho penal, el cumplimiento de las prestaciones públicas de las que depende el individuo y la comunidad, en el marco de la asistencia social por parte del Estado.

Mediante esa doble función, el derecho penal realiza una de las más importantes de las numerosas tareas del Estado. Ya que solo la protección de los bienes jurídicos esenciales para la sociedad y la garantía de las prestaciones públicas necesarias para esa existencia, permiten al ciudadano el libre desarrollo de su personalidad. Lo que nuestra Constitución considera como presupuesto de una existencia humana digna.

De aquí se desprenden dos primeras consecuencias importantes con relación al jus puniendi del Estado:

2. 1. 2. El Derecho penal es de naturaleza subsidiaria. Esto es: Solo se pueden penar las lesiones de bienes jurídicos y las infracciones contra fines de la prevención social, si ello es ineludible para los fundamentos esenciales de una vida comunitaria ordenada. Donde basten los medios del Derecho Civil o del Derecho Público, el Derecho Penal se debe retraer.

En efecto. Para la persona afectada cada pena significa un menoscabo en sus bienes jurídicos. Tiene efectos que, en cualquier caso, restringen fuertemente la libertad personal y trascienden a su personalidad.

Por ello. Por ser el derecho penal la reacción más enérgica de la comunidad: Solo puede recurrirse a ella en último extremo. Si se la utiliza donde basten otros procedimientos menos severos para preservar o reinstaurar el orden jurídico; le falta la legitimación de la necesidad social.

La paz jurídica se vería perturbada por un ejército de personas con antecedentes penales. En mayor medida que lo que ella se pueda fomentar con la conminación penal. Vistas así las cosas, el bien jurídico recibe una doble protección: Del Derecho penal y antes del Derecho penal. Que, empleado exageradamente, provoca precisamente las situaciones que quiere combatir.

En esta idea de subsidiariedad ya se comprende todo un programa de política criminal. Baste con algunas sugerencias; que de manera rápida se esbozan:

Según ello, no pertenece al Derecho Penal la infracción contra meros preceptos de policía. Bien se trate de prohibiciones de aparcamiento. Bien de horario de cierre de comercio u otras similares. Para estos casos, basta con sanciones administrativas, que muy bien pueden ser multas. A menos que se trate de violaciones de cierre que en sí, por la clase de comercio, llevan ínsito desatender el peligro de prevenir posteriores lesiones a la vida, salud y el patrimonio de las personas. Como sucede con el expendio de bebidas alcohólicas.

Asimismo. No se deberían penar simples perturbaciones del orden público. Es decir, como si fueran de orden público grave, sin serlo. El

remediarlas es tarea de la policía. También hay que poner reparos al método legislativo de proveer a las leyes con un "cinturón protector jurídico penal". Como a veces se hace al decretar sencillamente al final de las mismas: Que se castigará penalmente a quien infrinja las disposiciones precedentes. Ello es del todo recusable. Además de inconstitucional.

Se debería examinar de esta manera todo el orden jurídico. A fin de emplear al Derecho Penal para proteger bienes jurídicos esenciales a las personas y la comunidad; así como asegurar metas de las prestaciones vitalmente necesarias. Y solo donde no basten para su consecución medios menos enérgicos.

Naturalmente que esto presupone una amplia investigación de la realidad del Derecho; así como mucha reflexión sobre las sanciones extrapenales adecuadas.

Pero si no nos tomamos ese trabajo en la reforma del Derecho Penal que nos incumbe, omitiremos plantearle el Derecho Penal una de las exigencias del Estado de Derecho. Porque es evidente que nada favorece tanto a la criminalidad como la penalización de cualquier injusto consistente en unanimidad.

En tal sentido, se fue cuidadoso entonces en sancionar en el Proyecto de nuevo Código Penal de Coahuila solo bajo los postulados precedentes. Tarea incompleta, sin embargo. Pues quedó pendiente de examinar el resto del orden jurídico coahuilense. Para de ser necesario, adaptarlo a los postulados anteriores. Hacemos votos para continuar más adelante por tal camino.

2. 1. 3. El Derecho Penal debe castigar solo de acuerdo con la entidad dañosa y a la culpabilidad. La segunda consecuencia de nuestra concepción es que el legislador no está facultado en absoluto para castigar solo por su inmoralidad, conductas no lesivas de bienes jurídicos. El Derecho Penal debe tener un sustento ético; pero de ningún modo debe pretender corregir solo por ese motivo. Tampoco hay facultad de castigar solo para ejemplo de otros. Sino de acuerdo con la entidad dañosa y a la culpabilidad.

En este aspecto, el Derecho Penal Mexicano; y en especial el Coahuilense; sale bien librado. En esa ruta se debe continuar.

El ejemplo típico en otros países es el punir actos homosexuales que realicen personas adultas de común acuerdo y sin publicidad. No obstante que no dañen ni pongan en peligro a nadie. Ni, por tanto, lesionen bien jurídico alguno.

Pues si una acción no afecta el ámbito de libertad de nadie. Ni tampoco puede escandalizar directamente a los sentimientos de algún espectador porque se la mantiene oculta en la esfera privada: El castigo entonces ya no tiene fin alguno de protección.

Por ello, impedir lo meramente inmoral no entra dentro de la misión del Derecho Penal. Es decir. El enjuiciamiento jurídico-penal no depende en absoluto de la cuestión; que la mayoría de las veces se pone en primer plano; de si una conducta es más o menos reprobable moralmente.

El Estado tiene que salvaguardar el orden externo. Pero no tiene legitimación de ningún tipo para tutelar la moral del particular.

En el respeto a la moral intrínseca de cada quién, estriba la obligación del Estado de protegerla. Absteniéndose de establecer cánones sobre

los que ningún derecho le asiste. Bajo riesgo de tender al autoritarismo y dificultar la aspiración a un estado de derecho con sustento democrático.

Dejemos aquella tarea a la religión: Que cuida de la salvación de almas y de la buena conducta moral de quienes la profesen. Pero esta es una situación completamente distinta. Porque aquella no hace venir su autoridad del hombre.

4. Justificación básica para punir: Resumiendo. Las conminaciones penales solo se justifican si tienen en cuenta la doble restricción que encierra el principio de protección subsidiaria de prestaciones sociales y bienes jurídicos esenciales.

3. 1. Ámbito de la Prevención General. Bajo la premisa anterior, sí se puede reconocer que el fin de las disposiciones penales sea de prevención general. Pero evitando caer en las ilegítimidades esenciales que pretende prevenir. Con arreglo a la naturaleza de las cosas no puede ser de otra manera. Porque aquellas preceden temporalmente al sujeto al que se podrían imponer reacciones retributivas o de prevención especial.

De acuerdo con el contenido y fundamento de la pena que se esboza, no existen las objeciones de que la prevención general tienda a convertirse en autoritaria. Pues todo lo que se puede aducir contra la razón de la pena que se lleve a cabo desde el punto de vista de la prevención general: Que conduce a penas excesivamente duras y que no se puede justificar en cuanto a la persona del delincuente. No afecta aún en absoluto a las disposiciones penales como tales.

En cambio, la objeción de que es inadecuado un fin de prevención general para limitar la potestad penal: Se invalida con la restricción de esa finalidad a la protección de bienes jurídicos y prestaciones esenciales. Así como con la subsidiariedad del derecho penal al cumplir esas tareas. Es la primera restricción la que vuelve ilegítimo amenazar con penas excesivas. Como también lo es hacerlo con penas “inusuales” o “trascendentales” dice el artículo 23 constitucional. Es por esa primer restricción que también la pena de muerte se torna ilegítima. Porque responder de igual forma al injusto daño a la vida humana: En nada legítima para preservar el principal bien jurídico que se debe defender.

Por último. Hay que tener en cuenta que las conminaciones penales representan tan solo la primera de las tres etapas del Derecho penal. Las cuales en conjunto y solo en conjunto agotan el sentido y la misión del Derecho penal.

Si se tiene presente todo ello, habrá que reconocer como válido que las conminaciones penales se justifican solo y siempre, por la necesidad de protección, preventivo-general y subsidiaria, de bienes jurídicos y prestaciones sociales que sean esenciales a la comunidad.

Ahora bien; cabe destacar igualmente, que en algunos casos el Estado solo considera esencial sancionar cuando ello es conforme al interés de los ofendidos. Lo anterior es como se indica: Porque el interés social de la punición existe en la medida del interés de la víctima u ofendido. En ello radica también la esencia de la subsidiariedad. Pues solo se pueden penar los daños a bienes jurídicos y las infracciones contra fines de la prevención social, si existe el interés sobre el bien.

En incontables casos, en todos los países y épocas, la razón de la reacción penal está en función del interés de la persona sobre el bien



que se afecta. En especial cuando este es disponible. Es este interés el que convierte al bien jurídico en un bien valioso para el derecho penal.

Por tanto, si dicha persona carece de tal interés o incluso se manifiesta a favor de la afectación de su bien del que puede disponer; o en sentido contrario a la sanción: Sería absurdo mantener la pretensión penal. Además, el hecho anterior, lejos de invalidar al Derecho Penal lo reafirma en su misión subsidiaria. Ello, empero, se debe limitar a los casos racionales en los que por cesar la pretensión penal bajo el interés del afectado, no quepa esperar una nuevo daño con motivo de ello.

De aquí entonces la política criminal que se asume. De que la reiteración delictiva, real o ficta, sea el freno o impedimento razonable de omitir sancionar al sujeto aún sin el interés en tal sentido del ofendido. En esos casos, la pena se debe imponer aún cuando se repare el daño; no exista interés del ofendido en su castigo e incluso se dé el perdón.

Por cierto no se puede desconocer que en la mayoría de los casos de imposición de una pena late también un elemento de prevención especial. En cuanto que con aquellas se intimidará al delincuente frente a una posible reincidencia y se mantendrá a la sociedad segura de este al menos durante el cumplimiento de la pena.

Pero si se observa más exactamente: El componente de prevención especial de la sentencia penal, también tiene un fin último de prevención general. Pues como quiera que los esfuerzos de resocialización a favor del sujeto solo pueden comenzar con la ejecución de la pena, lo primero que la condena en sí misma hace efectiva, es la dura restricción a la libertad del delincuente.

Una restricción que se hace no en interés suyo, sino en el de la comunidad. Que, por tanto, sirve a otros, no a él.

Aún así. Debemos evitar el error al que nos induce la retórica idealista del beneficio que se le hace al delincuente con la punición. Sino que hay que reconocer con sencillez que el fin de aquella es la salvaguardia del orden esencial para la comunidad. Para poder preguntar sobre esta base: ¿Si está justificado aplicar una pena al particular para conseguir esa meta?

Así pues: Lo que se pone a discusión no es la adecuación del fin. Sino la conformidad a Derecho del medio.

Si, como afirma Kant y con él gran parte de la doctrina hoy dominante: Que no se puede admitir bajo ningún pretexto - por ser contrario a la dignidad humana - que se dé cabida en la imposición de la pena a consideraciones de prevención general. No está entonces nada claro justificar la imposición de la pena en consideraciones de prevención general.

Quizá se trate en realidad solamente del poder del más fuerte. A esto se suma que con la fundamentación dada hasta ahora no podemos encontrar límite alguno a la duración de la pena. Pero: ¿Realmente se puede considerar conforme a Derecho tal sacrificio del particular en interés de la colectividad?

3. 2. Medición de la pena. Con ello llegamos a la medición de la pena. Nada parece más indicado que llevar el principio de la prevención general hasta introducirlo en la actividad judicial. Ya que la fuerza de prevención general de los tipos penales quedaría en nada si no hubiera realidad alguna tras ella.

La respuesta negativa a esta pregunta está fuera de duda, después de todo lo que ya se dijo. Un ordenamiento jurídico para el que el particular no es objeto, sino titular del poder estatal: No puede desnaturalizar a la persona convirtiéndola en un “medio” de intimidación. Las cualidades de sujeto y persona del ser humano se oponen a ello.

Ahora bien. Con estas reflexiones Roxin abre la solución a nuestro problema: La imposición de la pena será justa si se consigue compaginar su necesidad para la comunidad jurídica, con la autonomía de la personalidad del delincuente; que el Derecho también tiene que garantizar.

Estos dos puntos de vista, - dice Roxin -, no se excluyen en absoluto, como muchas veces se cree. En efecto: Si el Estado le debe asegurar sus bienes jurídicos al ciudadano. A la inversa, cada miembro de la sociedad tiene que hacer de su parte todo lo necesario y que le sea posible para cumplir con esa tarea común.

Esto es, dentro de los límites que veremos a continuación: Que el responsable tiene que cargar con la pena necesaria para el mantenimiento de dicho orden. Igual que, por ejemplo, también tiene que soportar el deber del servicio militar o del pago de impuestos. Sin que por ello se lesione su dignidad humana.

Al particular no se le coloca - por decirlo en palabras de Kant - entre los <<objetos>> del <<Derecho de cosas>>: Solo porque se le impongan deberes en interés de la comunidad. Esto solo sucede si ya no se le juzga según la medida de su persona, sino según su mera utilidad para los fines de otros.

De aquí se sigue una consecuencia importante para la imposición de la pena: La pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad.

Así pues, la culpabilidad que en sí es inadecuada para fundamentar la potestad penal estatal. Sin embargo, sí sirve para limitarla. ¿Cómo es ello posible?

Pues bien, esto es necesario por las ideas de dignidad humana y autonomía de la persona que protege nuestra ley fundamental; así como por la tradición occidental; las que de manera indudable presuponen al hombre como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad.

Como se sabe, no se puede decidir con seguridad si esa imagen de ser humano, constitutiva para el ordenamiento de nuestra comunidad, es acertada con arreglo a las ciencias del ser. Pero ello en nada cambia el hecho de que los hombres existen en todos los tiempos con la conciencia de libertad y de responsabilidad. Así como de que materialmente no pueden por menos conformar su vida en común según proyectos conforme a un sentido.

Que por cierto no se puede probar con los métodos de las ciencias naturales que sean <<correctos>>; pero que tienen, con total independencia de ello, su legitimación: En cuanto decisión de la sociedad para crear un orden libre y conforme a un estado de derecho.

Ahora bien, al enfocar así el concepto de culpabilidad: Tiene la función de asegurar al particular que el Estado no extienda su potestad penal en interés de la prevención general o especial más allá de lo que corresponde a la responsabilidad del particular. Es decir, como un hombre concebido como libre y capaz de culpabilidad.

Así evitamos la mala conciencia que tendríamos si empleásemos la culpabilidad para justificar medidas retributivas. Pues un concepto de culpabilidad que se dirige a coartar el poder de la autoridad, actúa exclusivamente a favor del ciudadano y de sus posibilidades de desenvolvimiento.

Precisamente por ello se puede dejar en suspenso y con tranquilidad la cuestión del libre albedrío. A la que no se puede dar una respuesta concluyente. Pero incluso quien crea que hay que negarlo. Sin embargo, debería reconocer el principio de culpabilidad en la esfera normativa de las regulaciones ordenadoras de la sociedad. Como una disposición de la comunidad jurídica. Que protege al particular de la superioridad de un poder estatal que viole la personalidad de aquel.

Formulando lo anterior de un modo más sencillo: Hay una diferencia fundamental entre utilizar la idea de culpabilidad para entregar al particular a merced del poder del Estado. Y el emplearla para preservarle del abuso de dicho poder.

La cuestión de si: ¿La culpabilidad da derecho al Estado a la retribución?  
O si más bien: ¿Es el medio de mantener dentro de unos límites los intereses de la colectividad frente a la libertad individual?

La respuesta solo puede ser en el sentido de la segunda alternativa. Porque la dignidad de las personas que se proclama por la Constitución es un derecho de protección frente al Estado. Y no se puede ser trastocar en una facultad de injerencia estatal contra las personas.

De ello se sigue para la justificación de la pena que, en tanto se pueda imputar su hacer al delincuente, este tendrá la obligación en atención a la comunidad, de cargar con la pena.

Esto es justo y legítimo. No porque aquel tuviera que soportar, debido a un imperativo categórico, que otros le inflijan un mal. Sino porque como miembro de la comunidad tiene que responder por sus hechos en la medida de su culpabilidad para la salvaguarda del orden de aquella.

De ese modo, a la persona no se le utiliza como medio para los fines de otros. Sino que al asumir la responsabilidad por la suerte de otros, se le confirma su posición de ciudadano con igualdad de derechos y obligaciones. Quien no quiera reconocer esto como justificación de la pena, tendrá que negar la existencia de deberes públicos y, con ello en definitiva, el sentido y misión del Estado.

Ciertamente hay que tomarse en serio la idea de que son injustas las penas inadecuadas a la culpabilidad. Por consiguiente, es inadmisibles para citar un ejemplo, dictar contra una persona intelectualmente limitada que comete un delito inducida por personas de edad adulta, una pena dura y que sobrepase ampliamente su culpabilidad comparativamente escasa, solo para que otros se abstengan de esa fechoría.

Como tampoco se puede estatuir en los delitos graves, por muy importante que sea la contención de esos delitos, penas ejemplares sin que se cubran por el grado de la culpabilidad personal.

En una palabra: El fin de prevención general de la punición solo se puede perseguir en el marco de la culpabilidad individual. Si se va más allá y, por tanto, se hace expiar al autor por las presuntas tendencias criminales de otros, es atentar en realidad contra la dignidad humana.

Pues la eficacia protectora de este concepto consiste en que el ser humano es para el orden jurídico la medida de todas las cosas. En cuanto tiene que responder con su persona. Pero solo por aquello de lo que conceptualmente esa persona es culpable. Responsabilidad por la conducta punible y el daño que decidió causar y pudo evitar. En la medida de aquella. De su posibilidad de conocer el carácter penal de su decisión y de su margen de elección.

Pero respecto al futuro comportamiento de terceros. Nada se debe poner a cargo de aquel. Si se le castiga por ello, dicho castigo sería de la misma categoría que la responsabilidad por el azar o la responsabilidad por la estirpe.

Así pues, el principio de culpabilidad; si se le separa de la teoría de la retribución a la que equivocadamente se le suele considerar unido; es un medio imprescindible en un estado de derecho para limitar la potestad penal estatal.

De aquí que se considere medida acertada que el Proyecto de un nuevo Código Penal de Coahuila refleje en su articulado el principio de que: La pena se debe ajustar a la medida de la culpabilidad.

En cambio, la distinta fórmula de que “la culpabilidad del autor es fundamento de medición de la pena” se aproxima a la teoría retributiva.

Pues la primera solo atiende a la función limitativa de la pena. Que deriva del principio de culpabilidad. Mientras la segunda quiere admitir dentro de ciertos límites, que por motivos preventivos se sobrepase la pena que sería adecuada a la culpabilidad.

Esto ultimo seguramente puede sonar conveniente con frecuencia. Como siempre han alegado los defensores de la retribución. Más la justificación de la pena no depende de la conveniencia. Sino de la justicia. Justicia que en todo evento se acota por la racionalidad en el empleo de la pena, en función del humano margen de elección del responsable; según sus circunstancias y las del caso concreto; y, además, como suficiente para lograr la paz.

Así. Podría ser lícito quedar por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad. Pues si bien es cierto que para una teoría retributiva consecuente está prohibido tal proceder. Ya que significa renunciar parcialmente al sufrimiento penal compensatorio. También lo es, que para nosotros está permitido e incluso es necesario según el principio de subsidiariedad. Si es que en el caso concreto se puede restaurar la paz jurídica con sanciones menos graves. La institución de la nueva condena condicional se corresponde directamente con esta concepción. Algunos arguyen que dicha posibilidad se debería prever incluso para penas de prisión menos leves.

Ello es así. Porque el principio de subsidiariedad también encierra en sí tal postulado. Así, la sustitución de penas privativas de la libertad de breve duración por multas; o por deberes e imposición de cargas distintas a la prisión misma. También en este aspecto el Proyecto de Código Penal de Coahuila plantea todo un sistema coherente con esos postulados.

Resumiendo. Se puede decir sobre la segunda fase de fundamento del Derecho penal, que: La imposición de la pena sirve para la protección subsidiaria y preventiva; tanto general como individual; de bienes jurídicos y de prestaciones estatales esenciales. Mediante un



procedimiento que salvaguarde la autonomía de la personalidad y que al dictar la pena se limite a la medida de la culpabilidad.

Se puede ver que de esta forma se conserva el principio de prevención general; pero reducido a las exigencias del estado de derecho. El que se completa con los componentes de prevención especial de la sentencia. La que simultáneamente, al limitarla con el concepto de libertad y culpabilidad - en consonancia con el espíritu de nuestra ley fundamental -, se borran los reparos que se oponen a que se tenga en cuenta aquel principio en el quantum de pena.

3. 3. La ejecución de la pena. Finalmente. La ejecución constituye el tercer y último estadio en el que el derecho penal se realiza. Como quiera que la pena sirve a fines racionales y debe posibilitar la vida humana en común y sin peligros; la ejecución de la pena solo se puede justificar si persigue esta meta en la medida en que ello es posible.

Es decir. Si tiene como meta la reincorporación útil del delincuente a la comunidad. Entonces, solo está indicada una ejecución resocializadora útil. En la que coincidan de antemano y de manera amplia los derechos y deberes de la colectividad, el ofendido o las víctimas y los del particular.

En efecto. El interés de la comunidad en recuperar al delincuente tras cumplir su pena como miembro apto para la vida y fiel al Derecho; se corresponde asimismo con la idea de respeto a la persona. En consonancia con el artículo 18 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

Ello quiere decir que no es lícito resocializar con ayuda de sanciones jurídico-penales a personas que no se han hecho culpables de

agresiones insoportables contra el orden de los bienes jurídicos; por muy degeneradas e inadaptadas que sean esas personas.

Si se ignora este punto de vista, amenazará el peligro de un Estado autoritario; bien sea colectivista, corporativista o populista; que ahogue el libre desarrollo de la personalidad. Asimismo. Las consecuencias de la garantía constitucional de la autonomía de la persona se deben respetar también en la ejecución de la pena. Aunque tenga eficacia resocializante: Está prohibido un tratamiento coactivo que interfiera con la estructura de la personalidad.

Lo que es válido tanto frente a la castración de delincuentes sexuales; como frente a la operación cerebral que transforma contra su voluntad al brutal camorrista en un soñador dulce y obediente. También lo es con la reeducación forzada e ilusa de la personalidad del delincuente.

Por otro lado. Tampoco cabe eliminar por completo de la fase de ejecución, el punto de partida de la prevención general. Pues no se puede prescindir en los delitos graves; ni siquiera cuando renunciar a una pena privativa de libertad fuera más útil para la resocialización. Por eso tampoco será posible en el futuro la condena condicional para delitos de aquella naturaleza.

Sin embargo. En tanto la autonomía de la personalidad del condenado y las exigencias ineludibles de prevención general lo permitan, los únicos fines de ejecución lícitos son los resocializadores.

Concretamente: Es inadmisibles causar mal al sujeto solo por el mero fin de retribución. Por el contrario, como quiera que el establecimiento de la paz jurídica fuera lo único que legitima a la pena, esta tiene que adquirir un sentido constructivo; lo que también es posible cuando la

personalidad del sujeto no necesita de una especial promoción terapéutico-social.

Así pues, en el caso límite de quien se convierte en asesino por una motivación irrepetible: Hay que ejecutar la pena de modo que se dé oportunidad al sujeto de ser productivo en el establecimiento, según sus aptitudes. De un modo que el producto de su trabajo llegue a los ofendidos o víctimas; o bien a personas necesitadas o la sociedad. Tal como se propone en el Proyecto. Incluso para el último caso, con el sustitutivo de trabajos a favor de la comunidad.

Si se entiende el concepto de resocialización en un sentido algo más amplio: como reparación del daño, incluso en esos casos puede el delincuente con su honrado esfuerzo conseguir fuerzas constructivas para su personalidad. En vez de que la pena de varios años de privación de libertad tenga como consecuencia un embrutecimiento prematuro al ir vegetando abúlicamente. Como ocurre hoy en día en muchos casos y en casi todas las prisiones.

En definitiva. También en las penas privativas de libertad por tiempo breve hay que continuar con énfasis en la necesidad de la reparación del daño.

Cuando aparte de esto. Se requiera demostrar al sujeto el camino recto, el modo de intentarlo no es moralizar. Sino formar intelectual y espiritualmente. Es decir, despertar la conciencia de la responsabilidad. Activar y desarrollar todas las fuerzas positivas del sentenciado y especialmente sus particulares aptitudes personales.

Por tanto: La personalidad del delincuente se debe respetar. Lejos de humillarle, menos dañarle: Darle en lo posible oportunidad de desarrollo.

Muchos penitenciaristas, sociólogos, pedagogos y psicólogos coinciden con Roxin: “El criminal no es, como cree el profano, el hombre fuerte; cuya voluntad de animal de presa hay que quebrantar. Sino en muchos casos, la mayoría, es un hombre normalmente débil, inconstante y menos dotado. A menudo con rasgos psicopáticos. Que intenta compensar por medio de delitos el complejo de inferioridad provocado por su deficiente aptitud para la vida”.

Para ayudarlo y ayudarnos así todos nosotros, se precisa la cooperación de juristas, médicos, psicólogos y pedagogos. Mas no es lugar para formular un programa de resocialización. Pero todo el mundo sabe que la realidad de nuestro sistema penitenciario no corresponde en muchos aspectos ni siquiera a exigencias de las más modestas de ese tipo.

Todos los expertos están de acuerdo en que la ejecución de la prisión es el punto más débil de nuestra práctica del Derecho Penal y que necesita la reforma con más urgencia que el Derecho sustantivo o procesal.

Asignatura que también queda pendiente en este gran esfuerzo reformador e innovador. La cual, por cierto, en gran medida no está en cursar una profunda reforma legislativa. Más aún, cuando la actual ley de ejecución de sanciones obedece en cierta medida a tales postulados. Sino en la instrumentación práctica de sus métodos, que en la realidad se limitan por la escasa disponibilidad de recursos. Muy pocos por cierto.

Parte de la solución sería más y mejores cárceles. Mejorar sus condiciones; cuyo régimen fomente la responsabilidad y respete la dignidad. Pero por otra parte, quizá más importante y de seguro mucho menos costosa: es la eficacia de los sustitutivos penales y medidas de seguridad complementarias. Cuyas condiciones pocas veces se consideran con seriedad: Tanto para contribuir a una sana prevención

general, como a la especial. Sin desdoro de la persona. Su casi nula o defectuosa aplicación en la práctica se traduce en indirecta negación del orden jurídico que fomenta delincuencia.

Es menos costoso, social y económicamente, un delegado de libertad vigilada para cincuenta personas sujetas a condena condicional y sometidas a tratamiento en libertad o a trabajos a favor de la comunidad; que el gasto de cincuenta espacios carcelarios que se ocupan durante años de encierro ocioso y criminógeno. Hay más riesgos para la sociedad comprobables por la reclusión, que los que acarrea una libertad vigilada. Pero las ventajas de estas instituciones disminuyen, se desvanecen o incluso se vuelven desventajas: Si el condenado sabe a ciencia cierta que el sustitutivo será mera simulación. El éxito de observar el “hoy no circula” en una proporción mayor al 99%; no radicó en severidad de las sanciones administrativas en caso de infracción. Sino en la certeza de su aplicación, si la infracción se cometía.

Por otra parte: Hay que prevenirse frente a utopías de mejora. Cualquier esfuerzo resocializador solo puede ser una oferta al delincuente para que se ayude a sí mismo con el trabajo, la educación y cooperación. Pero tiene que ir a casa cuando cumpla el tiempo de la pena, aún cuando esa ayuda se omita o se rechace. Además, siempre habrá otros que volverán a tropezar por debilidad.

Nunca será posible acabar con la criminalidad por completo y para siempre. Bien dice Roxin que “va añadida como lado tenebroso a la vida social. Del mismo modo que difícilmente hay una existencia individual sin falta o sin tragedia”. “Pero esto no desvincula a la sociedad de la obligación que tiene frente al delincuente. Así como este es corresponsable del bienestar de la comunidad; esta no puede eludir la responsabilidad por la suerte de aquel”.

Roxin concluye: “Solo si esta competencia prueba su eficacia en la ejecución de la pena y en la posterior reincorporación del delincuente a la comunidad, se podrá decir con la conciencia tranquila que la pena está justificada en su totalidad”.

5. Conclusiones. Con esto llegamos al final. Si quisiéramos perfilar en unas frases el sentido y límites del Derecho penal, nos hacemos eco de Roxin, para afirmar que podríamos caracterizar su misión genérica: “Como protección subsidiaria de bienes jurídicos y prestaciones de servicios estatales de carácter esencial al ser humano y la sociedad. Mediante prevención general y especial que salvaguarde la personalidad del ser humano. Y, por tanto, en un marco trazado por la medida de la culpabilidad individual”.

***Referencia:***

*Exposición de Motivos Código Penal. Documento publicado por Lan Hod Gkinson en enero de 2020 en Studocu. Recuperado de: <https://www.studocu.com/es-ar/document/universidad-de-buenos-aires/derecho/00-19990528-exp-motivos-codigo-penal/1172121>*