

## CAPÍTULO PRIMERO

# LA EJECUCIÓN DE LA PENA COMO POLÍTICA PÚBLICA

### I. POLÍTICAS PÚBLICAS

La formación de políticas públicas es un objeto de estudio aparentemente ubicado fuera del campo de los científicos y operadores del derecho (son un objeto y método de estudio que tomamos prestado a las ciencias políticas y la administración pública); sin embargo, cuando detenemos nuestro pensamiento en el hecho de que la implementación de toda decisión del aparato estatal requiere de aquel instrumento al que, entre otras características, podemos atribuirle el de ser heterónoma, coactiva, abstracta, de aplicación general y creada por el órgano competente para ello (si en efecto hablamos de la norma jurídica); encontramos así, sin más, que las políticas públicas son un objeto digno de ser estudiado por los juristas.

La legitimidad del orden político democrático (es decir, de los gobernantes) dependerá, en la actualidad, de garantizar el mínimo de bienestar para los sectores sociales menos favorecidos. Dar respuesta a las necesidades de la sociedad civil debe ser parte fundamental de la agenda pública.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Bazúa, Fernando y Valenti, Giovana, “Hacia un enfoque amplio de política pública”, *Políticas Públicas. Revista de Administración Pública*, México, núm. 84, 1993, pp. 28 y 29: “...si en lugar de asumir de partida una visión estrecha, «gubernista» y «nacionalista» asumimos una conceptualización amplia «estatal» e «internacional» del campo multidisciplinario y profesional de política pública y una visión explícitamente social de su sentido público, que implican irremisiblemente el asumir el indeclinable compromiso ideológico-político originario

### 1. *Definición de política pública*

Definir el término política pública (cuyo origen es el anglosajón *public policy*) tiene como primer obstáculo la semántica tradicional que atribuimos a la palabra política. André-Noël Roth<sup>2</sup> nos advierte que la palabra “política” contiene tres significados, que el idioma inglés distingue claramente: el primero, la política como ámbito de gobierno de las sociedades humanas, *polity* en inglés. El segundo es la política como actividad de organización y lucha por el control del poder, en inglés *politics*. Y tercero, la política como designación de los propósitos y programas de las actividades públicas, *policy* en lengua inglesa.<sup>3</sup>

de las ciencias de política con la democracia; es decir, en lugar de asumirnos como «ingenieros gubernamentales» nos asumimos como ingenieros del interés público del ciudadano.

De esta manera estamos concernidos no sólo con los «problemas de gobierno» del gobernante en turno, sino con la dilucidación de las maneras óptimas de tratamiento o resolución de los problemas públicos de nuestra sociedad (los perciba o no el gobernante en turno y convenga o no a sus intereses resolverlos), de nuestra civilización y del mundo en su conjunto. Y en lo referente a nuestra sociedad, estaría en primerísimo lugar la disolución de los rasgos autocráticos del sistema político, pues implican que sistemáticamente es imposible la confrontación del interés del público ciudadano en un área de decisiones públicas clave para la vida estatal y el desarrollo: la relativa a las decisiones políticas sobre quién gobierna”.

<sup>2</sup> Roth Deubel, André-Nöel, *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2012, p. 49.

<sup>3</sup> Véase Gerrero, Omar, “Políticas públicas: interrogantes”, *Políticas Públicas. Revista de Administración Pública*, México, núm. 84, 1993, p. 84. “El padre mismo de las políticas públicas, Harold Lasswell, las imaginó como un medio para mejorar el gobierno, y sin embargo distingue las políticas públicas y las políticas privadas. Según lo expresa, las corporaciones privadas y aun los individuos tienen políticas, es decir *Policies*. Si fuera de tal modo, la noción misma habría perdido toda significación, pues como afirmaba Adam Smith hace muchos años, la diferencia en Inglaterra entre *Police* y la *Policy*, es que la primera se refería a la administración de la ciudad como congregación cívica, en tanto que la *Policy* era el arte del gobierno, el conocimiento de reglas, principios y máximas destinadas al buen gobierno”.

Para efectos de lo que estamos tratando, el significado que utilizaremos es este último. El mismo André-Noël Roth cita a otros autores que hacen referencia al concepto de política pública, comenzando por Hecló y Wilddavsky, quienes señalan que “una política pública (*policy*) es una acción gubernamental dirigida hacia el logro de objetivos fuera de ella misma”; Meny y Thoenig proponen definir a la política pública como “la acción de las autoridades públicas en el seno de la sociedad, que se transforma en un programa de acción de una autoridad pública”.<sup>4</sup>

Para Dubnick, la política pública “está constituida por las acciones gubernamentales —lo que los gobiernos dicen y hacen con relación a un problema o una controversia (*issue*)—”. Hoggwood, por su parte, señala que “para que una política pueda ser considerada como una política pública, es preciso que en un cierto grado haya sido producida o por lo menos tratada al interior de un marco de procedimientos, de influencias y de organizaciones gubernamentales”. Por otro lado, Muller y Surel señalan que una política pública es aquella que “designa el proceso por el cual se elaboran y se implementan programas de acción pública, es decir dispositivos político-administrativos coordinados, en principio, alrededor de objetos explícitos”.<sup>5</sup>

Según la serie anterior de definiciones vertidas por este conjunto de autores, es posible considerar cuatro elementos principales que permiten ubicar la existencia de una política pública:

- 1) Implicación de gobierno.
- 2) Percepción de problemas.
- 3) Definiciones de objetivos.
- 4) Proceso.

Precisamente, y a diferencia de una empresa donde las decisiones repercuten al interior, las políticas que llevan a cabo los orga-

<sup>4</sup> González Tachiquin, Marcelo, “El estudio de las políticas públicas: un acercamiento a la disciplina”, *QUID JURIS*, año 1, vol. 2, 2005, pp. 99-118.

<sup>5</sup> *Idem*.

nismos públicos son expresión de las relaciones y los comportamientos políticos de quienes están involucrados en su realización; es por esto que el objeto de estudio de las políticas públicas es el conjunto de dispositivos conformado por:

- a) Los objetivos colectivos que el Estado considera como deseables o necesarios, incluyendo el proceso de definición y de formación de éstos;
- b) Los medios y acciones procesados, total o parcialmente, por una institución u organización gubernamental, y
- c) Los resultados de estas acciones, incluyendo tanto las consecuencias deseadas como las imprevistas.

El análisis de políticas públicas consiste en examinar una serie de objetivos, de medios y de acciones definidos por el Estado para transformar parcial o totalmente la sociedad, así como sus resultados y efectos. No debemos olvidar que en cada momento de la formación de políticas públicas interviene, o dejan de hacerlo, individuos, grupos e instituciones políticamente orientadas de diversa manera, pero de su interacción resultan decisiones gubernamentales.<sup>6</sup>

Es necesario también señalar el campo de acción de la política pública, así entonces podemos hablar de política (pública) económica, social, exterior, judicial, etcétera. De manera tal que cada política pública tiene su campo de intervención, el cual a su vez puede dividirse en varias subdivisiones, como, por ejemplo, la política educativa se subdivide en política universitaria, política de educación media y política de educación básica.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, *Análisis de políticas públicas*, Caracas, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), Centro de Documentación y Análisis de Información (CEDAI), 1992, p. 14.

<sup>7</sup> *Idem*. “Las políticas públicas no son formuladas, transformadas en normas jurídicas ni ejecutadas con base en la más pura racionalidad técnica, sino principalmente como resultado de la interacción de factores tales como el monto

Acercarse teóricamente a las políticas públicas es un esfuerzo complicado, principalmente debido a la diversidad de tratamientos que recibe de los autores que se ocupan de su estudio. Existe una gran importancia de las teorías politológicas que parten de teoremas sobre el poder, el consenso y el conflicto. Ubicar a los sujetos que detentan el poder, así como los objetivos que buscan, es uno de los temas principales en la ciencia de la sociología política.

En este contexto, las políticas públicas son vistas como una interacción entre el poder estatal y la ciudadanía en el ejercicio de sus libertades, a manera de exteriorización real y puntual del juego entre los poderes sociales.

En el ciclo de las políticas públicas se distinguen cinco fases en el desarrollo de una política pública: 1) identificación de un problema; 2) formulación de soluciones; 3) toma de decisión; 4) implementación, y 5) evaluación.<sup>8</sup>

- 1) En la fase de identificación de un problema, los actores políticos y sociales perciben una situación como problemática. Por ejemplo, los partidos políticos, los sindicatos y gremios se manifiestan a través de sus miembros y expresan en el lenguaje que les es propio el problema; el siguiente paso es solicitar una acción pública y buscar que el problema se inscriba en la agenda pública del sistema político (*agenda setting*).<sup>9</sup>

del poder político del que disponen los individuos, grupos o instituciones involucradas y del que carecen aquellos que no logran involucrarse; los sistemas de valores culturales; las preferencias y prioridades competitivas entre sí, y el conocimiento establecido y aceptado como válido, acerca de la naturaleza de los hechos y los problemas”.

<sup>8</sup> Cardozo Brum, Myriam, “La evaluación de las políticas públicas: problemas metodológicos, aportes y limitaciones”, *Políticas Públicas. Revista de Administración Pública*, México, núm. 84, 1993, *passim*.

<sup>9</sup> Véase Bardach, Eugene, *Los ocho pasos para el análisis de las políticas públicas. Un manual para la práctica*, trad. de David García-Junco Machad, México, CIDE-Miguel Ángel Porrúa, 1998, p. 17. “La primera definición del problema es un

- 2) La fase de formulación de soluciones comienza a partir de que se ha logrado inscribir el problema en la agenda político-gubernamental; la administración pública realiza esfuerzos por plantear de manera clara y dimensionar dicha problemática, proponiendo una o varias soluciones a la misma (*policy formulation*).
- 3) La toma de decisión es una fase en la cual los actores e instituciones autorizados para decidir sobre la cuestión planteada (gobierno, Congreso) examinan la o las soluciones propuestas y eligen cuál o cuáles han de aplicarse.
- 4) La fase de implementación (*implementation*) es la puesta en práctica de la solución elegida o la no implementación de la misma.
- 5) Como última fase encontramos la evaluación por parte de los actores sociales y políticos (*policy evaluation*) de la respuesta elegida para solucionar el problema y el impacto de su implementación.

Esta fase puede originar un reinicio del ciclo completo a fin de reajustar la respuesta elegida (*retroacción-feedback*) o suprimir la política pública (*program termination*).

Lo que acabamos de describir es un modelo que en la realidad algunas veces suele funcionar y otras tantas no; esto es, el proceso de una política pública puede iniciar en cualquiera de las fases descritas o invertir el orden en que se aplican. Este modelo tiene como ventaja su rompimiento con la visión jurídica tradicional, a la que le es contrapuesta un enfoque mayoritariamente sociológico y politológico, que sitúa el momento de la decisión en un contexto mucho más realista y más amplio. En este enfoque, la competencia jurídica como expresión del poder simbólico del derecho no se sobrepone al resto de las competencias mencionadas.

paso crucial. Ésta le da al analista: 1. Una razón para hacer todo el trabajo necesario, a fin de determinar todo el proyecto, y 2. Un sentido de dirección para obtener evidencia e información”.

## 2. *Identificación del problema*

Para lograr la identificación de problemas en el análisis de políticas públicas es necesario responder a la pregunta: ¿por qué en algún momento, y a través de qué mecanismos, un tema se vuelve problemático y obliga a las autoridades públicas o al Estado a intervenir y hacer algo al respecto? En esta etapa pueden distinguirse dos elementos de análisis: 1) la construcción del problema social como problema que requiere la intervención pública, y 2) la inscripción de dicho problema en la agenda política (*agenda setting*).

Por agenda debemos entender, según André-Noël Roth:<sup>10</sup> la serie de temas percibidos como problemáticos, los cuales requieren un debate público y en su momento la intervención del poder público legitimado.

La noción de agenda no es fácil de definir, comenzando porque no todos los temas que se perciben como problemáticos llegan a formar parte de esta agenda, razón por la cual podemos adivinar la existencia de mecanismos de acceso y exclusión para inscribir un tema en la agenda. Es útil hablar de *agenda de acuerdo a los órganos del Estado*; así, podemos hablar de agenda del órgano ejecutivo, del órgano legislativo y del órgano judicial. También es viable hablar de una *agenda formal* y de una *agenda informal* (u oculta), esto último debido que los temas que públicamente se anuncian como parte de la agenda de un órgano o institución, no son necesariamente los que se trabajan al interior del mismo.

Por último, es necesario también distinguir entre *agenda institucional* (o recurrente) y la *agenda coyuntural*. La primera contiene los temas que regresan periódicamente a la agenda política (por ejemplo, el presupuesto anual del Estado), y la *agenda coyuntural*, que se refiere a temas que surgen en un momento específico para el que no necesariamente las autoridades se encontraban preparadas (por ejemplo el estallamiento de una crisis económica o una guerra).

<sup>10</sup> Roth Deubel, André-Noël, *Políticas públicas...*, *cit.*, pp. 47, 48 y ss.

La identificación de problemas de la agenda política requiere en primer lugar el reconocimiento de la realidad como una realidad problemática, dimensionándola social y políticamente. Cabe hacer mención de que esta construcción y dimensionamiento no son datos objetivos. Sí, en cambio, son el resultado del conjunto de luchas de actores sociales y políticos, quienes pugnan por imponer su propia lectura de determinado problema de acuerdo con los intereses que representan. En términos de una teoría formalista del derecho, es la tensión entre el ser (social y político) y el deber ser (jurídico).

Se deben distinguir tres fases de construcción de los problemas:<sup>11</sup>

- a) La necesidad de una transformación en la vida cotidiana de los individuos, originada por cambios sociales que afecten de manera diferenciada a los grupos sociales.
- b) En la segunda fase se requiere que estas afectaciones, que comienzan de manera individual, se transformen en un problema colectivo o social, lo cual requiere de personas o grupos con capacidad e interés de definir el problema y de fungir como voceros del mismo en un lenguaje adaptado a través de los medios públicos.
- c) Una vez formulado el problema y reconocido como un problema social, se busca el reconocimiento de la necesidad de una intervención pública o política, que generalmente ocurre a través de leyes y reglamentos. Esto se denomina institucionalización, lo cual ocurre en un proceso a través del cual se legitima el problema y sus voceros o promotores.

### 3. *Objetivos y actores*

En la identificación de objetivos de las políticas públicas, Eugene Bardach señala que es muy útil enfocarse en un criterio base u objetivo principal que hay que maximizar o minimizar. Gene-

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 52 y 53.



ralmente ese objetivo principal será el contrario de la definición del problema. Por ejemplo, si el problema es “demasiadas familias sin hogar”, el principal objetivo será “minimizar el número de familias sin hogar”.<sup>12</sup>

Por otro lado, José Mejía Lira<sup>13</sup> señala que

...los objetivos de las políticas implican desacuerdos sobre los cursos de acción y presentan situaciones competitivas o conflictivas sobre los problemas en sí mismos. Además, los objetivos son resultado de disputas, diversas calificaciones, explicaciones y variados procesos de juicio de quienes intervienen en su conformación. La capacidad de reconocer las diferencias entre situaciones problemáticas, problemas de política y objetivos de la política es fundamental para emprender soluciones, donde los desacuerdos puedan manejarse adecuadamente o, en su defecto, ser negociados.

Podemos encontrar que al mismo tiempo que puede existir mayor o menor complejidad de los problemas de política, lo cual determina los tipos de técnica o método para resolverse, así también existe una graduación de complejidad de los objetivos de la política pública, razón por la cual éstos deben manejarse de manera jerarquizada.

En este apartado es útil tener en cuenta que existen dos maneras de inscribir un problema en la agenda pública, de acuerdo con la fuente de la cual proviene dicha inscripción: la primera fuente es externa al Estado y sus instituciones, se le denomina modelo de “demanda”, y la segunda es interna, pues proviene del Estado y sus instituciones, a la cual se le denomina modelo de “oferta administrativa”.

En el modelo de demanda podemos identificar como actores a los distintos grupos sociales que se movilizan para solicitar la intervención del Estado. Se puede tomar como parte del modelo

<sup>12</sup> Bardach, Eugene, *Los ocho pasos...*, cit., p. 46.

<sup>13</sup> Mejía Lira, José, *La evaluación de la gestión y las políticas públicas*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2003, p. 34.

de Estado democrático clásico, donde éste responde a las demandas formuladas por los ciudadanos. Es casi una generalidad que la movilización iniciada por uno o varios grupos provoca como reacción la movilización de otros, ya sea en solidaridad o en oposición, esto último en respuesta a la posibilidad de afectación de intereses propios por los cambios deseados por los primeros grupos. Cada grupo puede utilizar estrategias y recursos propios para presionar a la autoridad.

No debemos olvidar que la administración es heterogénea y fragmentada y sus distintos segmentos presionan hacia el interior del sistema político en busca de la prevalencia de sus intereses y puntos de vista con la finalidad de fortalecerse frente a otros segmentos.

En la segunda forma de inscribir un problema en la agenda pública, la denominada oferta administrativa coloca de nueva cuenta a los funcionarios públicos como actores, con la finalidad de ampliar su importancia social y obtener mayores recursos financieros y humanos. Esto implica un aparente camino invertido en la formulación de políticas públicas, puesto que existiría primero la oferta y luego la identificación o creación de la demanda.<sup>14</sup>

#### 4. *Identificar las alternativas*

Por alternativas debemos entender opciones de política, cursos de acción o estrategias de intervención para solucionar o mitigar el problema. Se debe comenzar con una visión muy general que implique una lista de todas las alternativas que se desee considerar en el análisis de políticas públicas, para a continuación des-

<sup>14</sup> Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, *Análisis...*, cit., p. 17. “La formación de la agenda es un punto políticamente crítico del proceso de formación de políticas públicas, en el que participan ciertos actores con motus variables de poder. La distribución desigual de poder determina tanto los temas de la agenda como la selección de la definición más adecuada del problema, e influye además de la viabilidad de la implementación de la política”.

cartar las que sin mayor estudio tengan apariencia de ser poco viables o satisfactorias. Puede realizarse una combinación de dos o más de estas alternativas o reorganizar las que sean análogas en una sola alternativa básica, con sus variantes secundarias.<sup>15</sup>

Para tener una lista de alternativas pueden buscarse opciones en las propuestas que expresen los actores políticos, la opinión pública —medida a través de medios fiables—, propuestas de las que se encuentran en la “congeladora” de los órganos legislativos o en los archivos de las instituciones ejecutivas, así también las propuestas de los científicos de la materia sobre la que trate el problema a solucionar.

Cabe señalar que desde el principio de la creación de la lista de alternativas debe ser incluida la que se denomine “no emprender ninguna acción”. Lo anterior en atención a que los problemas suelen ser dinámicos, y esta característica puede minimizarlos o maximizarlos a tal grado que no sea necesario o, en el otro extremo, viable ningún tipo de acción.

Deben también revisarse las fuentes comunes de cambio que alimenten la dinámica del problema, por ejemplo:

- a) Los cambios políticos después de una elección, o ante el simple panorama de una contienda electoral.
- b) Los cambios en los niveles de desempleo y las tasas de inflación que acompañan los ciclos económicos.
- c) La variación entre estrechez y holgura presupuestas de las organizaciones, provocada por las políticas generales de impuestos y gastos.
- d) Los cambios demográficos como la migración o el “abultamiento” de ciertos sectores poblacionales.

##### 5. *Las modificaciones al marco jurídico*

La identificación de modificaciones al marco jurídico que implican las políticas públicas podemos circunscribirla en el ámbito

<sup>15</sup> Bardach, Eugene, *Los ocho pasos...*, *cit.*, pp. 31, 32 y ss.

de los criterios prácticos de análisis aplicables a las alternativas enlistadas y a los procesos de implementación, criterios como el de legalidad, viabilidad política, solidez en condiciones de implementación administrativa y perfectibilidad.

Analizar una política pública utilizando el criterio de legalidad implica saber que ésta no contravenga los derechos constitucionales, estatutarios o de la ley general, ni atente contra la protección de los derechos humanos. Sin embargo, en este análisis cabe considerar que el derecho es dinámico y en algunas ocasiones ambiguo.

En el análisis de las modificaciones a las normas que requiere la aplicación de una política pública, Eugene Bardack<sup>16</sup> recomienda hacerse las siguientes preguntas:

- 1) ¿Qué podría hacer usted?
  - a) Aplicar un nuevo régimen regulador o abolir uno antiguo.
  - b) Estipular nuevas normas o eliminar las antiguas.
  - c) Hacer más estrictas o más flexibles las normas existentes.
  - d) Mejorar las bases científicas y técnicas para las normas escritas.
  - e) Cerrar o abrir pretextos.
  - f) Aumentar, capacitar o supervisar mejor a los inspectores.
  - g) Focalizar mejor las inspecciones para atrapar a las “manzanas podridas” y así disuadir a los evasores o aumentar la eficiencia en el uso de los recursos.
  - h) Aumentar o disminuir el nivel de efectividad de las sanciones.
  - i) Hacer más rígidos o más flexibles los procedimientos para apelar.
  - j) Cambiar los procedimientos de denuncia y de auditoría.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 81, 82 y ss.

k) Aumentar, reducir o mejorar los mecanismos de queja para los trabajadores o para el público.

2) ¿Por qué podría hacerlo usted?

El autor en comentario señala la necesidad de distinguir entre tres tipos muy distintos de “regulación”. El primero orientado a los precios y productos en “monopolios naturales”; la Comisión Federal de Telecomunicaciones regula, por ejemplo, el servicio de telefonía local; el Consejo de la Judicatura Federal regula la función y desempeño de los juzgadores. El segundo tipo de regulación, que denomina regulación social, está relacionado con aspectos de salud y seguridad; tiene el objetivo de corregir las imperfecciones que surgen por una información pobre del mercado o por excesivas fricciones provocadas por las sanciones del Código Civil (por lo general contratos). Un tercer tipo de regulación se refiere a los niveles de entrada, salida, producción, precio y niveles de servicio en industrias supuestamente oligopólicas, como el transporte.

Por último, respecto a la modificación al marco jurídico en el contexto de las políticas públicas es dable señalar que puede transformarse o crearse el derecho en sus siguientes fuentes y manifestaciones:

- a) Derechos y obligaciones en los contratos.
- b) Derechos de propiedad.
- c) Obligaciones de deudas.
- d) Leyes de lo familiar.
- e) Derechos constitucionales.
- f) Leyes laborales.
- g) Leyes mercantiles.
- h) Leyes criminales.
- i) Mecanismos de resolución de disputa diferentes del litigio o las Cortes.

## 6. *Costos y recursos asociados a la política*

Esta etapa de las políticas públicas considera necesario realizar un análisis de los costos para los programas y proyectos que se planteen como solución al problema, comparándolos con los beneficios que reportarán para este cometido. Este análisis costo-beneficio permite la determinación y comparación de la rentabilidad de estas soluciones.

Los recursos del Estado son limitados, por eso es necesario discernir entre las opciones (alternativas) que compiten por alcanzarlos. En general, si los beneficios son mayores que los costos, la solución (proyecto o programa) es aceptable, en caso contrario debe ser desechada.<sup>17</sup>

La identificación de estos costos puede ser de tipo privado, si se considera una unidad económica concreta, y los costos-beneficios se valoran a precio de mercado. O puede ser de carácter social, cuando interese comparar la contribución que hace a la sociedad cada proyecto que implica una inversión en algún sector económico. En la evaluación privada los resultados se tasarán en pérdidas o ganancias y en la evaluación social se tasarán en bienestar de la comunidad. Es posible que existan proyectos que den como resultado una pérdida monetaria pero reporten un gran nivel de bienestar social.

El primer paso para evaluar un programa público es medir lo que hace el programa, identificando y midiendo sus resultados.

<sup>17</sup> Cardozo Brum, Myriam, “La evaluación...”, *op. cit.*, p. 170. “Las acciones estatales tendientes al logro de objetivos necesitan, para ser llevadas a la práctica, la utilización o el consumo de recursos (económicos, financieros, materiales, humanos, de información, etcétera). La correcta asignación de los mismos de acuerdo con las prioridades establecidas en la jerarquización de finalidades perseguidas permitirá en su ejecución, un impacto sobre el problema que se intenta resolver. Evaluar estas variables implica definir algunos criterios que permitan comparar diferentes proyectos para tomar una decisión que seleccione el mejor o las diferentes gestiones de organizaciones similares, o la misma organización en sus gestiones referidas a periodos distintos”.

Existen ocasiones en que dichos resultados son fáciles de identificar, como en los casos del suministro de agua que produce una nueva presa o la recolección de residuos en determinado territorio. En otras ocasiones los resultados no son tan fáciles de identificar, como en el caso de un nuevo programa educativo, situación en la cual es necesario todo un conjunto establecido y consistente de criterios para determinar los beneficios que se derivan.

Al elaborar un análisis costo-beneficio de algún proyecto público es esencial medir los beneficios pretendidos y los no pretendidos; los tangibles y los intangibles, los derivados de resultados extra y los derivados de los recursos ahorrados.

Los criterios más comúnmente utilizados para la medición de las políticas públicas son: eficiencia, eficacia, efectividad y productividad.<sup>18</sup> En este contexto, se considera *eficiente*, para el sector público, el logro del conjunto de objetivos perseguidos con los mismos costos económicos, sociales o políticos; serán *eficaces* las acciones que alcanzan los objetivos, sin perder de vista el costo económico de los mismos.

Por otra parte, será *efectiva* una medida cuyo impacto global produzca un resultado positivo en la realidad independiente de que aquél formara o no parte del conjunto de finalidades perseguidas de acuerdo con la planeación organizacional; pero si el criterio de eficiencia lo aplicamos con exclusividad al área de producción de una empresa, se tendrá una relación que mide la cantidad de artículos o servicios producidos en relación con el volumen de insumos empleados; a esto se denomina criterio de *productividad*.

### 7. Acciones de implementación y responsabilidades

No existe entre los investigadores de la implementación de políticas públicas, un acuerdo sobre el objeto de estudio. Hay quie-

<sup>18</sup> *Idem*.

nes consideran que dicho objeto lo constituye todo lo que forma parte del proceso entre la declaración inicial de una política y el último de sus impactos en la realidad. Existen otros investigadores que restringen el objeto a las acciones de quienes son los responsables formales de la ejecución de una política pública. Esta última visión tiene la desventaja de excluir a los actores no oficiales, no obstante que la mayor parte de las veces, éstos son indispensables técnica o políticamente en el proceso.<sup>19</sup>

La implementación será entonces esa secuencia programada de acciones (“la cadena subsiguiente de causalidad”) que conlleva muchos actores y muchas operaciones, reiterativas y progresivas, individuales y colectivas, y que busca con esos medios específicos (financiamientos y subsidios públicos) producir el evento aspirado como fin (empleo para las madres solteras, alfabetización total de la población, etcétera).

Éstos y otros pasos más, por los que una política atraviesa, son puntos de reunión de muchos actores con diversos intereses y puntos de vista sobre la política en su conjunto o sobre las ventajas o costos que se desprenden de cada uno de los pasos de su implementación. Es evidente que, en el proceso empírico de implementación de una política, las fases que conceptualmente pueden ser distinguidas con nitidez y progresividad tienden a sobreponerse y a ser reversibles.

### 8. *Seguimiento y evaluación*

La complejidad de la implementación de políticas públicas es tal que a modo únicamente de introducción señalaremos tres puntos clave para este tema: momento de la evaluación, el objetivo o meta y el sujeto evaluador.

El primer punto nos ubica en el momento de la evaluación respecto del proceso de la política pública que se estudia; el segundo

<sup>19</sup> González Tachiquin, Marcelo, “El estudio...”, *op. cit.*, pp. 110 y 111.



requiere que se precisen las finalidades de la evaluación para poder determinar el objeto a evaluar y el tipo de evaluación que se requiere; el tercer y último punto nos permite ubicar la posición que ocupan los evaluadores en el proceso de la política pública.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Roth Deubel, André-Noël, *Políticas públicas...*, cit., pp. 149 y 150. Respecto a los calendarios de evaluación, puede señalarse que son pertinentes en tres momentos: la evaluación antes de que se implemente la política pública (*ex ante*); la evaluación que se realiza durante la puesta en marcha de la política pública recibe el nombre de evaluación concomitante o continua, y la evaluación posterior a la ejecución se conoce como evaluación *ex post*.

La evaluación *ex ante* es un instrumento prospectivo y auxiliar en la toma de decisiones sobre cuál alternativa implementar frente a un problema social, y consiste en analizar una propuesta de ley, programa o proyecto para determinar los efectos que generaría su implementación. Este instrumento de análisis se utiliza principalmente en los estudios de impacto legislativo, los proyectos de desarrollo, los proyectos de infraestructura y los estudios de impacto ambiental. En el caso de estudios de impacto legislativo (de particular interés en el proceso de reforma judicial), el objetivo es conocer las consecuencias y efectos previsibles que ocasionaría una nueva legislación. La evaluación concomitante, también llamada evaluación de proceso (o de impacto temprano), es otro momento posible de la evaluación que acompaña la puesta en marcha del proyecto o programa, el objetivo es, por una parte, controlar el buen desarrollo de los procedimientos previstos y, por otra, permitir la detección de problemas para poder realizar los ajustes necesarios a tiempo. Se trata de realizar un seguimiento o monitoreo a las actividades de implementación de un programa —insumos, cronograma, realizaciones, resultados, etcétera—. Este tipo de evaluación puede ser de carácter continuo o periódico (semestral o anual) y puede ser realizado por personal de la misma administración —control interno— o por grupos externos como en los casos de la interventoría o de la veeduría.

La evaluación *ex post*, también llamada de retrospectiva o *a posteriori*, es la que se realiza con más frecuencia. En este caso se trata de analizar los efectos de un programa o de una política pública luego de efectuada su implementación; la finalidad de una evaluación *ex post* es generalmente la obtención de conocimientos y enseñanzas para decisiones futuras.

La realización de una evaluación *ex post* de una política pública, requiere de un cierto rigor y descansa en el uso apropiado de herramientas metodológicas tanto cualitativas y cuantitativas, desarrolladas por las ciencias sociales tales como la estadística, las entrevistas, los sondeos, los análisis de informes y de textos, etcétera. Ésta es la evaluación que se realiza pasados tres o cinco años después de haber terminado la implementación de la política pública, se concentra en las áreas de eficiencia, efectividad, efectos y propósito.

## II. POLÍTICA CRIMINAL

Como ya hemos visto, una política pública es identificar un problema y, a grandes rasgos, hallar la solución del mismo; en este sentido, si queremos afirmar que la política criminal forma parte de las políticas públicas, la pregunta a realizar es ¿cuál es el problema a resolver?

Uno de los grandes problemas de la sociedad, desde sus inicios, ha sido el problema delictivo, evitar que entre sus propios miembros se lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos más indispensables y necesarios para la sana y recta convivencia social. Pero la manera de afrontar el delito no siempre ha sido la misma; si la sociedad evoluciona, por ende, el derecho como producto social también lo hará.

### 1. *Evolución de las ideas penales*

De tal forma, podemos englobar la evolución de las ideas penales en cuatro grandes fases, a saber: venganza privada, venganza divina, venganza pública y el periodo humanitario.

La *venganza privada* nos remonta a épocas muy antiguas donde el poder público era prácticamente inexistente, por lo que también carecía del poder coactivo necesario para llevar a cabo el cumplimiento de sus más elementales fines sociales; la función penal revistió el carácter de venganza. Se trataba de una venganza (ya sea individual, de ofendido a ofensor; ya colectiva, de un grupo familiar contra otro) que no tenía las características de un modo de reacción, donde la sociedad permanecía no sólo alejada, sino indiferente.

Si se tratase de dar prioridad a uno de los tres tipos de evaluación propuestos con anterioridad, debe decirse que se le daría a la evaluación concomitante (o evaluación de proceso) dado que, por su carácter de seguimiento y control, brinda mayores posibilidades para generar cambios o direccionamientos de acciones que aumenten las posibilidades de alcanzar las metas y objetivos de alguna política pública en específico.

El doctor Rafael Márquez Piñero explica:<sup>21</sup>

Sólo en el caso de que la sociedad apoyara al ofendido, al vengador, reconocía el principio legitimador de su venganza y, en caso necesario, le prestaba ayuda, en cuya circunstancia podría haber una venganza privada equivalente a una pena.

Naturalmente, esta práctica dio lugar a una enorme serie de abusos, auténticas guerras civiles familiares, en las que no era fácil adivinar el final de esas sangrientas luchas, y que hizo necesario aplicar un principio limitador de las mismas, surgiendo de esta guisa el llamado talión, según el cual no podía devolverse un daño mayor que el recibido (su lacónica fórmula fue: “ojo por ojo, diente por diente”).

Ulteriormente aparecieron las llamadas composiciones, transacciones de carácter especial entre agresor y familia, y perjudicado y su clan, en las que aquéllos rescataban de éstos, en virtud de entrega pecuniaria u objetos valiosos, el derecho de venganza.<sup>22</sup>

En la *venganza divina* lo común era reparar la ofensa a los dioses, que la trasgresión había supuesto, y aplacar su cólera. Todo el aparato coercitivo de la justicia criminal se hacía en nombre de los dioses y para su satisfacción (por ejemplo Israel, Persia, China, Egipto, la India, etcétera). Una tercera fase, identificada como de *venganza pública*, estructura el poder público sobre bases sólidas (desde luego, en torno a la figura del monarca); desafortunadamente, la represión penal, que aspiraba sobre todo a mantener la paz y la tranquilidad social, se acentuó sobre el terror y la intimidación.

El Estado delegó a los jueces todo lo relativo a la aplicación imparcial de las penas. Se limitó el derecho a la venganza de los ofendidos y se le sustrajo la aplicación de las penas; comienza así el intento por organizar el sistema probatorio y la pena se obje-

<sup>21</sup> Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal parte general*, 4a. ed., México, Trillas, 2001, pp. 68 y 69.

<sup>22</sup> Makarewics, Juliusz, *La evolución de la pena*, Madrid, Reus, 1907, pp. 16 y 17.

tivó e independizó, tanto del que la determinaba como del que la ejecutaba.

Empero, junto a ello, en esta fase aparecen las penas más crueles, las leyes se hacen más severas hasta extremos inconcebibles, castigándose como delitos diversos hechos sin gravedad alguna (magia, hechicería, etcétera). La lucha contra la cada vez más abundante criminalidad se realiza mediante una violencia institucional creciente, y la misma pena de muerte, frecuentísima, es precedida y acompañada de espeluznantes tormentos. La administración de justicia carece de independencia, se pliega a los caprichos de reyes y poderosos, y el fiel de la balanza se inclina siempre hacia el lado de los poderosos y en contra de los débiles.<sup>23</sup>

Una cuarta fase, el *periodo humanitario*, con base ideológica en la revolución de las ideas (con sus tres etapas: Renacimiento, Reforma y Revolución Francesa), produjo en el derecho penal, como no podía menos que ocurrir, un movimiento de recreación. La Iglesia Católica había hecho benigna la penalidad durísima de los tiempos remotos. Con todo, es el llamado Siglo de las Luces, es decir el XVIII, el que con el “Iluminismo” plasma esta corriente humanitaria; precursores y pensadores de esta tendencia fueron Hobbes, Puffendorf, Spinoza, Locke, Wolf, Grocio, Bacon, Diderot, Voltaire, D’Alenbert, Rousseau, Montesquieu, etcétera, pero el honor de su realización práctica corresponde a César Bonnesana, Marqués de Beccaria.

El libro de Bonnesana, titulado *Dei delitti e delle pene* (De los delitos y de las penas), de enorme repercusión, apareció publicado en Livorno en 1764 e hizo suponer una valiente y enérgica denuncia del derecho penal reinante (“demasiado libre del ejercicio del poder mal dirigido, que tantos ejemplos de fría atrocidad presenta”). La postura del Marqués de Beccaria trascendió a los ordenamientos jurídicos positivos de diversos países.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Cirac Estopañan, Sebastián, *Los procesos de hechicerías en la Inquisición de Castilla La Nueva*, Madrid, CSIC, 1942, *passim*.

<sup>24</sup> Pessina, *Il Diritto penale in Italia de Cesare Beccaria fino alla promulgazione del Codice vigente*, Milán, Società Editrice Libreria, 1906, pp. 550, 551 y ss.

No obstante, el punto clave de esta evolución de las ideas penales, donde se refleja con mayor amplitud el pensamiento de Beccaria y sus ansias renovadoras, fue la Revolución Francesa de 1789. Es en la Declaración de los Derechos del Hombre, del 26 de agosto de 1789, en donde se establecieron diversos principios penales, sustantivos y procesales, constitutivos de garantías individuales.<sup>25</sup>

Al mismo tiempo que Beccaria en el continente europeo, John Howard en Gran Bretaña inició un movimiento de ámbito más reducido, pues se concretó al régimen carcelario, aunque de notable relevancia; inspeccionó y describió los horrores de las prisiones británicas de su época. Al respecto, Howard escribió un libro titulado *Estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, en 1777, en Londres.<sup>26</sup>

Así pues, nos encontramos ya en el supuesto de la existencia del “poder penal”, es decir del ejercicio del *ius puniendi*, en otras palabras, de un fenómeno social y político que se ejerce con algún modo de organización. Nos referimos al ejercicio de la violencia estatal de manera organizada, como función del Estado.

De esta manera, consideraremos a la política criminal como parte de las políticas públicas, pero referido a un ámbito más pequeño, individual y concreto; deberá ocuparse de enfrentar el fenómeno delincencial, mediante la prevención y la represión. Si bien nos enfrentamos a una ambigüedad conceptual, sí podemos afirmar, independientemente de la ideología o pensamiento respecto a la política criminal, que debe realizarse un diseño que permita establecer y procurar las condiciones suficientes para lograr la sana y recta convivencia social; respetando siempre los parámetros sociales se podrán resguardar los principios en que se edifica el Estado social y democrático de derecho.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 551 y 552.

<sup>26</sup> Riviére, A. y Savvic, Howard, *Son Aeuwre. Revue Penitentiaire*, 1981, pp. 661, 662 y ss.

<sup>27</sup> Bribiesca Juárez y otro, “Política criminal (México-Chile)”, *Revista Refor-*

## 2. *Definición de política criminal*

El término política criminal se utiliza desde el siglo XVIII, y se utilizará —de manera común— hasta principios del siglo XIX. Si bien es un término que ha evolucionado, podemos partir de la idea general de que es el conjunto de normas, principios y directrices obtenidos del estudio del delito, del delincuente, de la pena y, en su caso, de las medidas de seguridad en la lucha contra la delincuencia, tanto en el aspecto preventivo como el represivo.

Franz von Liszt define la política criminal como un conjunto sistemático de principios fundados en la investigación científica de las causas del delito y de los efectos de la pena, a partir de los cuales el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito a través de la pena y de las instituciones que se relacionan con ésta.<sup>28</sup> Por su parte, Mezger concibe a la política criminal, de manera más general, como todas aquellas medidas estatales tanto para la prevención como para la represión del delito.<sup>29</sup>

*ma Judicial*, pp. 163-214. Los autores en comento dicen literalmente: "...será menester garantizar el respeto a los derechos humanos, la seguridad, justicia, la equidad y el bien común fomentando por un lado, la innovación institucional y por el otro la renovación cultural que el proceso requiera.

Estos objetivos deberán permear a todo sistema jurídico de manera sistémica y congruente, por lo que bajo esta concepción, deberán siempre poder adecuarse a las necesidades que este proceso importe y como tal, nunca serán fin en sí mismo, sino sólo medios para el logro de la efectiva vigencia y respeto a la Constitución...

Una débil política criminal que no atienda a los factores que fomentan la realización de las conductas delictivas, sin desenmascararlas para ser atendidas por otras áreas de la política pública, tiende a ser ajena y como tal, crea condiciones de poder que no sólo afectan a los particulares, sino que actúan como verdaderas excrescencias malignas internas, que terminan por pudrir las bases mismas de la estructura del Estado en la sociedad".

<sup>28</sup> Liszt, Franz von, *Tratado de derecho penal*, 4a. ed., trad. de Jiménez de Asúa, Madrid, Reus, t. II, *passim*.

<sup>29</sup> *Cfr.* Mezger, Edmund, *Derecho penal, parte general*, 6a. ed., trad. de Ricardo C. Núñez, España, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985.

Más acorde con estos tiempos, y con nuestra concepción de política pública, Heinz Zipf indica que la política criminal es la obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal. Por su parte, Hans Heinrich Jescheck considera que la política criminal se encarga de cómo debe conformarse el derecho penal para cumplir con su misión de proteger a la sociedad; por ende, deberá analizar las causas del delito, los elementos integrantes de los tipos penales, los efectos que causan las sanciones penales, etcétera.<sup>30</sup> Para Jescheck, nuestra materia estará delimitada por tres principios: culpabilidad, Estado de derecho y humanismo.

El principio de *culpabilidad* se refiere a que solamente podrá sancionarse a una persona a la que le sea reprochable su conducta; por lo tanto, la pena supone culpabilidad, y aquélla no puede superar la medida que le marca la culpabilidad.<sup>31</sup>

El *Estado de derecho* es el rector de la actividad estatal que está facultada para ejercer el *ius puniendi*; de manera formal deberá

<sup>30</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal, parte general*, 3a. ed., trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, vol. I, pp. 17, 18 y ss.

<sup>31</sup> Cfr. Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. de José Cerezo Mir, Buenos Aires, Editorial B de F, 2002, p. 125. Dicho reproche va dirigido a la «resolución de voluntad» antijurídica, pero no a cualquier resolución de voluntad, sino a la voluntad conforme a la norma; sólo aquello que depende de la voluntad del hombre puede serle reprochado como culpable. Sus dotes y disposiciones (lo que realmente es) pueden ser valiosas o de escaso valor, pero sólo lo que haya hecho con ellas o como las haya empleado, en comparación con lo que hubiera podido o debido hacer de ellas, o como las hubiera debido o podido emplear, sólo así podrá serle imputado como «mérito» reprochado como culpabilidad.

La culpabilidad —dice Welzel— es un concepto *valorativo negativo*, identificándolo como reprochabilidad. “La culpabilidad en sentido amplio (como voluntad de la acción culpable, o como acción culpable) presupone conceptualmente la culpabilidad como cualidad (reprochabilidad), es decir la culpabilidad en sentido estricto y propio”.

En sentido estricto, la reprochabilidad presupone, en cambio, una voluntad determinada, como soporte específico. Solamente una voluntad (antijurídica) o una acción (típica, antijurídica) puede ser culpablemente relevante para el derecho penal.

velar por garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos, debiendo ser evitados los abusos; materialmente configurará el contenido del derecho penal para corresponderse lo más posible con la idea de un Estado justo.

Para Jescheck, el *humanismo* dota al derecho penal de las bases para su aplicación, apoyado en la solidaridad recíproca, en la responsabilidad social para con los reincidentes, de la libre disposición hacia la ayuda y la asistencia social y, desde la óptica de nuestro tema, una decidida voluntad de recuperar a los delinquentes y condenados.

Por su parte, el ilustre autor (y con mayor influencia respecto al tema en los últimos tiempos) Claus Roxin parte del concepto de Liszt pero indica que la política criminal es aquella disciplina que posee los métodos adecuados en un sentido social para luchar contra el delito, es decir, cumple con la misión social del derecho penal, mientras que al derecho penal, en el sentido jurídico de la palabra, le corresponde la función liberal del Estado de derecho, debiendo asegurar la igualdad en la aplicación del derecho y la libertad individual frente al ataque o restricciones del Estado.<sup>32</sup>

Roxin se distancia de Liszt al afirmar que las cuestiones político-criminales no deben penetrar en la dogmática, pues no es posible escindir la dogmática penal o sistemática de la política criminal, ya que muchas deducciones y resultados exactos de la sistemática, si bien pueden llegar a resultados uniformes e inequívocos, sólo lo harán en la teoría, pero en la práctica se pueden traducir en resultados materiales injustos, dando como resultado dos soluciones contrapuestas entre sí. Para no utilizar la dogmática jurídico-penal como un formulismo plasmado de abstracción, y que el juez abandone el automatismo (silogismo legalista), deberá utilizarse la política criminal para adaptar la norma al caso concreto.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2a. ed., trad. de Francisco Muñoz Conde, Argentina, Hammurabi, 2002, pp. 32, 33 y ss.

<sup>33</sup> Véase Roxin, Claus, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, trad. de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Can-



Por su parte, Alberto Binder sostiene que no se puede comprender la política criminal sin la política general, ya que no existe una sociedad sin política, porque no existe sociedad sin poder y sin intereses, ya sean comunes o contrapuestos. Cabe destacar —desde la óptica de Binder— que la política es una actividad que puede ser calificada de compleja y que se manifiesta de muy diversas formas; la mayoría de las veces utiliza la fuerza que dimana del propio Estado (poder institucionalizado), llamada coerción estatal. Y es precisamente cuando esta coerción estatal alcanza cierta intensidad a través de ciertas formas culturalmente particularizadas (conocidas como penas) que se habla de coerción penal.<sup>34</sup>

En este sentido, la política criminal será el conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetos que regulan la coerción penal; que forman parte del conjunto de

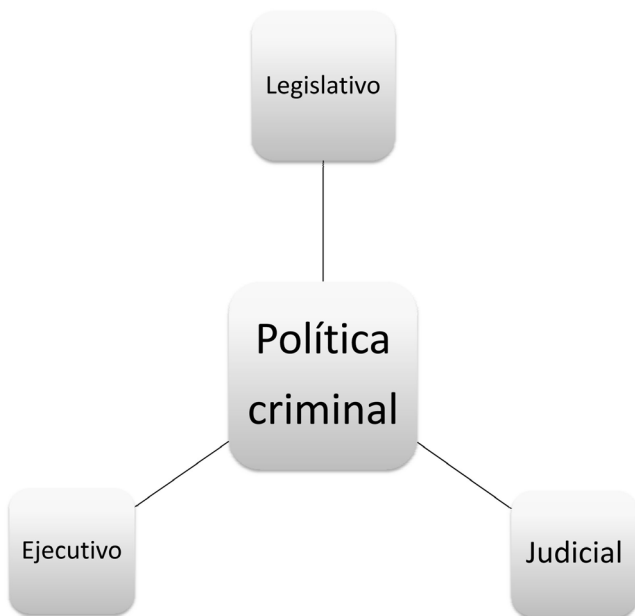
tizano, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 31 y 32. “...Un derecho penal moderno debe tener como objetivo la mejor conformación social posible. Esto es: tiene que orientarse a impedir la comisión de delitos y practicar la prevención sintetizando las exigencias de un Estado de derecho con las del Estado social. El Estado de derecho reclama la protección más efectiva posible del individuo y de la sociedad, algo que nuestro Tribunal Constitucional Federal ha caracterizado a través del concepto de «funcionabilidad de la justicia penal», así como la mayor protección posible de los derechos de autor, que no puede convertirse en objeto de intervenciones estatales desproporcionadas. Ambos fines del Estado de derecho —protección de la sociedad y salvaguardia de la libertad— son de naturaleza antagónica y tienen que encontrar un equilibrio que satisfaga ambos componentes: la prevención general, que en sus distintas formas de aparición sirve a la afirmación del derecho y a su mantenimiento, tiene que estar siempre limitada por la exigencia de libertad ciudadana”.

<sup>34</sup> Binder, Alberto, “La política criminal en el marco de las políticas públicas. bases para el análisis político criminal”, *Revista de Estudios de Justicia*, núm. 12, 2010, pp. 213-229. “Existe un paso imprescindible en el análisis de la que consiste en determinar el *tipo específico de violencia estatal que constituye el poder punitivo o el deslinde de otras formas de violencia estatal no punitivas, si es que ese deslinde puede hacerse*. Por ahora nos alcanza con afirmar que, sobre la base de una idea general de violencia social o estatal, el poder punitivo debe ser enmarcado analíticamente en sus rasgos específicos. En un sentido aún más específico deberíamos decir que lo que existe como *factum* es la violencia desplegada por el Estado”.

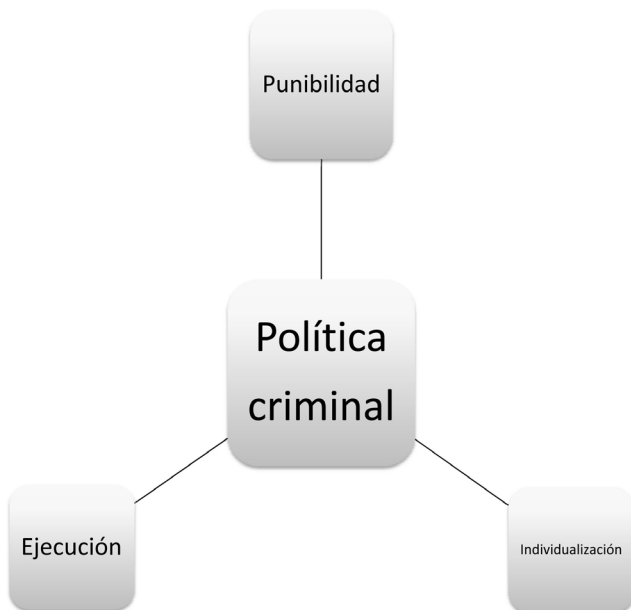
la actividad política de una sociedad. Ese conjunto de decisiones que conforman la política criminal no son más que actos voluntarios de determinados agentes sociales que usan instrumentos de coerción penal, cuyo contenido es eminentemente valorativo.

En relación con todo lo anterior, y en el entendido de que la política criminal es la manera en que el Estado enfrenta al delito, y que lo puede hacer tanto en prevención como en represión del mismo, es dable aclarar que existirá una política criminal particular en cuanto a los poderes en que se divide el Estado; mejor dicho, existirá una política criminal del Ejecutivo, una del Legislativo y otra del Judicial.

De manera clásica, se entienden las manifestaciones de la política criminal como lo muestra el siguiente esquema.



La política criminal, dividida en los poderes, se manifestará de la siguiente manera:



El Poder Legislativo es el encargado de establecer su política criminal al realizar el proceso legislativo; recordemos que la ley penal se compone de la descripción de la conducta o tipo penal y la descripción de la amenaza o punibilidad.

La política criminal legislativa queda manifiesta al establecer el intervalo de punibilidad de cada figura delictiva, dejando al juzgador la individualización de la pena a aquellas conductas que encuadren en el tipo penal. También establece las bases para el sistema penitenciario a nivel constitucional, creando, en teoría, una política criminal de la ejecución de la pena.

Al ser el legislador el representante de la voluntad popular, éste establecerá las penas, de conformidad con la protección del bien jurídico penalmente protegido. De todo el bagaje de bienes jurídicos, existen algunos de mayor importancia; así, no es equiparable la vida al patrimonio, por eso el homicidio tendrá una pena mayor que el robo.

El juzgador, derivado de la acusación y solicitud de pena del Ministerio Público, será el encargado de individualizar la sanción con apego a los principios de legalidad,<sup>35</sup> taxatividad y proporcionalidad<sup>36</sup> de la lesión del bien jurídico penalmente tutelado.

Una vez individualizada la pena, el sentenciado compurgará su pena en establecimientos (distintos a aquellos en los que se llevó a cabo la prisión preventiva, si fuere el caso) que están a cargo del Poder Ejecutivo, ya sea federal o estatal.<sup>37</sup> Indepen-

<sup>35</sup> Artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

<sup>36</sup> Carbonell, Miguel, “Ultrajando a la Constitución. La Suprema Corte contra la libertad de expresión”, *ISQNOMÍA*, núm. 24, abril de 2006, pp. 171-186. “Para que se verifique la proporcionalidad es necesario que se observen los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; es decir, existirá proporcionalidad cuando: a) la regulación o limitación de un derecho fundamental sea adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; b) la medida adoptada sea la más benigna posible del derecho en cuestión, de entre todas las que revistan la misma idoneidad para alcanzar el fin supuesto, y c) las ventajas que se obtengan con la restricción deben compensar los posibles sacrificios del derecho para su titular y para la sociedad en general”.

<sup>37</sup> Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

La Federación, los estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios para que los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa.

La Federación, los estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por

dientemente de la existencia del juez de ejecución de sanciones, el Poder Ejecutivo ejecuta, respetando los principios que le marca

las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

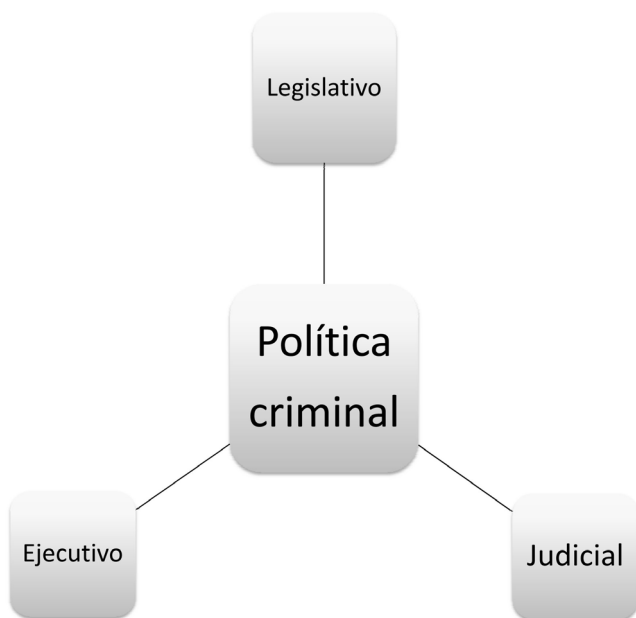
Los sentenciados de nacionalidad mexicana que se encuentren cumpliendo penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de reinserción social previstos en este artículo, y los sentenciados de nacionalidad extranjera por delitos del orden federal o del fuero común, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. El traslado de los reclusos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán cumplir sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad.

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor; e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos

la Constitución referentes al respeto a los derechos humanos, el trabajo y la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción social del sentenciado a la sociedad. El juez sólo deberá intervenir en caso de que no se cumplan estos principios, ya sea como facultad o a petición de los internos de manera individual en algún caso concreto.

De tal forma que el cuadro de la división y manifestación de la política criminal quedaría de la siguiente manera:



### III. TEORÍAS DE LA PENA

Cuando entramos al estudio de la pena, inmediatamente surge una primera afirmación realizada por Enrique Bacigalupo, en la

establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley”.

cual refiere que la primera cuestión que debe abordar el estudio del derecho penal vigente, que surge básicamente del Código Penal, es la concerniente a la función de las normas que lo integran.

El autor en comentario trata de responder a la pregunta: ¿para qué establece la sociedad organizada en el Estado un conjunto de normas que amenazan con la aplicación de una pena en la ejecución de determinadas conductas? Y afirma que la función del derecho penal y las teorías de la pena tienen una estrecha relación, ya que toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal.

El autor, asimismo, explica que dentro del pensamiento clásico existen dos líneas que procuran dar respuesta a estas cuestiones; sosteniendo que el derecho penal tiene una función metafísica, consistente en la realización de un ideal de justicia, y que el derecho penal tiene una función social, caracterizada por la prevención del delito con miras a proteger ciertos intereses sociales reconocidos por el derecho positivo, también conocidos como bienes jurídicos.<sup>38</sup>

Esta afirmación se ciñe a analizar un aspecto de la teoría de la sanción penal, que es el relativo a los fines de la pena, el significado del acto de castigar tanto para el propio condenado como para la sociedad que castiga; así, ya no sólo se estudia la legitimación y esencia de la pena, sino para qué se va a imponer esta pena.<sup>39</sup>

Si bien para Bacigalupo la función del derecho penal está vinculada estrechamente a las concepciones sobre su legitimidad, y afirma que si se piensa que es una función legítima del Estado realizar ciertos ideales de justicia, el derecho penal será entendido entonces como un mero instrumento de justicia que no da lugar a una función del Estado y se tendrá que recurrir a otras

<sup>38</sup> Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal parte general*, 2a. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 29.

<sup>39</sup> Benavente Chorres, Hesbert, *La ejecución de la sentencia en el proceso penal acusatorio y oral*, México, 2011, Flores Editor y Distribuidor, p. 25.

concepciones del derecho penal, en el que se entenderá de manera diferente. De aquí surge la justificación del derecho penal como un instrumento socialmente útil, y así, el valor que se asigne a estas funciones será el fundamento de la legitimidad del derecho penal.<sup>40</sup>

Pero este proceso de justificación no ha sido espontáneo, antes al contrario, se ha derivado de diversos enfrentamientos radicales, especialmente en el último cuarto del siglo pasado, con la disputa en la lucha de escuelas en torno a los principios legitimantes del derecho penal.

Encontramos entonces que la *escuela clásica* mantuvo el criterio legitimante de la justicia a través de las “teorías absolutas de la pena”; la *escuela positiva* proponía como único criterio el de la utilidad, expresándolo por medio de las modernas “teorías relativas de la pena”. Estas dos oposiciones de fundamentos legitimantes vinculan la cuestión de la pena con la concepción del Estado y con sus poderes penales.

La escuela clásica concebía a los poderes del Estado de una manera más estrecha que la escuela positiva, ya que esta última, en su idea de “defensa social”, le permitía justificar la intervención del Estado con el poder penal, cuestión que para los clásicos era poco probable de hacer;<sup>41</sup> temas que más adelante se explicarán a detalle con las diferentes teorías que lo robustecen.

Sobre la naturaleza de la pena, surgen respuestas que han sido formuladas por estas teorías de la pena; no obstante, la expresión “teoría” se toma en sentido amplio, porque en realidad no se trata de teorías, sino de principios o axiomas legitimantes, cuya función en la ciencia del derecho penal es la de fundamentarlo en último término. Así, las “teorías” de la pena no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, dado que el “ser” de la pena depende de la naturaleza que se le atribuya, sino ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena?; es decir, la noción de que

<sup>40</sup> Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal parte general, cit.*, pp. 28 y 30.

<sup>41</sup> *Ibidem*, pp. 29 y 30.



se impone una pena por la realización de la justicia, así como la concepción de que si se somete a una persona a los efectos negativos de la pena es por razones de utilidad social. Ya que la justicia y la utilidad son principios o axiomas que tratan de fundamentar la pena. Así, las teorías de la pena responden a la pregunta ¿para qué?<sup>42</sup>

Para Roxin, del cometido del derecho penal y de las disposiciones penales hay que diferenciar el fin de la pena que se ha de imponer en el caso concreto, si el derecho penal tiene que servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento de un orden social basado en este principio, entonces mediante este cometido sólo se determina qué conducta puede conminar el Estado. Con ello, afirma el autor, no está decidido, sin más, de qué manera debería surtir efecto la pena para cumplir con la misión del derecho penal; así, la teoría sobre el fin de la pena, siempre tiene que referirse al fin del derecho penal que se encuentra detrás.<sup>43</sup>

Como se ha percibido en párrafos anteriores, desde hace muchos años, se ha disputado el fin de la pena con diferentes interpretaciones fundamentales, las cuales incluso hoy siguen determinando la discusión.

Así, encontramos que las teorías que pretenden explicar el fin de la pena son tres:<sup>44</sup>

### 1. *Teorías absolutas o retribucionistas*

A estas teorías también se les conoce como “de la retribución”, “expiación” o “justicia”, y tienen como principales promotores

<sup>42</sup> Benavente Chorres, *La ejecución de la sentencia...*, cit., p. 26.

<sup>43</sup> Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, España, 1997, p. 81.

<sup>44</sup> Jiménez Martínez, Javier, *La ejecución de penas y medidas de seguridad en el juicio oral (ensayos de recopilación para una antología)*, México, Raúl Juárez Carro Editorial, 2012, col. Juicio Oral, p. 91.

a Kant y a Hegel. Su primordial punto de vista consiste en que la pena constituye un fin en sí mismo, entonces se castiga porque se debe castigar, ya sea como una retribución moral, como retribución ética o como una retribución jurídica,<sup>45</sup> es decir, la teoría absoluta sostiene que la pena al hallar su justificación en sí misma, no puede ser considerada como un medio para fines ulteriores, por eso es “absoluta”, porque el sentido de la pena es independiente o desvinculada de su efecto social (*lat. absolutas = desvinculado*).<sup>46</sup>

Así, al no encontrar el sentido de la pena en la persecución de un fin socialmente útil, lo encuentra mediante la imposición de un mal que mercedamente se le retribuye, un mal que equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Es necesario resaltar que la concepción de la pena como retribución compensatoria es conocida desde la Antigüedad y aceptada en la conciencia de los “profanos” con naturalidad, en el sentido de que la pena debe ser justa, y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense, inmortalizando el viejo principio del Talión “ojo por ojo, diente por diente”. En este punto de vista histórico y en el desarrollo cultural se ha desvinculado la pena estatal de la venganza privada, así como de las hostilidades entre las familias y las tribus, de tal forma que el derecho a la retribución pasó a manos de una autoridad pública neutral, que procedía según reglas formales y en consecuencia creaba paz.<sup>47</sup>

Siguiendo este contexto, para la teoría de la retribución el sentido de la pena consiste en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal; porque debe imperar la justicia. Esta teoría sucede a la expiación como fundamento de la legitimidad de la pena, propia de los Estados absolutistas, que implican una concentración total del poder y un

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>46</sup> Benavente Chorres, *La ejecución de la sentencia...*, *cit.*, p. 26.

<sup>47</sup> Roxin, Claus, *Derecho penal parte general...*, *cit.*, pp. 81 y 82.

uso ilimitado de él, indispensable para el desarrollo posterior del capitalismo, entendiendo por expiación una actividad anímica del penado, de carácter moral, para “purificarse” interiormente a través del arrepentimiento experimentado posterior al castigo.<sup>48</sup>

Así entonces, se concibe a la teoría de la retribución como la necesidad de restaurar el orden jurídico interrumpido, que se traduce en “la imposición de un mal por el mal contenido”, concluyendo que la pena surge como una necesidad moral derivada de un “imperativo categórico”, como la justicia para Kant; o una necesidad lógica: negación y afirmación del derecho, como es para Hegel.<sup>49</sup> Sin embargo, la concepción más tradicional de la pena responde a la arraigada convicción de que el malo no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido, todo esto se ha fundado en tres razones diferentes: las religiosas, las éticas y las jurídicas.<sup>50</sup>

#### A. *Fundamentación religiosa*

El cristianismo y otras religiones parten de la correlación entre las exigencias religiosas de justicia divina y la función de la pena; desde su connotación religiosa de la Ley del Talión hasta la postura que manifiesta Roxin de ésta como un acto de fe.

En este contexto, Roxin asevera que la idea misma de retribución compensadora sólo se puede hacer plausible mediante un acto de fe, ya que racionalmente no se puede comprender cómo se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, que es sufrir la pena. Afirma que tal procedimiento corresponde al arraigado impulso de venganza humana, del que ha surgido históricamente la pena; pero que la asunción de la retribución por el Estado sea algo cualitativamente distinto a la venganza, el que la retribución quite “la culpa de la sangre del pueblo”, sólo

<sup>48</sup> Benavente Chorres, *La ejecución de la sentencia...*, cit., pp. 26 y 29.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>50</sup> Jiménez Martínez, *La ejecución de penas...*, cit., pp. 92-94.

se concibe por un acto de fe que no puede ser impuesto a nadie, ya que no es válido para la fundamentación ni vinculante para todos, de la pena estatal.<sup>51</sup>

Por lo que agrega que de nada sirve, para justificar esta teoría, invocar el mandato de Dios, ya que las sentencias no son pronunciadas en nombre de Dios, sino en nombre del pueblo; por ello no es admisible, en una época en la que deriva todo poder estatal del pueblo, la legitimación de medidas estatales con la ayuda de poderes trascendentes, además de que asegura que ello no se corresponde con la esencia de una verdadera religiosidad.<sup>52</sup>

### B. *Fundamentación ética*

Esta fundamentación proviene de Emanuel Kant, quien afirmaba que el hombre es un “fin en sí mismo”, por lo que no es lícito instrumentalizar en beneficio de la sociedad ni sería éticamente admisible fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social. De aquí que sólo es admisible basar la pena en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la justicia, donde la ley penal se presenta como un “imperativo categórico”, es decir, como una exigencia incondicionada de la justicia y libre de toda consideración utilitaria; así, la pena es el resultado que se impone cada vez que se comete un delito.

Asimismo, refiere que la retribución siempre debe ser equivalente al daño causado por el delito *punitur quia peccatum est*, es decir, el castigo debe basarse en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la ley penal; de aquí que esta última se presente como un imperativo categórico o una exigencia de la

<sup>51</sup> Durán Migliardi, Mario, “Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos, conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual”, *Ensayos. Revista de Filosofía*, Santiago, vol. 67, 2011, disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-43602011000100009&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-43602011000100009&script=sci_arttext).

<sup>52</sup> *Idem*.

justicia, que debe ser superior de las consideraciones utilitarias. La pena es un fin y no un medio para conseguir un bien, el hombre no puede ni debe ser tratado como un objeto al servicio de ciertos fines.<sup>53</sup>

Dentro de las afirmaciones de Kant, encontramos que la pena “debe ser” aun cuando el Estado y la sociedad ya no existan. Esta concepción recibe su característica de “absoluta”, ya que el sentido de la pena, al no ser la prosecución de alguna finalidad socialmente útil, radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, o sea que se agota todo el fin de la pena en la retribución misma.

El mal de la pena está justificado por el mal del delito, como un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, como mencionábamos anteriormente respecto a la Ley del Tali3n, ya que niega o aniquila al delito, restableciendo el derecho lesionado y debe de imponerse por el delito; aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad, aunque no se logre un efecto intimidatorio ni exista riesgo alguno de reincidencia debe siempre aplicarse. Finaliza con la idea de la proporcionalidad entre el delito y la pena; as3, una pena que no tomara en cuenta el da3o causado por el delito no ser3a justa: de la misma forma la conciencia colectiva y la del infractor deben sentir como propia la igualdad entre el da3o causado por el delito y la pena merecida.<sup>54</sup>

### C. *Fundamentaci3n jur3dica*

Esta fundamentaci3n se le atribuye a Hegel, el cual afirma que el car3cter retributivo de las penas tiene una fundamentaci3n jur3dica, ya que se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la voluntad general, representada por el orden jur3dico, que resulta negada por la voluntad especial del delincuente; de

<sup>53</sup> Benavente Chorres, *La ejecuci3n de la sentencia...*, cit., p. 27.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 28.

esta forma, la pena en sí no persigue fines preventivos, intimidatorios o correccionales. En este sentido, Hegel se distingue de Kant materialmente, ya que al principio del Talión, prácticamente irrealizable, lo sustituye por la idea de la equivalencia de delito y pena; observando siempre a la pena como la afirmación del derecho.

De esta manera, la tesis de Hegel se basa en el supuesto de que el delito es la negación del orden jurídico, por lo que la antítesis es la pena, al ser la negación del delito. En esta construcción de la negación de la negación, la pena se concibe como reacción o instrumento que restablece o restaura idealmente el orden jurídico infringido, de la armonía entre la voluntad general y la particular, sin tener fines utilitarios posteriores; entonces sólo así se trata al delincuente como un ser racional, libre y se le honra, dándole no algo justo en sí, sino su propio derecho. La justicia de la pena concreta, entonces, vendrá dada por un principio valorativo más flexible, que tenga en cuenta las características de la lesión concreta y las circunstancias de la sociedad civil.<sup>55</sup>

## 2. *Teorías relativas o preventivas*

Anteriormente se señaló que la *escuela positiva* realizó sus propuestas expresándolas por medio de las llamadas teorías relativas, o también conocidas como teorías de la prevención.

Las teorías se caracterizan por considerar a la pena un medio para alcanzar una “meta”, ya sea la prevención, la rehabilitación o la defensa social, y resaltan que sería inhumano e incluso absurdo aplicar una pena sin perseguir una finalidad.<sup>56</sup>

Se posiciona en la idea contraria de las teorías absolutas en *quia peccatur est*, es decir, sólo porque se ha delinuido, estableciendo que en las teorías relativas, la pena se *impoen ut ne peccetur*,

<sup>55</sup> *Idem*.

<sup>56</sup> Fernández Muñoz, Dolores E., “La función de la pena”, *Revista de Derecho Comparado*, México, UNAM, p. 963.

es decir, para que no se delinca. La formulación más antigua de esta teoría se atribuye a Séneca, quien, con base en el Protágoras de Platón, afirmó *Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*, que significa que ninguna persona razonable castiga por el pecado cometido, sino para que no se peque.<sup>57</sup>

Estas teorías procuran legitimar la pena mediante la obtención de determinado fin, o la tendencia a obtener ese fin, basando su criterio legitimante en la utilidad de la pena y en donde su fin consiste en la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados (teoría preventivo general de la pena, negativa o positiva), o para que no reitere su hecho (teoría preventivo especial o individual de la pena, negativa o positiva).<sup>58</sup>

Encontramos que a diferencia de las teorías absolutas, que se fundan en principios religiosos, morales o idealistas, las teorías relativas parten de la consideración de que la pena es necesaria para el mantenimiento del orden social y de ciertos bienes sociales necesarios para el desarrollo; en este sentido, la pena no se justificará como mero castigo del mal realizado o como respuesta retributiva frente al delito ya cometido, sino como instrumento dirigido o encaminado a prevenir delitos futuros. Se podría decir que la retribución “mira al pasado”, mientras que la prevención “mira al futuro”. Dentro de las teorías relativas se brindan tres diferentes orientaciones:<sup>59</sup>

#### A. *Teoría de la conservación del pacto social*

Dentro de esta teoría, es lógico que como máximo exponente encontremos a Rousseau, el cual afirmaba que el verdadero objeto de la pena es la conservación del pacto social, es decir,

<sup>57</sup> Vidaurri Aréchiga, Manuel, *Las teorías de la pena*, Guanajuato, México, p. 20, disponible en: <http://usic13.ugto.mx/derecho/pdfs/BI7/BOLET46.pdf>.

<sup>58</sup> Benavente Chorres, *La ejecución de la sentencia...*, cit., p. 29.

<sup>59</sup> Cfr. Jiménez Martínez, *La ejecución de penas...*, cit., pp. 95-99.

que el contrato social tiene como único fin la conservación de los contratantes, así que el fin quiere los medios y estos medios son inseparables de algunos riesgos, e incluso de pérdidas.

La teoría contractualista dogmatiza que el orden social es un derecho que no viene de la naturaleza, antes al contrario, está fundado en convenciones; así, la pena es una reacción defensiva para la conservación del pacto firmado, ya que el delito coloca al interno fuera de la protección del orden social y el delincuente es entonces un traidor a este pacto.

### B. *Teoría de la prevención general*

Esta teoría no va enfocada al delincuente; por el contrario, atiende a la sociedad en general y se divide en positiva y negativa.

La teoría de la *prevención general negativa* tiene su origen científico en Feuerbach, quien concibe a la pena como una amenaza que por medio de las leyes se dirige a la colectividad con el objeto de limitar el peligro derivado de la delincuencia latente en una sociedad; esta coacción de manera abstracta se concretiza a través de las sentencias, en particular cuando el juez, al condenar al autor de un delito, anuncia a los demás lo que ocurrirá si realizan la misma conducta, es decir que el efecto recae sobre la generalidad, pero para lograr este fin “intimidatorio” es necesario que se cumpla la pena para que así la prevención actúe no sólo con la conminación general de penas, sino que cumpla su efectividad con la imposición y ejecución de la misma, que confirma la seriedad de la amenaza.<sup>60</sup>

De aquí que se le conozca a esta teoría como “prevención intimidatoria”; se puede describir en este sentido con el concepto de la intimidación de otros que corren peligro de cometer delitos semejantes. Por ello, la prevención general negativa de corte psicológico, que Feuerbach resalta, es que en la prevención de los delitos exige que sobre la colectividad actúe una coacción psico-

<sup>60</sup> Cfr. Benavente Chorres, *La ejecución de la sentencia...*, cit., p. 30.



lógica o interna, que en los casos de una posible infracción del derecho ejerza un influjo motivador e inhibitorio.<sup>61</sup>

El maestro Hesbert Benavente refiere que esta teoría pareciera presentar la ventaja de no tener que recurrir al criterio clásico de la culpabilidad sino al de motivabilidad del autor; así, el tipo penal consiste, entonces, en la descripción de la conducta prohibida y su fin es motivar (mediante la amenaza con una pena) para que esa conducta no se realice.<sup>62</sup>

Para Heinz Zipe, la prevención general negativa como reinserción social, pasa de la intimidación negativa al positivo fortalecimiento y al mantenimiento de la confianza del derecho en la integración social, por tanto, se da a través del cumplimiento de la prevención de integración social.<sup>63</sup>

En la *teoría de la prevención general positiva*, a la que también se le conoce como “integradora” o “estabilizadora”, cabe hacer referencia que tiene similitudes con la teoría de la prevención general negativa, pero su fin es diferente.

Si bien puede manifestarse por la vía intimidatoria y fortalecer al derecho frente a la colectividad, como se postula en la prevención general negativa, que tiene por fin conservar el orden o conservar el derecho validando las normas jurídicas en la conciencia de la generalidad, pero para concretizar la teoría de la prevención general positiva Kaufmann precisa que su correspondencia la encuentra en tres cometidos: una función informativa, que advierte al ciudadano de lo que está prohibido y de lo que se debe hacer; la misión de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del ordenamiento jurídico para imponerse y triunfar, y la idea de fortalecer en la población una actitud de respeto hacia el derecho.

En este contexto, se destaca que el destinatario de la pena no es el infractor potencial, ni mucho menos el delincuente, sino el

61 Jiménez Martínez, *La ejecución de penas...*, cit., p. 100.

62 Benavente Chorres, *La ejecución de la sentencia...*, cit., p. 30

63 Jiménez Martínez, *La ejecución de penas...*, cit., pp. 100 y 101.

ciudadano honesto que cumple las leyes y al mismo tiempo la opinión pública, cuya confianza en el sistema hay que fortalecer.<sup>64</sup>

La tesis de la prevención general positiva consiste en ejercitar por parte del Estado el reconocimiento y la validez de la norma para que los autores potenciales desistan, así la pena demuestra la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y reforzará la confianza jurídica del pueblo. Para esta tesis, la prevención general positiva cumple con tres efectos: de aprendizaje social, pedagógicamente originado por la actividad de la justicia penal; de confianza, que surge cuando el ciudadano ve que el derecho se le aplica, y de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor.<sup>65</sup>

La prevención general positiva como prevención-integración, propuesta por Jakobs, se refiere a que la pena está al servicio del ejercicio de la fidelidad al derecho, de aquí que se le llame prevención general positiva y la elaboración conceptual penal se realiza conforme a exigencias preventivo generales; Jakobs, de la mano de Luhmann, expresa que la pena confirma la identidad normativa de la sociedad, es decir, que su objetivo principal es reafirmar la vigencia de la norma.<sup>66</sup>

A esta teoría, en general, se le atribuye ser un modelo tecnocrático, legitimador y acrítico, ya que el eje de la pena pasa de la subjetividad del individuo y del mundo axiológico de los valores, al sistema y a las expectativas institucionales, eludiendo cualquier reflexión crítica ajena a la funcionalidad del castigo para el sistema.<sup>67</sup>

El maestro Sánchez Galindo resalta que la importancia en el funcionamiento del sistema de justicia penal es que abarque des-

<sup>64</sup> Benavente Chorres, *La ejecución de la sentencia...*, cit., pp. 31 y 32.

<sup>65</sup> Jiménez Martínez, *La ejecución de penas...*, cit., pp. 101 y 102.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>67</sup> Benavente Chorres, *La ejecución de la sentencia...*, cit., p. 33.

de la procuración de justicia, continúe con la impartición de la misma y culmine en la ejecución de la pena. Siendo que a la pena le ha sido asignada la función de prevención general que dada su ejemplaridad inhibe la realización de conductas delictivas, y de prevención especial que segrega y readapta al que cometió delitos;<sup>68</sup> para entender mejor esta definición, en seguida ahondaremos sobre la teoría de la prevención especial.

### C. *Teoría de la prevención especial*

La teoría de la prevención especial es también conocida como “prevención individual”; referimos que es totalmente contraria a la prevención general y podemos encontrar en esta teoría al máximo exponente del pensamiento penal de la escuela alemana, Franz von Liszt.

No obstante, esta teoría es desarrollada por diversas corrientes, sumadas a la de Von Liszt, como el positivismo criminológico italiano, el correccionalismo y la escuela de la defensa social, todas ellas también contrarias a las teorías de la retribución y donde su semejanza se encuentra en la suma al pensamiento de que el fin de la pena está dirigido exclusivamente a la persona que cometió el delito, es decir, que el fin de la pena es la prevención dirigida al autor individual o particular.

En la teoría de la *prevención especial positiva*, el fin de la pena es disuadir al autor de futuros hechos punibles o evitar reincidencias, procurando readaptar al autor mediante tratamientos de re-socialización; así, la necesidad de prevención especial es lo que legitima la pena y por tanto Von Liszt afirma que sería justa, de aquí que se haga referencia a ella como “relativa”, porque su finalidad va dirigida a la “evitación del delito”; en este argumento, la concepción se encuentra influenciada por el determinismo, ya

<sup>68</sup> Sánchez Galindo, Antonio, “Seguridad pública y prisiones en México”, *Penitenciarismo (la prisión y su manejo)*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe), 1991, p. 646.

que no admite la libertad de la voluntad y niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena.

En esta orientación moderna de la prevención especial, encontramos como defensores a Bacigalupo, Jean Vallejo y José Cansino, los cuales afirman que el fin principal de la pena es la reeducación o la reinserción social del delincuente.<sup>69</sup>

Para la escuela positiva italiana, que ha centrado su atención en el delincuente, y entre cuyos principales exponentes encontramos a Lombroso, Ferri y Garófalo, ha concebido al delito como un hecho natural y social, llegando a la conclusión de que el delincuente es como un enfermo o inadaptado social que no tiene libre albedrío; entonces, como el delincuente no tiene responsabilidad, la pena es ineficaz, por esa razón debe ser reemplazada por las medidas de seguridad.<sup>70</sup>

Pero en Alemania, para la escuela sociológica, representada por Von Liszt,<sup>71</sup> se establece que la finalidad de la pena debe investigarse en función de las distintas categorías de delincuentes y no de manera uniforme para cualquier autor, considerando que la eficacia de la incriminación exige que ella se adapte a cada sujeto, procurando corregir, intimidar o inocuizar, según la personalidad de cada individuo, sobre el que la pena debe cumplir su función preventiva especial, actuando de tres maneras: corrigiendo al incorregible; intimidando al intimidable, y haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidables.<sup>72</sup>

Así, en el contexto de la orientación clásica de la prevención especial que realiza Von Liszt, como mencionábamos anteriormente, cuando refiere a que la pena debe cumplir un fin según el tipo de delincuente, clasifica a este último de tres formas:<sup>73</sup>

<sup>69</sup> Jiménez Martínez, *La ejecución de penas...*, cit., p. 99.

<sup>70</sup> Benavente Chorres, *La ejecución de la sentencia...*, cit., p. 34.

<sup>71</sup> Cfr. Von Liszt, Franz, *La idea de fin en el derecho penal*, México, Universidad de Valparaíso de Chile-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 83 y ss.

<sup>72</sup> Benavente Chorres, *La ejecución de la sentencia...*, cit., pp. 33 y 34.

<sup>73</sup> Jiménez Martínez, *La ejecución de penas...*, cit., pp. 97 y 98.

- Delinquentes recuperables o habituales, en donde el fin de la pena es de prevención especial, neutralizadora o neutralizante, cuyo cometido es la inocuización del delincuente no capaz de corrección; aquí la sociedad debe protegerse de los irrecuperables y la solución es privar de la libertad de por vida o de manera indeterminada.
- Principiantes de la carrera criminal, para quienes la pena cumple una función de prevención especial positiva, que se cifra en corrección o mejoramiento del delincuente capaz y necesitado de corrección, y que por predisposiciones hereditarias o adquiridas han llegado a la delincuencia, pero no son casos perdidos y existe la esperanza de que sean salvados.
- Delincuente ocasional, para quien carece de sentido una sistemática de corrección. Aquí la pena cumple un cometido de prevención especial negativa, que consiste en la intimidación del delincuente no necesitado de corrección, es decir, para los sujetos en los que el hecho cometido constituye un episodio o descarrío generado por influencia preponderantemente externa y para quienes el peligro de una frecuente repetición de la acción punible cometida es mínima, por lo que no tiene sentido una sistemática corrección. Aquí, la pena debe restablecer la autoridad de la ley violada, que debe ser intimidatoria o una advertencia al impulso egoísta del delincuente.

La necesidad de la pena es lo que fundamenta esta teoría, aunque en la mayoría de los conocimientos empíricos no es suficiente para delimitar la necesidad, lo que resulta generalizado a la naturaleza y *quantum* de la pena; en donde resulte posible determinar la falta de necesidad de prevención especial, la única conclusión viable sería la impunidad, es decir, en delinquentes primarios y ocasionales, porque no manifiestan peligro para volver a delinquir en:<sup>74</sup>

<sup>74</sup> Benavente Chorres, *La ejecución de la sentencia...*, cit., p. 35.

- Delitos graves: en ciertos casos no hay peligro de repetición.
- Delitos cometidos en situaciones excepcionales: porque casi con toda seguridad no se volverán a repetir.
- Delinquentes habituales: a veces no hay posibilidad de resocializarlos.
- Delinquentes por convicción: en los que se dificulta la resocialización, ya que para ser viable es indispensable la colaboración del delincuente y no puede imponerse coactivamente o aplicarse por la fuerza.

Para la teoría de la *prevención especial negativa*, invocando nuevamente la teoría de von Liszt, de la que, mencionada en el párrafos anteriores, surge el término de la inocuización de delinquentes habituales;<sup>75</sup> su premisa mayor es que resulta posible individualizar a un número relativamente pequeño de delinquentes, los cuales han sido responsables de la mayor parte de los hechos delictivos y así poder predecir quién lo seguirá siendo. De este modo, la inocuización de los mismos en su retención en prisión el máximo tiempo posible conseguiría una gran reducción del número de hechos delictivos posibles y, sobre todo, mayores beneficios a un menor costo.<sup>76</sup>

Podemos encontrar que los métodos predicativos de esta teoría se basan en el análisis psicológico individual de responsabilidad o peligrosidad, que se han visto en la necesidad de ser sustituidos por otros de manera actuarial, así abordar el delito con técnicas probabilísticas y cuantitativas, recurriendo a un método estadístico que toma como base determinados indicadores y cuya cuantificación permite emitir los pronósticos de peligrosidad sobre grupos o clases de sujetos sin tener que entrar al estudio de la psicología del individuo concreto.

Es importante mencionar que una sociedad que quiere mantenerse en un derecho penal respetuoso de la individualidad y los

<sup>75</sup> Cfr. Von Liszt, Franz, *La idea de fin en el derecho penal*, cit., pp. 49 y ss.

<sup>76</sup> Benavente Chorres, *La ejecución de la sentencia...*, cit., p. 37.

derechos fundamentales de la persona, incluyendo los del delincuente, y quiere conceder a todo autor la posibilidad de la resocialización, debe soportar de manera análoga un riesgo para la seguridad de la colectividad, es decir que cumplida la condena ajustada a la culpabilidad, la sociedad deba asumir el riesgo de un posible delito futuro.<sup>77</sup>

Así, es importante destacar que la teoría de la prevención especial busca evitar la comisión de delitos pero, a diferencia de la teoría de la prevención general, el objetivo perseguido no se dirige hacia el grueso de la comunidad de individuos, sino únicamente al delincuente en particular, para que no vuelva a delinquir.<sup>78</sup>

### 3. *Teorías mixtas*

A partir del intercambio de ideas respecto al verdadero fin de la pena, de las propuestas realizadas por las teorías absolutas y relativas, surgen las teorías mixtas, unificadoras o eclécticas, que consideran que estas dos teorías eran insuficientes y no lograban agotar la explicación de la pena, y al efectuar una síntesis de ellas, realizan sus propias propuestas.

Las teorías mixtas parten del supuesto realista que cree imposible adaptar la fundamentación desde las formas de pensar puras; suponen una combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones puras. Cabe mencionar que las teorías mixtas son dominantes en el derecho penal contemporáneo; en este sentido, diversos autores consideran que su existencia revela una crisis que exhibe la ausencia de respuestas doctrinarias y legislativas armónicas para justificar el *ius puniendi* del Estado, con todas las consecuencias de inseguridad que de allí se derivan.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> *Ibidem*, pp. 37 y 38.

<sup>78</sup> Vidaurri Aréchiga, Manuel, *Las teorías de la pena*, cit., p. 28.

<sup>79</sup> Benavente Chorres, *La ejecución de la sentencia...*, cit., p. 38.

Sin embargo, estas teorías le asignan la función de protección de la sociedad al derecho penal, aunque es tal función la que varía en las diferentes posturas que conforman estas teorías; algunas postulan que la protección de la sociedad se basa en la retribución justa y que los fines de la prevención sólo tienen función complementaria dentro de la retribución, otras sostienen que el fundamento de la pena es la defensa de la sociedad y la retribución sólo cumple la función de límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo que lleguen a una pena superior a la merecida por el hecho cometido, pero en ambos casos la protección de la sociedad es entendida en el sentido de protección de bienes jurídicos y la conminación penal se justifica sólo por la necesidad de proteger éstos.<sup>80</sup> Dentro de las principales teorías están:<sup>81</sup>

#### A. *La teoría retributivo-preventiva*

Esta teoría es atribuida a Nowakowski, a Welzel y a Kaufmann, para quienes la pena persigue, al mismo tiempo, el fin de retribuir el delito como castigo al delincuente por la acción cometida y el fin de prevenir que futuros delitos se comentan.

#### B. *La teoría diferenciadora*

Teoría en la que encontramos como principal promotor a Schmidhäuser, para quien la pena sirve de fin de la lucha contra el delito y medio adecuado para hacer posible la convivencia, manteniendo la comisión de crímenes dentro de sus límites tolerables.<sup>82</sup> Schmidhäuser, quien parte de la distinción entre teorías de la pena en general y sentido de pena para los distintos sujetos intervinientes en la vida de la pena, afirma que no habrá otra

<sup>80</sup> *Ibidem*, pp. 38 y 39.

<sup>81</sup> Jiménez Martínez, *La ejecución de penas...*, cit., pp. 105-113.

<sup>82</sup> Benavente Chorres, *La ejecución de la sentencia...*, cit., p. 44.



respuesta que “la necesidad de la pena para la convivencia social”; ello supone renunciar conscientemente a que la pena tenga sentido para el condenado, pues implica que no se le castigue en beneficio suyo, sino en el de la sociedad, rechazando totalmente la teoría kantiana, anteriormente expuesta, de que el delincuente no puede ser utilizado como un medio a favor de la sociedad; de esta forma, Schmidhäuser orienta su teoría en los siguientes conceptos:

- a) *Prevención general*: entendida como una función de la pena “realista”, según la cual la colectividad, ante el castigo de los delincuentes por los delitos cometidos, en muchos casos, se inhibirá de la ejecución de delitos, pero no como el único medio posible para impedir la comisión de delitos, sino como medio de reducir la delincuencia a límites que hagan posible la convivencia normal.
- b) *Prevención especial*: que no permite configurar la concepción de la pena con la sola consideración al fin de lograr la prevención específicamente de cada autor en particular, condenado por la comisión de delitos.
- c) *Sentido de la pena*: entendiendo que la pena, al justificarse por su necesidad, tiene un sentido diferente para cada uno de los intervinientes en el proceso punitivo, es decir, que para cada órgano de autoridad interviniente, la pena tiene sentidos diferentes:<sup>83</sup> para el legislador, con miras de prevención general, la pena sirve a la defensa colectiva, aunque también debe tomar en cuenta la justicia en la aplicación de penas; para los órganos encargados de la persecución de los delitos, que deben cumplir con la función de esclarecimiento del delito y puesta del delincuente a disposición de los tribunales, regidos por el principio de igualdad; para el juez con criterios de justicia y de prevención especial, que debe perseguir la pena justa, tomando en cuenta el hecho

<sup>83</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 40 y 41.

cometido y la comparación con las otras penas, y para los funcionarios de las prisiones, que deben otorgar a la ejecución de la pena la finalidad de ayudar al condenado para aprovechar el tiempo de cumplimiento o la prevención especial por medio de la resocialización.

### C. *La teoría dialéctica de la unión o unificadora*

Es propuesta por Roxin, aunque anteriormente planteada por Beccaria, quien legitima la pena por medio de la prevención general, la retribución y la prevención especial, cada una centrada en una instancia diferente,<sup>84</sup> similar a como lo planteó Roxin, el cual parte de la idea de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo, puesto que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio; de ello resulta que la prevención especial y general deben figurar conjunta, simultánea y equilibradamente como fines de la pena, excluyendo la retribución como fin de la sanción penal.

La propuesta de Roxin refiere que el derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: “amenazando, imponiendo y ejecutando penas”, es decir, que se lleva a cabo en tres momentos o fases:<sup>85</sup> a) legislativa, como primer momento de la conminación legal, cuya función es proteger bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles, donde ninguna teoría ha respondido a la cuestión de qué debe prohibir el legislador bajo pena, ni aclara qué merece considerarse delictivo, ya sea para retribuirlo o prevenirlo, asegurando que la protección sólo se buscará a través de la prevención general de los hechos que atenten contra tales bie-

<sup>84</sup> Botero Bernal, Andrés, “La teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 2001-2002, p. 201.

<sup>85</sup> En el mismo sentido *cf.*: Benavente Chorres, *La ejecución de la sentencia...*, *cit.*, pp. 41-43.

nes o prestaciones, ya que al ser la ley anterior al delito, no podrá ser medio de retribución ni prevención especial del delincuente; b) judicial, como segundo momento de la realización del derecho penal, que en su aplicación corresponde complementar la función de prevención general propia de la conminación legal, el juez impone la pena confirmando la amenaza abstracta expresada por la ley, sometién dose a la limitación de que la pena no debe sobrepasar la culpabilidad del autor, además de que la imposición judicial de la pena servirá también a la prevención especial, y c) ejecutiva, como la última fase en la vida de la pena, que servirá a la confirmación de los fines anteriores pero de forma tendente a la resocialización del delincuente como prevención especial.

Esta corriente es seguida por Muñoz Conde, quien también describe la teoría en sus tres fases: en la primera, en el momento de amenaza penal, cuando el legislador prohíbe una conducta, amenazándola con una pena, es decisiva la prevención general, pero si llega a cometerla, a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando la idea retributiva, y finalmente en la ejecución de la pena, sobre todo en una privativa de libertad, la idea de prevención especial; así se lograría la integración armónica, progresiva y racional de los tres estadios del *ius puniendi*, y se superarían los peligros propios de toda teoría.<sup>86</sup>

#### D. *La teoría modificadora de la unión*

En esta teoría encontramos como principal promotor a Karl-Heinz Gössel, quien afirma que en la imposición de la pena puede consignarse cualquier tipo de prevención, ya que las sanciones jurídico-penales constituyen consecuencias reales de un delito y se establecen legalmente para la consecución de determinados fines futuros. El autor refiere que para superar la exacerbada dialéctica de la lucha de escuelas sobre la naturaleza de la pena,

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 42.

en lo sucesivo no debe plantearse la pregunta de si las sanciones jurídico-penales están llamadas a cumplir sólo funciones de retribución o de prevención, sino de si con tales sanciones, entendidas como consecuencias, han de conseguirse fines concretos y adecuados.