

La Penología

Indice

- 1. Introducción.**
- 2. Penologia**
- 3. Ciencias penales.**
- 4. Teorias De La Pena**
- 5. Algunas objeciones a la teoría de la prevención general**
- 6. Teorías mixtas o de la unión**

1. Introducción.

En el presente trabajo de tesina abarcaremos los aspectos teóricos mas importantes en relación a la PENOLOGIA a su dogmática, como una ciencia auxiliar del Derecho, tratando de profundizar en relación a su aplicación y a su trascendencia con los aspectos criminales que se viven en al actualidad. Como bien sabemos los tiempos han cambiado y podemos decir que vivimos en una época de transición democrática y de transición social, en la que los valores sociales han tocado fondo mas pantanoso que pudiésemos haber imaginado, la impunidad, la desigualdad, las condiciones pírricas en las que nos encontramos son inéditas para un estado moderno como el mexicano, el sistema judicial se encuentra en una época donde debe de ser modificado y transformado, todos esos años de rezago judicial han ocasionado que muchas desigualdades sociales queden impunes, no sin mencionar algunas que no vienen al caso de este trabajo de tesina, pero si es muy contrastante que la corrupción y el mal ejercicio del poder público, ocasione que un aparato tan importante como el judicial en estos momentos se encuentre como un huevo cosido, blanco por fuera , y podrido por dentro. Sin duda alguna lo primero que afecta a la sociedad en sus célula mas delicada es la seguridad pública, y podremos decir que la aplicación del IUS PUNIENDI ha fallado en su muy claro punto de aplicación social, por lo que ya describimos, sin embargo al transcurso del tiempo hemos visto que la falta de una política criminal adecuada, y de la falta de una verdadera readaptación social al primo infractor, contribuye a que la letra de la ley sea inexistente en la realidad objetiva que vivimos, las condiciones antijurídicas que se dan ya en éstos momentos entre las personas que ejercen los factores formales de poder, son verdadera mente de risa en algunas ocasiones, ya que en todos los medios y a diestra y siniestra muestran su enorme ignorancia respecto del marco legal. No puede haber política criminal y readaptación social , si no existe el compromiso social con el entorno que conforma el núcleo social, si seguimos con la teoría de el interés del partido, no seremos mas que un ejemplo claro de todo aquello tan nefasto que las grandes teorías que aquí analizaremos trataron en su momento de prevenir. No queremos decir que en esta Patria nuestra no exista remedio, sino por el contrario, el remedio estriba en nosotros mismos en que cada quien haga lo que debe

de hacer, no mas y no menos, en que el juez juzgue con los elementos de convicción necesarios para decidir, y en los que los centros de readaptación y los centros de tratamiento le den vida plena a lo contemplado en el tan hermoso ARTICULO 18 CONSTITUCIONAL, no es posible que en México la readaptación se le esté dando a la sociedad con las cátedras tan funestas de impunidad, tal parece que los que compurgan una pena somos usted quién hace favor de leer estas ideas y es alguien dedicado al estudio del conocimiento y todas las gentes sanas que creen que este país es la perla y el ombligo del planeta. La pena juega un papel de suma importancia para el Derecho Penal ¿Pero es en realidad su aplicación la verdadera respuesta a la situación de la criminalidad? O será que la situación a tal interrogante no solo es la aplicación de la pena, sino un conjunto de sistemas preventivos no represivos que tengan por objeto el encontrar el camino a la prevención de futuros delincuentes y no de delitos. ¿Qué es lo que debemos atacar? ¿al delito? ¿o al delincuente?, o en realidad a los factores que los pueden crear como siempre se ha dicho " la pobreza , marginación desigualdad, etc...." Cual puede ser el verdadero fin de la aplicación de la pena. Teorías van teorías vienen, hemos visto a lo largo de la historia que muchas teorías se han caído de sus laureles, tal vez porque no son funcionales porque no eran correctas, pero hasta el momento no podemos decir que se ha encontrado una teoría que llene el espacio que la sociedad le requiere. Lo cierto es que con lo nuevos procesos, en los cuales ya los abogados no somos mas lectores o intérpretes, sino verdaderos científicos sociales, objetivos y plurales, tal vez en un futuro podamos encontrar que en efecto ni la seguridad publica, ni la punibilidad, ni la política criminal se estudian aparte, ya que pertenecen y se engloban en un enemigo común, EL CRIMEN.

Hipotesis:

"Se demostrara que la penologia no es una ciencia penal.
Objetivo especifico.- Que la penología como ciencia que estudia las penas y las medidas de seguridad no forma parte directa de la enciclopedia de las ciencias penales

Objetivo Especifico.- Partir desde el estudio de las teorías generales de la pena y la penología para determinar, según las grandes teorías, si la Penología forma parte de la Criminología y con esto es parte de la Ciencias Forenses o simplemente es parte de las Ciencias Jurídicas auxiliares del Derecho Penal.

Marco de referencia.
Delimitacion del tema.- Comprenderá únicamente aspectos teóricos dogmáticos, toda vez que no nos enfocaremos a investigaciones de campo por no extendernos en la presente ponencia. Solo abarcaremos aspectos de las teorías mas aceptadas con sus respectivas críticas ubicándolas en las escuelas mas importantes del Derecho Penal .

2. Penologia

Noviembre DEL 2002

1.- Que Es La Penologia

Se trata de una rama de las Ciencias Penales que estudia los sistemas de castigo y redención de los criminales, así como de los métodos y procedimientos legales destinados a prevenir el delito.

Por su parte EDUARDO LOPEZ BETANCOURT hace una diferencia entre las Ciencias del Derecho Penal y la Teoría de la Norma Penal y refiere en su apartado de Ciencias Auxiliares a la Psicología Judicial, Psiquiatría Forense o Médico Legal, Criminalística, Policía Científica y Estadística Criminal. No podemos considerar válido lo referido por el Doctor LOPEZ BETANCOURT, toda vez que de ninguna manera podemos dividir el orden de la dogmática jurídico-penal en relación a las Ciencias Penales, toda vez que forman una, si bien es cierto la función fundamental del Derecho Penal es el castigo, también lo es, que es parte del Derecho Penal el reconocimiento de la verdad histórica en los cuales se establecen las Ciencias Penales.

Desgraciadamente muchos de nuestros tratadistas aún no han manejado un verdadero método de definición del las Ciencias Penales, por su parte uno de los principales exponentes y defensores de la Penología es el Doctor RODRIGUEZ MANZANERA, quien define a la Penología " Como el estudio de la reacción social contra las personas o conductas captadas por la colectividad (o por una parte de ellas) como dañinas, peligrosas, sociales".

De lo que nos refiere el Doctor RODRIGUEZ MANZANERA podemos llegar a la idea de que la Penología no solamente va a estudiar la Pena o Punibilidad correctamente dicha del sujeto que transgredió la norma jurídico-penal, sino que RODRIGUEZ MANZANERA extralimita el fin de la Penología entendiéndose ya no como el Tratado de las Penas, que la definición clásica nos puede decir, sino tratándola como una Ciencia causal-explicativa de tipo naturalístico con contenido social, toda vez que va a estudiar la reacción que la sociedad tendrá hacia con el individuo, en ésta excelsa obra la cual más adelante retomaremos, refiere el mismo autor Teorías Sociológicas de la desviación social que son vitales para nuestro objeto de estudio, toda vez que podemos obtener la tesis de que la Penología puede ser una Ciencia más no forma parte de las Ciencias Penales, toda vez que lo que investiga y determina son reacciones sociales. ORELLANA WIARCO, sostiene e inclusive hace una comparación muy temeraria respecto de la Penología, toda vez que él la clasifica como Derecho Penitenciario y coloca a la Penología dentro del esquema de la Criminología, delimitando que su objeto de estudio será al juzgado y al condenado, para ORELLANA WIARCO la Penología es la rehabilitación del delincuente.

De lo referido por éstos autores podemos determinar que no existe aún ningún punto de unión entre las diversas teorías generales de la Penología, mientras algunos autores refieren a la Penología como los diversos medios de lucha contra el delito,

también algunos lo refieren como el tratado de las penas que tiene como objetivo la readaptación y la ejecución de la pena, sin embargo hay opiniones como la de LISZT FRANZ VON " Toda penología es Sociología" Podemos determinar que en efecto la definición sostenida por RODRIGUEZ MANZANERA parece ser la más correcta, toda vez que la Penología estudia la reacción de manera objetiva y subjetiva que el Estado, en nombre de la sociedad , va a tener sobre un individuo que transgredió el orden social, a nuestro ver la Penología tiene un fin mediato, el cual lo podríamos delimitar como el estudio de la punibilidad con un enfoque social y con tendencias naturalísticas y un fin inmediato, la coadyuvancia con el Derecho Administrativo en materia Legislativa o Derecho Político y Constitucional, a efecto de proponer medidas alternativas que ayuden a la reintegración del sujeto que fue reprimido por una actividad antijurídica.

Entonces podremos decir que ¿La Penología forma parte de las Ciencias Penales?, ¿En realidad la Gemología coadyuva a la creación de Ciencia Penal o es más útil para la Ciencia Legislativa?. Tal vez comenzaremos a solucionar éstas interrogantes si continuamos estudiando a groso modo lo que son las Ciencias Penales y una breve cronología de su aplicación.

3. Ciencias penales.

Las Ciencias Penales son aquellas que tienen como objeto la creación, auxilio y delimitación de dos grandes elementos del derecho del Hombre, el IUS PENALE Y EL IUS PUNIENDI, denominado comúnmente Derecho Penal. Tal vez una de las más comunes definiciones de las Ciencias Penales la brinda el gran penalista español LUIS JIMENEZ DE ASÚA , define a las Ciencias Penales en seis grandes rubros: De la Clasificación del Maestro JIMENEZ DE ASÚA, nos podemos dar cuenta de que la Clasificación que propone es un tanto obsoleta, toda vez que estamos experimentando cambios sociales, vinculativos y dinámicos donde las Ciencias Forenses, las cuales preferiría llamarlas las Ciencias Exactas, Auxiliares del Derecho Penal como la Criminalística, la Medicina Legal, la Psiquiatría Forense, están abarcando cada vez mas campos trascendentales en la aplicación del Derecho Penal, podemos determinar de una manera un tanto temeraria que en la nueva Ciencia Penal en su dogmática y en su praxis, los abogados han dejado de tener el Monopolio por que los mismos tiempos nos están obligando a dejar de ser peritos en derecho y convertirnos en verdaderos científicos del Derecho Penal, por eso es que consideramos que la relación cada vez mas cercana entre el Órgano Judicial, el Ministerio Público y los Peritos es cada vez más cercano, si en éste momento nosotros desapareciéramos a los Peritos en Criminalística , podríamos encontrarnos con que muchos de los casos que a diario se presenta en las Agencias del Ministerio Público serían imposibles de solucionar, sin embargo existen elementos del Cuadro Sinóptico de JIMENEZ DE ASÚA que valen la pena estudiar de forma separada, toda vez que encontramos que la Antropología y la Biología Criminal, no entendida

en la rama de la Criminología sino en la rama de la Medicina Legal, da nacimiento a una Criminalística Primitiva, así que de manera retórica JIMENEZ DE ASÚA contempla parte de la Criminalística en su definición e interviene a la Sociología Criminal dentro de la Criminología, entendiéndose como la Sociología Criminal todos los factores endógenos y exógenos que se dan para la creación del delito. Existe una definición mas concentrada en la realidad, como es la del maestro PAVON Vasconcelos, quien tiene un criterio Tripartita de explicación de las Ciencias Penales y las divide de la siguiente manera:

DESDE EL PUNTO DE VISTA FILOSOFICO
Ciencia de Derecho Penal o dogmática jurídico Penal.

DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO
Historia del Derecho Penal. Comparado
Derecho Penal Criminal.
Política
Se ocupa del delito:

DESDE EL PUNTO DE VISTA CAUSAL EXPLICATIVO FUNDAMENTALES -
- Sociología Criminal.
Se ocupa del delincuente:

- Antropología Criminal.
- Biología Criminal.
- Psicología Criminal.

AUXILIARES

Medicina legal
Criminalística
Psicología Judicial
Estadística Criminal.

Esta definición de PAVON VASCONCELOS podemos determinarla con que es una tanto cuanto realista, sin embargo existe una definición que de manera personal me es más completa referida obviamente por RODRIGUEZ MANZANERA, el cual clasifica en Cinco Grandes rubros a las Ciencia Penales misma que son:

1. CIENCIAS CRIMINOLOGICAS

- Antropología Criminológica.
- Biología Criminológica.
- Psicología Criminológica.
- Sociología Criminológica.
- Criminalística.

- Victimología
- Penología.

1. CIENCIAS HISTORICO FILOSOFICAS

- Historia de las Ciencias Penales.
- Ciencias Penales comparadas.
- Filosofía de las Ciencias Penales.

1. CIENCIAS JURIDICO PENALES

- Derecho Penal.
- Derecho Procesal Penal.
- Derecho Ejecutivo Penal.
- Derecho de Policía.
- Derecho Victimal.

1. CIENCIAS MEDICAS

- Medicina Forense
- Psiquiatría Forense.

1. CIENCIAS BASICAS, ESENCIALES O FUNDAMENTALES.

- Metodología
- Política Criminológica.

La misma clasificación de RODRIGUEZ MANZANERA nos es completamente indicativa a la hipótesis planteada en la presente Tesis, aquí nos encontramos con un problema conceptual, toda vez que al llegar al momento de las definiciones del presente cuadro nos podemos percatar de que el Derecho Ejecutivo Penal es lo que conocemos como Derecho Penitenciario, mismo que regulará la relación entre el Estado y el Sentenciado. De hecho el Tercer Congreso Internacional de Derecho Penal, en Palermo Italia, refiere que el Derecho Penitenciario es un conjunto de normas legislativas que regulan las relaciones entre el Estado y el Condenado desde la Sentencia Condenatoria hasta que dicha ejecución se cumpla. Por su parte MALO CAMACHO define al Derecho Penitenciario como el "Conjunto de Normas que regulan la ejecución de las penas y las medidas de seguridad impuestas por la autoridad competente como consecuencia de la Comisión de conductas previstas como delitos en la Ley Penal. Entonces tenemos el problema que si nos vamos al estudio técnico jurídico de la definición de Penología, ésta es un sinónimo del Derecho Penitenciario, toda vez que ambas estudiarían la pena y sus consecuencias, tanto el Derecho Penitenciario como la Penología tienen el mismo objeto de estudio, el cual no puede ser

justificado como diversos autores han pretendido hacer tratando de validarlo, toda vez que refieren que la diferencia estriba en que uno es Derecho Penitenciario como dogmática jurídica y la Penología es una Ciencia Causal Explicativa, por lo cual ambas tienen el mismo objeto de estudio. De ninguna manera podemos considerar válida la idea que algunos tratadistas emplean, por la simple y llana razón que no importa si el Derecho Penitenciario como dogmática jurídica y la Penología tienen objetos de estudios iguales, toda vez que ambas tienen el grado de Ciencia, el Derecho Penitenciario por el simple hecho de pertenecer a la dogmática represora del IUS PUNIENDI se convierte en Ciencia Penitenciaria, por lo tanto podemos ver que el objeto de estudio de la Penología se ve reducido ya no solo al estudio de la reacción sino únicamente al estudio de la Pena. Esto con el pasar se agrava, toda vez que encontramos un problema un tanto curioso entre la Política Criminal y la Penología, entendiéndose como Política Criminal la que el Estado hará y elevará a Proceso Legislativo para aplicarse a los centros preventivos y definitivos de Readaptación Social con razón de las penas que compurgan algunos individuos, consideramos que la Penología sí tiene objeto de estudio en éste punto, toda vez que como Ciencia exacta causal explicativa, tendrá elementos de convicción suficientes para que el cuerpo legislativo tenga una Política Criminal adecuada. Por lo tanto difícilmente podríamos englobar a la Penología dentro de las Ciencias Penales, toda vez que su objeto de estudio como lo analizaremos en el capítulo siguiente se basa a las teorías de la pena y la eficacia en su aplicación.

4. Teorías De La Pena

La forma de castigo del crimen más antigua que se conoce es la ejecución del delincuente, una práctica que ha ido siendo abolida de forma progresiva en los últimos tiempos (si bien en algunas legislaciones sigue tratándose de una pena aplicada en los delitos más graves). Una fórmula posterior consistió en el confinamiento de los delincuentes en penales de colonias aisladas, como es el caso de la isla del Diablo en la Guayana Francesa. Una tercera fue y sigue siendo la prisión.

El desarrollo de las teorías modernas sobre las penas, que conciben éstas como instrumentos cuya principal finalidad es la reforma o reinserción del delincuente, y que encuentran su reflejo en las legislaciones penales contemporáneas, arranca de la obra del jurista italiano del siglo XVIII marqués CESARE BONESANA BECCARIA. Este autor se mostraba contrario a la imposición de penas crueles e injustas, y afirmaba que la pena a asignar a cada delito debía ser lo bastante dura como para que la persona la valorara en relación con las ventajas que el delito le pudiera reportar, pero no más. Otros tratadistas entendieron que la imposición del castigo debía evaluar las circunstancias atenuantes, los diferentes grados de participación (autoría, complicidad, encubrimiento) y las circunstancias eximentes (por ejemplo, cuando el criminal es un loco o un niño). El posterior desarrollo de las nociones de libertad condicional y libertad vigilada, así como de los tribunales de menores y reformatorios demuestran, en efecto, la progresiva consideración de la

rehabilitación del delincuente como finalidad de mayor importancia que la del castigo en sí.

En la actualidad, la rehabilitación de los condenados se plantea mediante diferentes métodos correctivos, desde los experimentos consistentes en el aprendizaje vigilado de un oficio hasta las prácticas de asistencia a necesidades sociales en los periodos de libertad condicional, a modo de voluntariado social. Todo ello para lograr la plena reinserción del condenado. El principal obstáculo con el que en un principio se encontró esta política de reeducación vino dado por la combinación de dos factores: la falta de educación social de no pocos de los presos y la escasa preparación técnica de la que adolecían con frecuencia los funcionarios de prisiones. Por ello, desde hace tiempo, las autoridades penitenciarias se esfuerzan por desarrollar programas de aprendizaje en los recintos carcelarios que sirvan al presidiario para aprender supervisado de un modo solvente por un equipo capaz de prestar la ayuda precisa al proceso de rehabilitación. Enciclopedia Microsoft® Encarta® 2002. © 1993-2001 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

Teorías absolutas de la pena: Son aquellas que sostienen que la pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda ser considerada como un medio para fines ulteriores. "Absoluta" porque en ésta teoría el sentido de la pena es independiente de su efecto social, se "suelta" de él.

El primer punto de vista es: La teoría de la justa retribución: Desarrollada por KANT, para quien al pena "debe ser" aun cuando el estado y la sociedad ya no existan, y HEGEL cuya fundamentación de la Pena Pública, fue la base que permitió la sistematización de la teoría del delito, (elaborada a partir de la teoría de las normas de BINDING) concibe al delito como al negación del derecho, y a la Pena, como a la negación de la negación, como anulación del delito, como reestablecimiento del derecho, entiende que a la superación del delito es el castigo. En coincidencia con KANT, tampoco HEGEL reconoce finalidades de prevención, como el mejoramiento y la intimidación, como fines de la Pena. Esta construcción gravitó decisivamente en relación a la ulterior evolución del Derecho Penal y debido a que no existen aún alternativas consolidadas, actualmente conservan relativa vigencia. En la jurisprudencia la teoría de la retribución ha tenido un importante papel hasta hace poco tiempo. Esta concepción recibe su característica de "absoluta" debido a que ve el sentido de la pena, no en la prosecución de alguna finalidad social útil, sino que sostiene que dicho sentido radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, o sea que agota todo el fin de la pena en la retribución misma, explicada por KANT como un imperativo categórico emergente de la idea de justicia y fundamentada dialécticamente por HEGEL como la negación de la negación del Derecho. Así, niega una concepción del castigo que se fundamente en razones de utilidad social que ilícitamente convierta al hombre en un "medio"

instrumental en beneficio de la sociedad ya que tanto para BINDING como para todos los defensores de la teoría de la retribución, las concepciones preventivas resultan incompatibles con la dignidad humana porque sólo cabe motivar con el castigo a los animales, respecto de los seres humanos la única motivación admisible es la que surge de la propia norma, concebida como una orden –no matarás- que precede a la descripción legal –al que matare a otro.....se le impondrá una pena de....., cuya existencia es independiente de la sanción. El mal de la pena esta justificado por el mal del delito, es concebida como un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, pensamiento que reconoce como antecedente la Ley del Talión. Ella niega o aniquila al delito, restableciendo el derecho lesionado, ha 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 igualmente aplicarse. Esto no significa que las teorías retribucionistas no asignen función alguna a la pena: por una u otra vía le atribuyen la función de realización de justicia. La opinión más generalizada afirma que la pena presupone la reprochabilidad del comportamiento sometido a ella y expresa esa reprochabilidad. Es concebida por ésta teoría como reacción por lo sucedido y desvinculada del porvenir ya que su fin es reparar el delito y no evitar delitos futuros. Esto explica la sólida interconexión establecida entre las teorías del delito y la pena:

- a) El fin de la pena es restablecer el orden alterado por el delito.
- b) El delito, condición de la pena, exige la realización de un comportamiento contrario a la norma, más, la existencia de culpabilidad en el autor del mismo.
- c) El sistema se basa en el libre albedrío siendo culpable aquél sujeto que pudiendo motivarse en el respeto de la norma optó por la opción contraria y delinquirió. El haberse mantenido al margen de las exigencias que le plantaba el orden jurídico, no obstante haber podido ajustarse a ellas (el haber podido obrar de otro modo) es el criterio generalmente aceptado sobre el cual se fundamenta el juicio de culpabilidad.
- d) La medida de la pena depende de la gravedad del hecho realizado y el grado de culpabilidad del autor, estableciéndose así un criterio de proporcionalidad entre el delito y la pena.

Algunas objeciones a las tesis retributivas: Las críticas formuladas a esta teoría explican su progresiva decadencia que se pone de manifiesto en virtud de que la misma ha sido abandonada por la doctrina penal contemporánea al menos en su perfil ortodoxo de concepción absoluta.

En relación al fundamento y límite del "IUS PUNIENDI":

- Fundamenta el "para que" del castigo pero no explica ¿cuándo? el Estado debe hacerlo.
- No fija un límite en cuanto al contenido de la potestad Penal Estatal.
- Presupone la necesidad de la pena que debería en realidad justificar; llevada al extremo concluiría en que debe castigarse al delincuente aunque ello no resulte necesario en el caso concreto.

Imposibilidad de verificar el libre albedrío:

- Presupone el libre albedrío o libertad de voluntad respecto de lo cual se sostiene que es irracional fundamentar el Derecho del Estado a imponer penas en la existencia de una culpabilidad basada en él, debido a que la libertad de voluntad del autor no es empíricamente demostrable.

La retribución como pago del mal con el mal. La racionalización de la venganza

- El pago o la devolución de un mal corresponde al arraigado impulso de venganza humano. La afirmación de que con la pena se ejerce una retribución fáctica solamente puede justificarse en la medida en que ella impide los actos de justicia por propia mano.

- Se entiende que el criterio retributivo no puede ser absoluto debido a que resulta evidente que no toda culpabilidad debe ser castigada ya que la pena, en el caso concreto, puede producir efectos contraproducentes (no explica ¿cuándo? el Estado debe aplicar la pena).

- La idea de retribución compensadora es vulnerable debido a que la pena no borra el mal causado por el delito sino que en realidad añade un segundo mal, "el criterio talonario no permite recuperar el ojo de la víctima quitando un ojo al autor". Más allá de las críticas a la teoría hasta aquí expuesta, el Derecho penal contemporáneo no ha evolucionado hacia un abandono total de los puntos de vista retributivos debido, fundamentalmente, a la fragilidad de las teorías preventivas propuestas como alternativas. La sistematización de los presupuestos de punibilidad, formulados por la escuela clásica desde perspectivas retributivas se ve como un conjunto de garantías del gobernado frente al Estado y en los modelos propuestos en su reemplazo parecería estar corriendo riesgo, ello origina un rechazo de éstos, además, la circunstancia de que no se haya formulado aun ningún sistema que ofrezca presupuestos de incriminación (teoría del delito) diferentes a los enunciados como consecuencia de la concepción retributiva, da más fuerza a la sensación de que el abandono de dichas teorías produciría inseguridad jurídica. Además, debe concederse a esta teoría la virtud de haber concebido a la pena como una reacción proporcional al delito cometido, estableciendo un límite a la pretensión punitiva Estatal.

Teorías Relativas De La Pena

Las teorías preventivas renuncian a ofrecer fundamentos éticos a la pena, ella será entendida como un medio para la obtención de ulteriores objetivos, como un instrumento de motivación, un remedio para impedir el delito. Para explicar su utilidad, en relación a la prevención de la criminalidad, se busca apoyo científico.

Teorías de la prevención especial:

Desarrollada por diversas corrientes de pensamiento penal, como la escuela alemana de LISZT, el Positivismo Criminológico Italiano, el Correccionalismo y la Escuela de la Defensa Social. Aunque cada una de ellas presente matices, resulta factible enunciar sus principales formulaciones. Es la posición extrema contraria a la teoría de la retribución.

Según éste punto de vista preventivo-especial, el fin de la pena es disuadir al autor

de futuros hechos punibles, es decir, evitar las reincidencias (versión moderna de la teoría) y sólo es indispensable aquella pena que se necesite para lograrlo, se procurará readaptar al autor mediante tratamientos de resocialización. Así, la necesidad de prevención especial es la que legitima la Pena, según VON LISZT; "sólo la Pena necesaria es justa". Se habla de "relativa" porque su finalidad está referida a la "evitación del delito". La prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, no mira el pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor. Esta concepción, influenciada por el determinismo, no admite la libertad de voluntad, niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena. VON LISZT, se dedicó a clasificar delincuentes 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 deba cumplir su función preventiva, de modo que para dicho autor la prevención especial actúa de tres maneras:

- a. Corrigiendo al corregible: resocialización.
- b. Intimidando al intimidable.
- c. Haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidables.

La necesidad de la pena es la que fundamenta en esta teoría de la imposición. Pese a que existen razones para considerarlo concepción dominante, éste punto de vista también es vulnerable.

Algunas objeciones a la teoría de la prevención especial:
En cuanto al fundamento y límites del "IUS PUNIENDI".

- El ideal de corrección explica el fin que persigue la pena pero no contiene ninguna justificación del "IUS PUNIENDI".
- No sirve para fundamentar la conminación de penas, sino en todo caso, para fundamentar la aplicación y ejecución de penas.
- No posibilitan una delimitación del IUS PUNIENDI en cuanto a su contenido.
- Pueden crear el riesgo de fundamentar el Derecho Penal contra los inadaptado (enemigos políticos) o los asociales (mendigos, vagabundos, prostitutas, etc).

Resulta válido cuestionar el derecho del Estado a someter a tratamiento contra su voluntad a una persona, especialmente si es adulta, porque puede traducirse en una manipulación de la personalidad para obligarla a dejar de ser lo que quiere. La imposición coactiva de un proceso de resocialización entra en contradicción con la idea de un estado de Derecho que exige pluralismo. Así, el fin de resocialización será de tan poca precisión que podría ampliar incontroladamente el poder del Estado en el campo del Derecho Penal.

Incluso debería perseguirse un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, aún a riesgo de que la duración sea indefinida.

Imposibilidad de determinar la necesidad de la pena.

- En la mayoría de los casos, nuestros conocimientos empíricos no bastan para delimitar la necesidad de la pena, lo que resulta extensivo a lo relativo a naturaleza y quantum de la pena. En aquellos supuestos en que resulte posible determinar la falta de necesidad de prevención especial la única conclusión viable sería la impunidad, o sea;

*Delincuentes Primarios y Ocasionales: Porque no manifiestan peligro de volver a delinquir.

*Delitos Graves: En ciertos casos no hay peligro de repetición.

*Delitos cometidos en situaciones excepcionales: Porque casi con seguridad no se volverán a repetir.

*Delincuentes Habituales: A veces no hay posibilidad de resocializarlos.

*Delincuentes por Convicción: Se dificulta la resocialización debido a que para que la misma resulte viable es indispensable la colaboración del delincuente y no cabe su imposición coactiva, no podría aplicársele por la fuerza.

- En el ámbito de individualización de la pena, surgen nuevas objeciones por la imposibilidad de predecir los efectos del tratamiento (si la pena se prolonga hasta que el tratamiento tenga éxito, el condenado queda a merced de la intervención estatal).

Ilegitimidad de la resocialización coactiva:

- El Estado o la sociedad no tienen derecho alguno que les permita readaptar a según las reglas socialmente impuestas, en forma coactiva, al autor de un delito determinado.

- No se puede, además, agotar el sentido de la pena en la readaptación social del condenado y el propósito de evitar la reincidencia.

La razón por la cual la teoría de la prevención especial quedó detenida en su evolución, no logrando superar las críticas apuntadas, se relacionan con su prematuro abandono de los conocimientos de las ciencias sociales y de la investigación empírica para construir las categorías de autor que debían servir de base al sistema.

Teorías de la prevención general:

Tiene origen científico en FEUERBACH, concibe a la pena como una amenaza que por medio de las leyes se dirige a toda la colectividad con el fin de limitar al peligro derivado de la delincuencia latente en su seno. Esta coacción formulada en abstracto se concretiza en la sentencia, cuando el juez refuerza la prevención general al condenar al

autor debido a que por éste acto está anunciando a los demás lo que les ocurrirá si realizan idéntica conducta (por eso, la lógica de éste criterio exige que las penas sean cumplidas, de lo contrario, el fin intimidatorio se ve afectado). Así, en su formulación pura, estas concepciones no se fijan en los efectos que la pena puede surtir sobre el autor mismo, de manera que, "prevención general", significa también evitación de los delitos mediante la producción de efectos sobre la generalidad. Estas teorías suelen ser identificadas con el aspecto intimidatorio de las penas ya que su justificación estará dada por su fin de evitar la comisión de hechos punibles respecto de sus potenciales autores. La prevención general actúa no sólo con la conminación general de penas, sino que adquiere mayor efectividad con su imposición y ejecución. La conminación penal debe intimidar y la ejecución penal debe confirmar la seriedad de la amenaza. Según FOUERBACH; La ejecución de la pena tiene lugar "para que...la amenaza de la ley sea una verdadera amenaza". Esta teoría parece 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 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.

Teoría de la prevención general positiva: La prevención general puede ser entendida de un modo diverso al precedentemente expuesto. Por una parte, puede manifestarse por la vía de la intimidación a los posibles delincuentes (prevención general negativa), y, por la otra, como prevailecimiento o afirmación del derecho a los ojos de la colectividad. Así se adjudica a la pena ya un fin de conservación del orden, o de conservación del derecho, o para fortalecer la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia de la generalidad, o bien reforzar las costumbres sociales y la fidelidad al derecho o como afirmación de la conciencia social de la norma.

5. Algunas objeciones a la teoría de la prevención general

En cuanto al fundamento del "IUS PUNIENDI" - Esta formulación encierra el peligro de su intrínseca debilidad para fundamentar cuándo es legítimo que el Estado use la pena, deja sin resolver la pregunta siguiente; ¿frente a qué supuestos tiene el Estado la facultad de intimidar?. Ello explica su tendencia a favorecer el "terror penal" (como ocurrió en la baja Edad Media con la práctica de

las ejecuciones ejemplares)
- Tampoco aporta datos acerca de ¿cuáles son los comportamientos esperados y cuáles los indeseables?.

En cuanto al límite del "IUS PUNIENDI":
- Podría terminar en una tendencia al terror estatal porque podría conducir a un Derecho Penal más ocupado por su propia eficacia que por servir a todos los ciudadanos.
- No es posible determinar cual es el énfasis punitivo que es necesario aplicar al delincuente para lograr el efecto intimidatorio en el resto del tejido social.

Indemostrabilidad de la coacción psicológica:
- Las suposiciones sobre el efecto intimidatorio de las penas ejemplares sólo pueden pretender el status de una cuestión de fe.
- Es muy difícil verificar cual es el efecto preventivo general de la pena. La idea de que la intensidad de la amenaza es proporcional al efecto preventivo resulta, al menos, dudosa.

Utilización del delincuente para amedrentar a otros hombres:
- El interés público en la evitación de delitos no basta para justificar, respecto del afectado, lo que la pena a él le ocasiona: la garantía de la dignidad humana prohíbe utilizar al hombre como medio para los fines de otros hombres.
- Es impugnable en sí mismo un criterio que utiliza al hombre de esa forma ya que no se lo castiga por su acción sino por comportamientos que se supone que otros hombres pueden realizar, asumiendo sentido la objeción kantiana a que los seres humanos sean manejados como instrumentos para prevenir las intenciones de otros. Las impugnaciones a la teoría de la prevención general tampoco han provocado que el Derecho penal haya podido despojarse totalmente de este punto de vista. Es importante señalar que fueron precisamente ópticas de prevención general las que dieron lugar a uno de los más modernos intentos por fundamentar el sistema penal: partiendo de la concepción de LUHMANN de que el Derecho es instrumento de estabilización social, se ha explicado la denominada "prevención general positiva".

6. Teorías mixtas o de la unión

La polémica entre teorías absolutas y relativas de la pena evidencia que existe más de un fin de la pena ya que ninguna de las mencionadas concepciones agota el fundamento para su explicación. De allí se

derivan teorías de la unión que procuran articular una síntesis entre las doctrinas en pugna. Parten del supuesto realista de que no es posible adoptar una fundamentación desde las formas puras precedentemente señaladas porque ellas ofrecen varios flancos a la crítica. Surgen así teorías pluridimensionales de la pena que 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 hasta aquí analizadas. Los intentos para presentar una fundamentación coherente de la pena, que contemple al mismo tiempo las teorías absolutas y las relativas, son variados. Además, éstas "teorías de la unión" son dominantes en el Derecho penal contemporáneo. Algunos autores señalan que su existencia pone en evidencia una crisis cuya manifestación más evidente es la ausencia de respuestas doctrinarias y legislativas armónicas para justificar el "IUS PUNIENDI" Estatal, "con todas las consecuencias de inseguridad que de allí se derivan". Comúnmente las teorías mixtas le asignan al Derecho Penal la función de protección a la sociedad, sin embargo, tal función no reviste iguales características en todas las teorías. Pueden reconocerse dos grupos de fundamentaciones:

- a. Aquellas que postulan que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa y que los fines de la prevención sólo juegan un papel complementario dentro del marco de la retribución.
- b. Las que sostienen que fundamento de la pena es la defensa de la sociedad, y a la retribución corresponde únicamente la función de límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido.

En ambos casos, la protección de la sociedad es entendida en el sentido de protección de bienes jurídicos y las conminaciones penales se justifican sólo, y siempre, por la necesidad de protección de bienes jurídicos. En algunos exponentes de éstas teorías mixtas, la prevención general se presenta como la forma concreta de protección de bienes jurídicos en virtud de que el fin de protección de bienes jurídicos, por sí solo, no legitima la pena. Se sostiene que el criterio unificador se concreta en la afirmación de que cada concepción tiene influencia diversa según el momento en que se la considere. De modo que el criterio preventivo general es el que más gravita a nivel legislativo, es decir cuando se sanciona la norma que prevé sanción para todo aquel que realice determinado comportamiento. Los puntos de vista retributivo pasarían a primer plano durante el proceso y especialmente en la individualización judicial de la pena, ya que al sentencia debe establecerse considerando preferentemente la gravedad del hecho cometido y la culpabilidad del autor. Pasarían a segundo plano

consideraciones preventivas especiales vinculadas a la personalidad del autor u al pronóstico de reincidencia, limitándose la influencia de la prevención general a una función residual, relacionada con evitar la imposición de una pena tan reducida que suponga efectos contraproducentes para el control social. La teoría de más incidencia durante la ejecución sería la prevención especial en su versión moderna, debido a que el sistema penitenciario debe orientarse al logro de la readaptación social del condenado. En resumen: la teoría de la pena aquí sostenida puede ser resumida de la siguiente manera; la pena sirve a finalidades de prevención especial y general. Es limitada en su monto mediante la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzar esta medida, en tanto esto sea necesario para las necesidades de prevención especial y no se opongan a ello requisitos mínimos de prevención general.