

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
ESCUELA DE POSTGRADO
SECCIÓN DE POSTGRADO DE DERECHO



**LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA
DE LIBERTAD Y FIN DE PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA EN
LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS POR DELITOS CONTRA
EL PATRIMONIO EN LOS JUZGADOS UNIPERSONALES DE LA
PROVINCIA DE TRUJILLO EN EL AÑO 2010.**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE DOCTOR

AUTOR: Ms. CARLOS EDUARDO MERINO SALAZAR

ASESOR: Dr. Víctor Malca Guaylupo



TRUJILLO – PERU

2014

N° de Registro.....

INDICE

1.	Introducción.....	3
1.1.	Antecedentes del Problema.....	8
1.2.	Formulación del problema	8
1.3.	Objetivos.....	9
1.4.	Hipótesis.....	9
1.5.	Justificación.....	10
1.6.	Determinación de variables.....	10
1.7.	Material.....	11
1.8.	Métodos.....	12
1.9.	Técnicas.....	13
1.10.	Instrumentos.....	13
1.11.	Procedimiento.....	14
2.	MARCO TEÓRICO.....	17
2.1.	Estado de la cuestión.....	17
2.2.	Cuestiones Fundamentales.....	22
	a. Concepto de pena.....	22
	b. Fines de la pena.....	25
	c. Función de la pena.....	26
2.3.	Diversos sistemas explicativos del significado y finalidad de la pena.....	29
	2.3.1. Teorías Absolutas.....	31
	2.3.2. Teorías Relativas.....	36
	2.3.2.1. Prevención General	37
	2.3.2.1.1. Prevención General negativa.....	38
	2.3.2.1.2. Prevención General positiva.....	40
	2.3.2.2. Prevención Especial o individual.....	43

2.3.2.2.1.	Prevención especial positiva.....	44
2.3.2.2.2.	Prevención especial negativa.....	45
2.3.3.	Teorías Mixtas o de la Unión.....	45
2.4.	Concepción crítica de la pena.....	47
2.5.	Fundamentos constitucionales de la pena.....	48
2.5.1.	El fundamento Constitucional del Derecho Penal Democrático.....	50
2.5.2.	Aproximación a la función punitiva estatal.....	52
2.5.3.	La orientación teleológica de la Constitución en el sistema penal.....	54
2.5.4.	Principios constitucionales que legitiman la función de la pena dentro de un Estado de Derecho.....	57
a)	Principio de exclusiva Protección de Bienes jurídicos.....	57
b)	Principio de Intervención Mínima.....	59
c)	Principio de Culpabilidad.....	60
d)	Principio de Proporcionalidad.....	61
e)	Principio del Hecho.....	62
f)	Principio de Utilidad de la Intervención Penal.....	62
g)	Principio de Humanidad y Salvaguarda de la Dignidad Humana.....	63
2.5.5.	Precisiones conceptuales para una determinación Constitucional de la pena.....	64
2.5.6.	Fundamentos Político-Constitucionales de la Pena y la Teoría del Delito.....	66
2.5.7.	Función Preventiva de la Pena y Significado de la Norma Penal.....	66
2.6.	Situación actual de la Ejecución de las Penas.....	71
2.7.	La Pena en el Código Penal de 1991.....	71
2.7.1.	Pena Privativa de Libertad.....	72
2.7.2.	Pena de Multa.....	73

DEDICATORIA

A DIOS,

A LA MEMORIA DE MI PADRE JULIÁN,

**AL EJEMPLO VIVO DE INFINITA BONDAD Y
AMOR DE MI MADRE FILOMENA,**

**Y A LAS ROSAS DE MI JARDIN: CLAUDIA,
JESSICA Y “MUÑE”.**

RESUMEN

La presente tesis intitulada “*La suspensión de la Ejecución de la Pena Privativa de Libertad y Fin de Prevención General Positiva en las Sentencias Condenatorias por Delitos contra el Patrimonio en los Juzgados Unipersonales de la provincia de Trujillo en el año 2010*”. Tiene como objetivo determinar cómo la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad afecta el fin de prevención general positiva en las sentencias condenatorias por delitos contra el patrimonio en los Juzgados Unipersonales de la provincia de Trujillo en el año 2010.

Se aborda el problema sobre el modo en que la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad afecta el fin de prevención general positiva, al observarse que existen casos en los que las penas suspendidas se han impuesto sin cumplir los requisitos que exige el Código Penal, en un contexto de generalidad no previsto en la ley, sino al contrario, debiera entenderse un contexto de excepcionalidad, y cómo esto altera el efecto comunicativo que debe cumplir la pena.

Se tomó como material de investigación las sentencias dictadas por los jueces penales de juzgamiento de la provincia de Trujillo, utilizando el método analítico. Se elaboraron diversos instrumentos para el recojo de tales datos, como hojas de registros, fichas y cuadros comparativos. Para el análisis y presentación se utilizaron tablas, obteniendo como resultado que en la mayoría de sentencias no debió suspenderse la ejecución de la pena y que esto afecta de manera importante los efectos comunicativo, de confianza y educativo que cumple la pena.

ABSTRACT

This thesis entitled “*The Suspension of the Execution of imprisonment in order to Generally Positive Prevention in Criminal Conviction for Crimes Against Property in the Criminal Courts of Trujillo in 2010*”. It aims to determine the suspension of execution of imprisonment affects generally positive prevention in conviction, for offenses to property in criminal courts of Trujillo in 2010.-

The problem is addressed on how the suspension of execution of sentence affects generally positive prevention when it have been observed that there are cases in which the suspended sentence did not meet requirements of the penal code, in a context of generality provided by law, but rather, must be understood against a background of exceptional. Finally as this alters the communicative effect must fulfill it.

It was taken as research material judgments of prosecuting criminal judges of Trujillo, using the analytical method. Various instruments were developed to gather data, such as log sheets, specifications and comparative tables. For the analysis and presentation tables were used, resulting in the majority of judgments should not have suspended the execution of sentence and that this significantly affects the effects communicative and educational trust that meets it.

1. INTRODUCCIÓN

La suspensión de la ejecución de la pena es uno de los procedimientos más tradicionales para el cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad de corta o mediana duración. Intercambian la ejecución de la pena privativa de libertad por un período de prueba donde el condenado queda sujeto a un régimen de restricciones o reglas de conducta. Se le conoce en el derecho penal comparado como *condena condicional o suspensión de la ejecución de la pena*. No obstante, no se trata de medidas iguales, ya que “entre ellas cabe identificar diferencias conceptuales y formales, sobre todo en lo que concierne a sus presupuestos y efectos” (Prado, 2010: 247).

La suspensión de la ejecución de la pena también pertenece a lo que García califica como *formas de tratamiento en régimen de libertad*. Su operatividad consiste en suspender la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia condenatoria. De esta manera, pues, el sentenciado no ingresa a un centro carcelario para cumplir la pena fijada por la autoridad judicial, él queda en libertad pero sometido a un régimen de reglas de conducta y a la obligación de no delinquir.

Las **reglas de conducta** son obligaciones o restricciones que el Juez impone al condenado, quien debe de observarlas durante un plazo de tiempo que se expresa en la ley o en la sentencia, y al que se denomina **período de prueba**. La finalidad de este último no es otra cosa que validar el **pronóstico favorable de conducta futura** que justificó la decisión judicial de suspender el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad impuesta. En ese sentido, si el periodo de prueba transcurre y se vence exitosamente, esto es, sin que haya mediado incumplimiento de las reglas de conducta o comisión de un nuevo delito doloso, se da por extinguida la pena y se cancela la condena de los registros judiciales

correspondientes. De allí que por tal efecto extintivo de la pena aplicada al condenado se califique a la medida que estamos analizando como un procedimiento especial de cumplimiento de penas privativas de libertad de corta o mediana duración. Sin embargo, cuando el período de prueba conlleva la realización de infracciones a las reglas de conducta o la comisión de un nuevo delito doloso, su tránsito se suspende para que se apliquen al condenado mayores restricciones o sanciones que pueden determinar la revocación del régimen de suspensión. “En éste último caso el efecto sobreviniente es el cumplimiento efectivo y total de la pena privativa de libertad que se fijó en la sentencia condenatoria y cuya ejecución fue inicialmente suspendida”. (Prado, 2010: 250).

No obstante y pese a la proclamada crisis de la prisión, en el derecho extranjero se suele aceptar con resignación que la pena privativa de libertad es todavía necesaria, y que, por tanto, aún queda cárcel para muchos años más. Sin embargo, la alternativa del presente debe situar a la prisión como *última ratio*, y promover todas las medidas posibles de reduccionismo penal. En ese sentido Baratta, luego de enfatizar el fracaso de la pena privativa de libertad y de los centros penitenciarios, se propone como objetivo mediato su abolición y como objetivo inmediato bloquear en lo posible su aplicación. Según el profesor italiano: “derribar los muros de la cárcel tiene para la nueva criminología el mismo significado pragmático que el derribar los muros del manicomio para la nueva psiquiatría. Múltiples y políticamente diferentes son las fases de acercamiento a este objetivo. Ellas están constituidas por la ampliación de las formas de suspensión condicional y de la libertad condicional, de la introducción de formas de ejecución de la pena de detención en régimen de semi libertad, de los experimentos valerosos y de extensión de sistemas de permisos a una revaluación en todo sentido del trabajo carcelario” (Prado, 2010: 782).

En los últimos años se ha acrecentado la discusión acerca de si la pena cumple en verdad los fines de prevención general, circunstancia que obliga a revisar las condiciones en que los Jueces aplican las facultades establecidas en el artículo 46° del Código Penal. Dicho acrecentamiento viene condicionado, sobre todo, con la ineficacia de las medidas dirigidas a gestionar la seguridad ciudadana que queda en entredicho debido a las nuevas formas de criminalidad violenta (extorsión, robos, marcaje, por ejemplo). La sensación de la sociedad es lo que ha llevado a Silva a calificarla como “*sociedad del miedo*”, y en este sentido sostiene que “la solución a la inseguridad, además, no se busca en su, por así decirlo, clásico “lugar natural” –el Derecho de policía-, sino en el Derecho penal. Así, puede advertirse que, frente a los movimientos sociales clásicos de restricción del Derecho Penal, aparecen cada vez con mayor claridad demandas de una ampliación de la protección penal que ponga fin, al menos nominalmente, a la angustia derivada de la inseguridad. Al plantearse esta demanda, ni siquiera importa que sea preciso modificar las garantías clásicas del Estado de Derecho: al contrario, éstas se ven a veces denostadas como demasiado “rígidas” y se abona su “flexibilización”. A modo de mero ejemplo, valga aludir a la demanda de criminalización en materia medio-ambiental, económico, de corrupción política, en el ámbito sexual (así, el supuesto del acoso sexual o la pornografía infantil), el de la violencia familiar, etc.”. (Silva, 2002:41).

El principal recurso por parte del legislador para fortalecer la confianza, o si se quiere la prevención general es lo que la sociología jurídico-penal ha denominado populismo punitivo para referirse a aquellas tendencias políticas orientadas a ofrecer respuestas “rápidas” y “eficaces” a los problemas de seguridad de una sociedad a través de la ampliación del sistema penal y de un funcionamiento reactivo y represivo de éste como respuesta primordial. El derecho penal forma parte del populismo punitivo,

cuando es utilizado por el Estado para ejercer un control social en su gobernación, ya sea transgrediendo derechos de las personas. La inseguridad ciudadana conlleva a que un Estado retroceda a un Derecho Penal Expansionista, que busca instrumentalizar diversas medidas coercitivas a fin de menguar el índice delincencial y recuperar la confianza de dicha ciudadanía, debiéndose así hacer uso del *ius puniendi* transgrediendo diversos principios. Es así que se usa esta institución como una forma de acción política mediante el cual con el único fin de ganar popularidad y aceptación por parte del pueblo se busca crear una serie de mecanismos de control, delitos, sanciones para ser usados como herramientas de elección, es decir que si un Estado se encuentra en una crisis de inseguridad estos se verán en la posibilidad de elegir a quien imponga medidas más drásticas para los sujetos transgresores de la norma sin importar así que se contravengan los principios regulados por nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia el populismo punitivo viene a ser un instrumento del Estado, herramienta política que se aprovecha del Derecho Penal para gobernar en una nación sin importar los fines y medios que se empleen.

Sin embargo, Binder (1997:35). advierte los peligros de una política criminal autoritaria: *“su característica fundamental consiste en que subordinan completamente los principios de libertad y de igualdad al principio de autoridad; por lo tanto, el alcance de la política criminal, prácticamente, no tiene límites.* Una política criminal que no establece sus propios límites es necesariamente autoritaria. De este tipo de política han existido y existen aún innumerables ejemplos. Todavía es posible –no está suficientemente claro- que Latinoamérica esté marchando nuevamente hacia modelos de política criminal, diferentes de los nacidos en tiempos de dictaduras, pero tan autoritarios como ellos. Hoy en día muchos se preguntan si, tras formas aparentemente democráticas, no se estará filtrando el viejo modelo,

revestido de nuevos conceptos y nuevas palabras (en especial bajo el ropaje de la seguridad ciudadana)”.

Sin embargo la realidad enseña que la costumbre generalizada de aplicar la suspensión de las condenas ha generado las condiciones para que el delincuente común, que la pena en la práctica no se impone y que tras trámites de rigor en la investigación preliminar, a lo sumo pasará 24 horas detenido y asistirá a diligencias a cumplir con ceremonias para luego seguir haciendo uso y abuso de su libertad. Realidad que es percibida negativamente por la sociedad que no entiende de conceptos subjetivos: “fines de la pena”, “resocialización”, “presunción de inocencia” o “Derechos Humanos”. La realidad judicial demuestra que la aplicación suspendida de la pena se ha convertido en la regla general, y la aplicación efectiva en la excepción; ello inevitablemente conduce a afectar el efecto de prevención general positiva legítima de la pena en un Estado Democrático de derecho.

La necesidad de asegurar la correcta aplicación de la suspensión de la pena suspendida ha sido asumida por el Poder Judicial y en ese sentido la Resolución Administrativa N° 321-2011-P-PJ- Circular para la debida aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (08-09-2011), en su Fundamento Jurídico Sexto, establece que: *“Que resulta censurable verificar que, pese a que el Código Penal regula de manera taxativa los presupuestos legales que deben seguirse en la suspensión de la ejecución de la pena, los jueces no aplican de modo adecuado dichas reglas. Es más sólo se basan en un criterio cuantitativo de carácter formal referido a la pena impuesta sin tener en cuenta el pronóstico favorable de conducta del agente. Ello conlleva a que individuos que no tienen el más mínimo reparo en delinquir, que incluso denoten una carrera delictiva, resulten favorecidos con la aplicación de este tipo de medida*

alternativa, propiciando un clima de inseguridad ciudadana y de inadecuada defensa del ordenamiento jurídico.”

Aún cuando la legitimación del derecho penal se encuentre condicionada por su uso en menor medida en un Estado Liberal, ello no obsta a que las instituciones que han sido creadas para asegurar la libertad a través de medidas alternativas a la pena privativa de libertad efectiva deban ser revisadas no sólo desde un plano normativo sino, y fundamentalmente, en su aplicación para asegurar otros fines también legitimantes como el de prevención general positiva.

1.1. Antecedentes del problema

Sobre la problemática en la manera en que la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad afecta el fin de prevención general positiva en las sentencias condenatorias por delitos contra el patrimonio, no se encuentran tesis registradas, por lo que la presente constituye una investigación inédita.

1.2. Formulación del problema

¿De qué manera la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad afecta el fin de prevención general positiva en las sentencias condenatorias por delitos contra el patrimonio en los Juzgados Unipersonales de la provincia de Trujillo en el año 2010?

1.3. Objetivos

Objetivo General

- Determinar cómo la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad afecta el fin de prevención general positiva en las sentencias condenatorias por delitos contra el patrimonio en los Juzgados Unipersonales de la provincia de Trujillo en el año 2010.

Objetivos Específicos

- Determinar la función legítima que debe cumplir la pena en el Estado Constitucional de Derecho.
- Analizar la naturaleza y fundamentos de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Derecho Penal Peruano.
- Identificar los fundamentos invocados por los jueces en la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en las sentencias condenatorias por delitos patrimoniales.
- Analizar si los jueces penales al aplicar la suspensión de la pena privativa de libertad en los delitos patrimoniales toman en cuenta la prevención general positiva.

1.4. Hipótesis:

UNO.-

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad afecta el fin de Prevención General Positiva en las sentencias condenatorias por delitos contra el patrimonio en los Juzgados Unipersonales de la provincia de Trujillo en el año 2010.-

DOS.-

La Prevención General Positiva como finalidad de la Pena, se constituye en el fundamento filosófico que logra en mayor y mejor grado el objetivo de la estabilidad jurídica en un Estado Constitucional de Derecho; y ésta es afectada por la generalización e inmotivada aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena.-

1.5.- Justificación

La relevancia teórica de la presente investigación estriba en el análisis del impacto de la aplicación de la pena suspendida en la sociedad y el efecto meramente simbólico que trasciende y afecta no sólo la imagen de la justicia penal en el Perú, sino también su credibilidad.

La utilidad práctica radica en que se establecerán criterios para una aplicación excepcional de la pena suspendida en los casos concretos de acuerdo a la entidad del injusto a que se trate cada situación particular.

Los beneficiarios son los Jueces penales quienes a partir de los resultados de ésta investigación contarán con mejores criterios para la fundamentación y determinación judicial de la pena.

1.6.- Determinación de variables:

Variable Independiente.-

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Variable Dependiente

Afecta la prevención general positiva en las sentencias condenatorias por delitos contra el patrimonio en los Juzgados Unipersonales de la provincia de Trujillo en el año 2010.

1.7. Material

1.7.1. Fuente de la Investigación

Se hizo uso de expedientes judiciales de los juzgados penales de Juzgamiento Unipersonales de Trujillo; específicamente de las sentencias.

1.7.2. Material de investigación:

Expedientes judiciales, libros, revistas especializadas, Código Penal, código procesal penal, Internet, jurisprudencias.

1.7.3. Material de Estudio

1.7.3.1. Universo

Las sentencias condenatorias expedidas por los juzgados especializados penales del Perú.

1.7.3.2. Población

Conformada por 115 sentencias condenatorias expedidas por los Juzgados de Juzgamiento Unipersonales de la Provincia de Trujillo en el año 2010.

1.7.3.2. Muestra

Dada la cantidad de sentencias se trabajará con la población.

1.8. Métodos

En la presente investigación se utilizaron los siguientes métodos:

- **Método Exegético**

Aplicado en interpretar los dispositivos legales vigentes que establecen los fines de la pena en el ordenamiento jurídico penal peruano. Así se analizaron los artículos 45°, 45-A, y 57° del Código Penal. De la misma manera para entender la institución de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, se recurrió a la doctrina nacional y extranjera.

- **Analítico**

De las sentencias analizadas se obtuvo información acerca de los criterios empleados por los Jueces en la fundamentación de la suspensión de la ejecución de la pena en concreto como el Principio de legitimidad, de Lesividad, de Culpabilidad, o sencillamente no existía fundamentación, elaborándose para ello la Guía de Observación.

- **Deductivo:**

Partiendo de los fines que la pena debe cumplir en el ordenamiento jurídico nacional se establece si los mismos se cumplen en la realidad social peruana a partir de los datos obtenidos del análisis de los fundamentos invocados en las sentencias, en la discusión de resultados.

- **Inductivo:**

Para lograr explicaciones o conocimientos generalizables, partiendo de lo específico: criterios utilizados en la fundamentación de la pena

en las sentencias analizadas permitiendo establecer si se afectó el fin de Prevención General Positiva.

- **Dogmático Jurídico**

Para interpretar las normas previstas en el Código Penal referidas a la aplicación, suspensión y fines de la pena.

1.9. Técnicas.

- **Fichaje**

Se emplearon fichas textuales, de resumen, de paráfrasis y combinadas para el almacenamiento de las diversas fuentes bibliográficas necesarias para la investigación, usado para la elaboración del marco teórico, los antecedentes de la investigación, el planteamiento de la hipótesis del estudio científico, como también para reunir la información necesaria para el desarrollo de la investigación.

1.10. Instrumento:

- **Guía de Fichaje**

Analizada la bibliografía se elaboraron las fichas de investigación bibliográfica respecto a los fines de la pena y sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

1.11. Procedimiento.

A.- Diseño de investigación.-

El diseño es de descripción simple; cuyo empleo es para describir características de la realidad normativa y cuya representación gráfica es como sigue:



Donde:

M = Representa la muestra (de las sentencias condenatorias por delitos patrimoniales dictadas con ejecución de pena privativa de libertad por los Juzgados de Juzgamiento Unipersonal de Trujillo durante el año 2010).

O = Representa lo que observamos (pena privativa de libertad suspendida, fundamentos de aplicación, gravedad del hecho, principio de culpabilidad).

B.- Procedimiento de recolección de información

Primer paso.- Revisar la bibliografía existente en la Universidad.

Segundo paso.- Visitar las universidades locales y realizar las investigaciones.

Tercer paso.- Solicitar el permiso correspondiente, con el fin de tener acceso a las bibliotecas particulares y revisar las investigaciones respectivas.

Cuarto paso.- Ingresar a Internet y visitar las páginas web sobre el tema investigado.

Quinto paso.- Solicitar el permiso a la Administración de la Corte Superior de Justicia de La Libertad para acceder a las estadísticas y legajos de sentencias del Juzgado de Juzgamiento Unipersonal de la provincia de Trujillo de la Corte Superior de Justicia de La Libertad..

Sexto paso.- Analizar la información obtenida – bibliográfica y las sentencias- y contrastar nuestra hipótesis con la misma, a través del vaciado de resultados en cuadros estadísticos acerca de los fundamentos empleados por los jueces al suspender la pena en delitos patrimoniales.

Sétimo paso.- Análisis de los resultados, elaborando inferencias a partir de los cuadros elaborados y contrastando con las teorías que explican el fin de prevención general positiva así como la naturaleza de la suspensión de la pena.

C.- Diseño, procesamiento y análisis de datos.

1. Cuadros y gráficos: Para analizar la frecuencia con la que se imponen sentencias condenatorias con pena suspendida, y los criterios

empleados para fundamentar su imposición. Asimismo para verificar el efecto en la prevención general positiva la incorrecta aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. Estado de la cuestión

Delito y pena son dos elementos consustanciales del Derecho Penal. Comúnmente, se expresa en la doctrina penal la existencia de una ecuación lógica entre delito y pena: *la realización de un delito acarrea la aplicación de una pena y para la aplicación de una pena se requiere la comisión de un delito*. Ahora, el estudio y análisis del delito se realiza por medio de la *teoría de la imputación o hecho punible*, en cambio, la *teoría de la pena*, tiene por objeto analizar, sistematizar, legitimar y fundamentar la pena como la principal consecuencia jurídica del delito.

En este sentido, resulta fundamental, saber el significado *¿Por qué el Estado tiene que imponer una pena frente a un delito?* Y su finalidad *¿Cuál es el fin al imponerla?*, definitivamente, esto refleja el valor esencial y contenido de la *teoría de la pena*, constituyéndose en su núcleo duro; dado que la pena se fundamenta por su necesario empleo y se legitima o justifica por sus fines. Desde esta perspectiva, indagar sobre la facultad punitiva del Estado (*Ius Puniendi*), (Luzón, 1996: 61) en la aplicación de penas como medio de control social, al que el Estado recurre como *última ratio* para garantizar el orden social, evidencia lo importante que es deslindar o definir la función o misión que desempeña en la sociedad. La aplicación de la pena, caracterizada por su contundencia frente a los otros medios de control social u otros tipos de sanciones jurídicas, es en buena medida la carta de presentación del Derecho Penal, en efecto, su legitimación dependerá en gran medida de la justificación y razonable aplicación de la sanción penal. (Alcacer, 2004: 51). Por ende, “debido a la trascendencia de la pena en el sistema jurídico penal y las repercusiones negativas a las que podría conllevar su incorrecta aplicación en los casos concretos, de tal modo que se desnaturalizaría, toda la estructura del Derecho Penal” (Beristain, 1982:82).

Con respecto a los diversos fundamentos de la pena, estos se han encaminado a conflictos que originan diversas interrogantes, contrariedades y críticas que serán explicadas posteriormente. Sin embargo, prima la observancia en cuanto a la legitimación de la pena y su aspecto fáctico en las relaciones sociales de las personas para erradicar el terrible mal que acecha a la dogmática penal, ese distanciamiento que puede haber entre lo teórico y la *praxis*. (Hassemer, 2003:13). Asimismo enfocar la forma por la cual mantiene el orden social reaccionando frente al delito que lesiona no sólo al individuo sino a cada uno de los miembros de la sociedad. (Rousseau, 2005:41). Bajo este razonamiento, es de advertir, que – la pena – depende de diversas coordenadas fundamentales para su entendimiento y aplicación. La pena no se agota en un problema estrictamente penal, pues para su comprensión se debe buscar sus raíces en la idea que se tiene sobre Sociedad, Persona y Estado.

La presente investigación intentará explicar por qué hoy en día no existe unanimidad tanto en la doctrina como en la práctica judicial acerca de los fines que debe perseguir la pena dentro de un Estado de Derecho, en donde, mediante el uso del Derecho penal, se pretende proteger bienes jurídicos a través de la conminación penal – amenaza al colectivo –, de esta manera sustentaremos a partir de la finalidad del Derecho penal, aquellos objetivos específicos, entre ellos, el más importante, como es el de control de cierta medida de perpetración de delitos (*estandarización de los comportamientos*), y en base a ello, posibilitar la vida en comunidad, siguiendo una perspectiva acorde con la moderna evolución de las categorías normativas del Derecho penal, arribaremos a una dura encrucijada al tener frente a nuestra investigación, dos escenarios por definir: primero, es que si optamos por dar absoluta preponderancia a un Derecho Penal rígido, convertiríamos a éste en un arsenal normativo de defensa social autoritaria, que podría relajar de manera desproporcionada las garantías constitucionales y restringir fundamentalmente libertades dentro de un proceso penal; evidentemente estaríamos frente a una política

criminal autoritaria; y, segundo, tenemos un Derecho Penal liberal, en donde se otorga exclusiva protección al ser humano.

Sin embargo, en épocas como la actual, en donde el fenómeno delictivo – específicamente el de la criminalidad organizada- avanza en las sociedades modernas a un ritmo desenfrenado, éste segundo enfoque podría instrumentalizarse y se pueden generar supuestos de impunidad, en aras de afirmar un garantismo extremo, llegándose a imponer respuestas jurídico – penales simbólicas, en supuestos donde se exigiría por razones de legalidad y política criminal, una respuesta más dura, proporcional al hecho delictivo, y de esta manera finalmente, se terminaría deslegitimando la real naturaleza de la función de la pena, la cual desde la posición normativa que asumimos, entendemos que debe buscar la afirmación del Derecho en un Estado social y democrático, o en palabras de Kauffmann, “fomentar una actitud de respeto hacia el Derecho” (Villavicencio, 2006:56). Finalmente mediante el análisis de material jurisprudencial, demostraremos de qué manera se afecta la prevención general positiva, en la resolución de casos penales por parte de la labor jurisdiccional en aquellos casos en donde en función a la lesividad del hecho punible, se debería aplicar una pena efectiva y termina invirtiéndose la solución aplicándose penas suspendidas, situación que denota indefectiblemente nuestro interés académico por sustentar criterios que otorguen relevancia a la función y naturaleza de la prevención general positiva. Se constituirá como aquel instrumento que se dirige a la colectividad y busca producir en ella la fidelidad y el interés hacia la fuerza y la eficacia de la pena hallada en la sentencia; por ende, se lograría que la ciudadanía crea en sus instituciones, esta forma de prevención, entendiéndola desde un punto de vista funcional – sistémico, cumpliría una función comunicativa de los valores jurídicos más importantes motivando a la ciudadanía, no a través del miedo, sino a través del Derecho, y de este modo se eliminaría el impacto negativo que genera la aplicación de la pena suspendida – *la cual en la práctica judicial, se va convirtiendo poco a poco en regla* –, y el efecto meramente simbólico que

se proyecta a los justiciables, lo que conduce inevitablemente a que se ponga en tela de juicio el efecto de la prevención general positiva legitimante de la pena, y en general la imagen de la justicia penal en un Estado de Derecho.

Siguiendo al profesor italiano Ferrajoli (1995:321). Quien señala como presupuesto de cualquier investigación correspondiente a este tema, que la pregunta ¿Por qué castigar?, puede ser entendida de dos maneras:

“a) La primera manera de entender es refiriéndose a la interrogante sobre él porqué existe la pena o también porqué se castiga. Este <<porqué>> hace alusión exclusivamente a un problema científico empírico, por lo tanto, las respuestas serán en forma de proposiciones verificables y falsificables, en pocas palabras, o bien son verdaderas o falsas. Por ejemplo: La pena existe o se utiliza para castigar comportamientos para reducir las tasas de delincuencia, resocializar, rehabilitar al delincuente, etc.

b) La segunda manera de entender el <<porqué>>, es cuando se hace alusión al porqué se debe penar o bien al porqué se debe castigar. Ahora ya no se está frente a un problema de corte científico, sino uno de filosofía moral o política; por ende las respuestas serán de corte ético-político, formuladas de manera normativa, las cuales sin llegar a alcanzar ser verdaderas o falsas, sí pueden ser aceptables o inaceptables desde un prisma axiológico. Por ejemplo: se debe penar o se debe castigar los comportamientos para confirmar los valores que la sociedad revela para un mejor entendimiento de sus contactos”.

Sobre esto último, es menester poder diferenciar cuando se plantea o en todo caso, cuando se formula una pregunta con respecto a la pena en un nivel empírico, es decir, tanto el problema como sus respuestas se hallan en el contexto del mundo real, o ante un nivel filosófico, donde no sólo es necesario observar el mundo sensorial para encontrar satisfacción a

nuestras inquietudes, sino hay que ingresar en el mundo de los valores que se representan los integrantes de la sociedad.

Como punto de partida, señalaremos que nuestras premisas con respecto a la pena, parten desde una concepción normativa o de base funcionalista, en este sentido, consideramos que el Derecho –Derecho penal en particular– es parte de la sociedad, es decir, nace y se fundamenta socialmente, de ahí que sea una estructura social, pues forma parte de aquella. Pero el Derecho –y menos de Derecho penal– puede ser explicado sólo de manera orgánica (estructural), sino atendiendo a sus funciones. *¿Cómo el Derecho Penal presta esa función? ¿Cómo satisface aquellas exigencias de mantener el sistema o las relaciones en equilibrio?*

Tal como hemos sostenido la pena es la carta de presentación del Derecho Penal y es el instrumento que mejor puede expresar los contenidos y dimensiones objetivas del Derecho penal, pues aquella no es más su legítimo fruto. De ello se desprende que la misión del Derecho Penal, estará presente en la pena, ésta no tiene otra misión que confirmar tal contenido. Ahora bien, hay que preguntarse *¿Cuál es el contenido que la pena recoge para coadyuvar a la funcionalidad de la sociedad?* Si pretendemos explicar esto desde una perspectiva funcionalista, debe considerarse que el profesor alemán JAKOBS, no ha sido del todo claro para poder cubrir la interrogante en su totalidad, debido a la fuerte influencia “luhmanniana” de la que adolece sus postulados; es decir, por dejar de lado el marco institucional (contexto social, político y normativo) de una determinada sociedad y haberle dado mayor énfasis a la descripción de los procesos comunicativos de la sociedad; por ejemplo: La pena confirma la vigencia de la norma, como se diría coloquialmente <<volver todo a como era antes>>. Pero las preguntas *¿Qué confirmamos? ¿Sólo el que los ciudadanos vuelvan a confiar en la vigencia de las expectativas que fueron defraudadas? ¿O valores y principios que configuran una determinada sociedad?*, estas interrogantes no pueden ser respondidas desde una teoría que solo atiende

a la descripción de las funciones: la pena es confirmación de las expectativas defraudadas (legitimidad externa), pero no a cuál es el sentido y finalidad de esa confirmación, en un ordenamiento jurídico en concreto (legitimidad interna). En base a la primera tesis, la de confirmación de la norma –prevención general positiva–, girará este trabajo, tratando de fundamentar su desnaturalización a partir de la aplicación injustificada de las penas suspendidas en la resolución de casos concretos.

2.2. Cuestiones Fundamentales

a. Concepto de Pena

La complejidad teórica, que expresa definir <<la pena>> y con ella el Derecho penal, no ha permitido hasta la actualidad sintetizar en una fórmula conceptual convincente la dimensión formal, ideal y, sobretodo, real de la pena, pues concordando con el profesor Prado (2010: 34), “los códigos penales modernos, a diferencia de lo ocurrido con los textos legales del pasado, ya no describen normativamente el significado de pena”. Es por ello que sólo dejando de manera explícita cual es el contenido de pena, es posible comenzar a trabajar sobre la trascendencia de sus alcances como instrumento que materializa los fines del Derecho Penal. Así, antes de preguntarse para qué sirve la pena es preciso aclarar qué se entiende por pena. A pesar de que esto es conocido por muchos, lamentablemente entran en confusión al momento de definirlos, pues el concepto y la finalidad de la pena responden a construcciones y elaboraciones dogmáticas y filosóficas distintas. En pocas palabras, como señala Feijoo (2007: 41) “el concepto de pena tiene que ver con lo que la pena posee duradero o de constante, mientras que los fines de la pena son fluidos, variables y ligados a las circunstancias históricas”.

Tradicionalmente, la doctrina mayoritaria ha venido definiendo a la pena como un mal, pues constituye una limitación y/o privación de nuestros

derechos. A pesar de que se busque con la pena intimidar a la colectividad, resocializar al delincuente o confirmar las expectativas y por ende, que la identidad normativa siga vigente. Por lo tanto, a efectos de poder entender el concepto de pena, no debemos apoyarnos en las finalidades o justificaciones de esta, sino en aquello que la identifica en cualquier contexto histórico. La pena, aunque sea entendida como comunicación (enfoque funcional) o como desaprobación (enfoque instrumental), es en abstracto, comunicación o desaprobación mediante ejercicio de la violencia. Sin embargo, debemos tener muy en cuenta, que la pena no es cualquier mal, muy por el contrario, es un mal impuesto por los órganos jurisdiccionales competentes. (Mapelli, 1991: 29).

Esto queda plasmado, como bien lo señala la Constitución española en su artículo 3, inciso 1:

<<No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el juez o Tribunal competente, de acuerdo a las leyes procesales>>.

Esta última afirmación, aclara que el concepto de pena se va perfilando hacia una definición estatal, y por ello responde a que el Derecho penal de hoy, es en esencia, Derecho Público, y por lo tanto, la pena no es más que una expresión estatal. Quedan superadas las etapas de la venganza privada y la composición (Diez, 2003: 43). Épocas, en donde la discrecionalidad y el famoso “*bellum ómnium contra omnes*” caracterizaban principalmente aquellas; talvez a nivel de relaciones entre los individuos tengan alguna relevancia, pero no en las relaciones de un Estado Social y Democrático de Derecho con sus ciudadanos, por ello un concepto extensivo de pena no conduce a una correcta salida, sólo debe ser entendida como aquella impuesta por el Estado en un proceso

formalizado. A decir del profesor Bockenforde (2004: 438) “fuera del Estado no existe Derecho Penal alguno”.

Sin embargo, conformarnos con una definición de pena como “un mal impuesto por el Estado en un proceso público a través de órganos competentes”, tan solo ayudaría a precisar una definición de sanción, mas no de pena. El elemento distinto frente a otras sanciones es su carácter “retributivo”. La pena es retribución (Bockenforde, 2004: 455), en un sentido funcional, ésta retribución no se equipara a la vieja práctica absolutista de la ley del Talión, sino que el proceso de retribución por el ilícito cometido, se debe entender en un lenguaje normativo – comunicativo. *(En este sentido, cuando se habla de pena como retribución, se trata de entender erradamente a la pena como sufrimiento, dolor y aflicción a la persona humana. Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de Julio de 2005. Exp. 0019-2005-PI/TC, Fundamento 37. Para evitar estas posiciones que resultan contradictorias, se tiene que entender la pena, desde un punto de vista normativo, y no meramente empírico).* Entendido así, consideramos que la pena conceptualmente, es un mal que se atribuye por intermedio de una instancia competente a una persona, como reacción o consecuencia ante un comportamiento desaprobado o reprochable de esa misma persona, es por ello, que la pena tiene como presupuesto necesario una infracción penal culpable. Estas afirmaciones – creemos- encuentran también un respaldo en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: “*castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta*”, pues toma en cuenta la conexión que debe existir entre la pena y el delito (carácter retributivo).

En conclusión, la pena, es <<*Un mal que se atribuye por intermedio de una instancia competente a una persona, como reacción o consecuencia ante un comportamiento desaprobado o reprochable de esa misma persona*>>.

b. Fines de la Pena

La historia ha demostrado que las teorías de la pena, se legitimaban desde ciertos fines, es decir, podían obtener el título de pena, porque servían para algo: alcanzar la justicia (Kant), confirmar el Derecho (Hegel), intimidar a la colectividad (Feurbach), resocializar al delincuente (Von Lizst), para la fundición de este último (Roxin), confirmación de las expectativas vigentes para afirmar la identidad normativa de la sociedad y los contactos se pueden seguir orientando (Jakobs – Lesch).

Ahora bien: ¿Cuál es el fin legitimante de la pena en nuestra sociedad? Creemos que la legitimidad de la pena –Derecho Penal– depende, del orden constitucional al que sirve en atención a los valores que ésta se represente, y no puede ser más legítimo el Derecho Penal que el sistema al que sirve (Feijoo, 1997: 27). Lo que hace legítimo a un sistema es si la “normatividad” encarna de manera fiel los valores de aquel. En este sentido, Feijoo (1997:54), señala que “Si bien es cierto que la teoría de los fines de la pena solo puede ser analizada como un apartado de la teoría del Estado y que el concreto orden normativo–social de referencia la condiciona, sin lugar a dudas, el papel del Derecho Penal, desde una perspectiva jurídica no puede discutir la legitimidad del Estado o del sistema social de referencia”.

Queda claro, después de todo lo mencionado, que el fin de la pena, es (o son) los efectos buscados por el Derecho Penal, sin embargo, es una orientación que nunca se consigue plenamente, pero encarna un programa normativo sobre la pena como instrumento de retribución. Ahora vale preguntarse ¿Cuál es ese fin buscado por el Derecho Penal? ¿Por qué este fin no es conseguido de manera plena? Bajo estas premisas, sostenemos que el fin de la pena es el impedir la desintegración social, pues a través de ella (la pena), se consigue dicho efecto (no desintegración de la sociedad) mediante una estabilización de las normas de convivencia.

Entendido cual es el fin o sentido de la pena como criterio legitimante del Derecho Penal, queda por responder otra interrogante ¿Por qué este fin no es conseguido plenamente? Consideramos que el fin propuesto no es alcanzable de manera plena, pues la misma existencia de tal institución “la pena” demuestra que el evitar tal fin no será colmado en su totalidad, tal es así, que debemos entender que la intervención de la pena no es para <<erradicar>> la delincuencia, o evitar lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos, sino para posibilitar mínimamente los ámbitos de libertad de los ciudadanos, otorgarles la suficiente confianza (normativa y no psicológica) en sus procesos de orientación y comunicación, estabilizando las mínimas normas de convivencia. La lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, las tasas de mayor o menor delincuencia siempre estarán presentes, es por ello que la pena, se erigirá como el principal instrumento para garantizar un ambiente de interacción, en donde se materialice la mínima convivencia en condiciones (pues lesiones y puestas en peligro de bienes jurídicos, tasas muy altas o muy bajas de delincuencia, existirán) que no lleven a una desintegración social.

c. Función de la pena

La función de la pena es la contraparte necesaria de la determinación del objeto de protección del sistema penal, pues la pena es la principal forma a través de la cual el ordenamiento jurídico reacciona para cumplir el objeto para el cual ha sido creado dentro de este subsector.

Desde una particular óptica normativa, la función de la pena, puede ser analizada a un doble nivel. En primer lugar, la función principal de la pena no puede ser otra que la confirmación de la vigencia de la norma que ha sido defraudada. Algo de este planteamiento, aunque con claros matices idealistas, puede observarse en el planteamiento de la teoría de la pena de HEGEL, para quien el delito era la manifestación de la voluntad

individual del delincuente (tesis), que expresaba que el ordenamiento jurídico no se encontraba vigente, siendo la pena el medio por el cual la voluntad general de la sociedad contradecía dicha voluntad individual (antítesis); el resultado de la aplicación de la pena la reestabilización de la voluntad general (síntesis), al igual que en el pensamiento Hegeliano, el profesor Jakobs, considera que la función de la pena se da en un plano estrictamente comunicativo, siendo la función manifiesta de la misma, el comunicar al resto de personas en la sociedad que la expectativa normativa se encuentra aún vigente (Jakobs, 2006: 176).

Entonces, la función de la pena, debe informar todo el sistema penal, de manera tal que, de una u otra manera, tiene que influir en su operatividad. Tanto la previsión legal de la pena, como su imposición judicial y ejecución deben tener como punto de partida la función que la sanción penal cumple. En el plano legislativo, la determinación de la función de la pena permitiría, en primer lugar, hacer un juicio crítico sobre la legitimidad de la pena legalmente establecida. Una pena que no se ajuste a su función, no podrá aceptarse aunque se encuentre prevista en la ley. Así, por ejemplo, si la función de la pena es la sola retribución, resultará legítimo castigar a una persona por la comisión de un delito aunque en el momento de la sentencia este delito se encuentre despenalizado, lo cual desde la lógica de la prevención general resultaría claramente improcedente. Pero, además, la función de la pena es también relevante para discutir los marcos penales previstos en la ley, en la medida que si se entiende, por ejemplo, que la función de la pena es la resocialización, difícilmente podrán considerarse legítimas penas privativas de libertad como la cadena perpetua que niegan la posibilidad de reinserción social del condenado.

La misma relación de coherencia con la función de la pena debe observarse en su imposición judicial. Así, por ejemplo, en una concepción retributiva de la pena, la pena adecuada al hecho solamente será aquella que se corresponda con la culpabilidad del autor, sin importar si con ello

se contribuye o no a la prevención general o a la resocialización del delincuente. Por el contrario, en una visión preventivo-general de la pena, el juez se guiará por los fines de intimidación, imponiendo la pena como confirmación de la amenaza penal y dejando de lado, en principio, consideraciones referidas a la culpabilidad del autor. Por el contrario, si el criterio rector del juez fuese la resocialización del reo, entonces podría encontrar legitimidad la aplicación de una pena indeterminada que sólo terminaría si es que se cumple la finalidad de una efectiva resocialización del reo.

La fase de ejecución de la pena tampoco es ajena a la determinación de la función que cumple la pena. Muchos aspectos de la ejecución penal dependerán de dicha determinación. Así, por ejemplo, las medidas alternativas a la pena privativa de la libertad de corta duración sólo podrían explicarse desde la perspectiva resocializadora de la pena (o, para ser más exactos, no desocializadora), ya que el hecho de evitar que el condenado vaya a prisión por poco tiempo se sustentaría en impedir el efecto de una desocialización carcelaria. Por el contrario, estas medidas alternativas, así como diversos beneficios penitenciarios como la liberación condicional, la redención de penas por trabajo o incluso la semilibertad no podrían tener aceptación en una visión retributiva de la pena, pues el condenado tendría que cumplir siempre la pena que se le ha impuesto judicialmente. Desde esta comprensión de la pena, el delincuente no podría ser exonerado del cumplimiento de pena impuesta sin afectar el valor Justicia.

En tal sentido, entendemos como función de la pena, a decir de Lesch (1999: 49), “la pena sirve para la estabilización de expectativas, expectativas que se pueden abrigar en la vida en sociedad, estas, en caso de defraudación, no debe decaer, sino que pueden mantenerse contrafácticamente”. De este modo, resultaría contraproducente poder concebir una teoría de la pena, que no tenga definida su función, y esta va

a estar delimitada en relación a los fines que desea alcanzar en sociedad, como es el respeto por el orden jurídico impuesto, como otorgamiento de seguridad cognitiva para el correcto funcionamiento social.

2.3. Diversos sistemas explicativos del significado y finalidad de la pena

Los diversos sistemas explicativos de la pena no son otra cosa que la explicación de la evolución de la teoría de la pena en el discurrir histórico del Derecho penal, desde luego, obedeciendo un punto de referencia tanto de conformación y comprensión del momento histórico – cultural de una determinada sociedad y de una concreta forma de Estado. No le falta razón, al profesor español, García (2002: 230), cuando señala que “Es incorrecto examinar las diversas teorías y concepciones de la pena y del *ius puniendi* al margen del contexto histórico en el que tales fenómenos deben encuadrarse, de sus coordenadas históricas”. “La concepción que integre el marco espiritual de cada momento histórico, perfilan y matizan los contornos del fenómeno pena”. En el mismo sentido, agrega Feijóo (2007: 2) “Cada una de las teorías que han marcado hitos en esta evolución es siempre fruto de un determinado contexto cultural, histórico, social y político, y que las variaciones en las concepciones sobre la pena van siempre acompañadas de cambios sociales y políticos”. Conviene así pues, siempre conocer la historia de toda institución, pues la importancia histórica se revela como especialmente indispensable al abordar cualquier tema, toda vez que el presente no se entiende sin el pasado, el pasado revive en el presente. (Del Vecchio, 1991: 1). Es por ello, que en este apartado, existe la imperiosa necesidad de poder explicar la evolución de la teoría de la pena, y enfocar a aquella como la característica tradicional y principal del Derecho penal, pues aquella será necesaria cuando el autor produzca un delito, por lo que se generará una disminución de sus

derechos, y por ende la pena, compensará el mal que se ha causado. En realidad, toda concepción de la pena, es necesariamente, una concepción del Derecho Penal, de su función y del modo de cumplir esa función. Por ello, cualquier rol que señale el Estado para la pena, lo señala también para el Derecho penal. Entonces, existe una estrecha relación entre las funciones del Derecho penal y la teoría de la pena. Bajo esta lógica, toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el Derecho Penal.

Tal es así, que conviene recordar otra vez, que toda la historia de las teorías penales es una historia universal del Derecho Penal. (Villavicencio, 2006: 45). En el siglo XVIII, la obra del jurista italiano, el marqués Cesare Bonesana Beccaria, "*De los delitos y las penas*", marcó el inicio de las teorías modernas de las penas, las cuales con su evolución han considerado a estas, como instrumentos cuya principal finalidad es la reforma o reinserción del delincuente a la sociedad. En la obra de Beccaria, se afirmaba que la pena a asignarse a cada delito debía ser lo suficientemente dura como para que la persona la valorara, en relación con las ventajas que el delito le pudiera reportar, pero no más. Siendo así, Beccaria, fue el primero en mostrarse partidario de la no imposición de penas crueles e injustas. (Beristin, 1974: 65).

Conforme fue avanzando el estudio del delito y sus consecuencias, se entendió que la sanción a imponer debía tener en consideración determinadas circunstancias atenuantes, los diferentes grados de participación y las causas eximentes de responsabilidad. A la par que se daban estas nuevas nociones, también los estados empezaron a implementar su aparato judicial y sistema penitenciario, pues sólo así se podía hacer viable la adopción de aquellos conceptos con su realidad, surgiendo los tribunales de menores y reformatorios, las nociones de libertad condicional y libertad vigilada. De este modo, podemos verificar que la evolución tanto práctica como conceptual de la pena, se ha debido

al desarrollo, por parte de la sociedad. Todo esto, podemos resumirlo en palabras de Feijoo (2002: 332). Sin lugar a dudas, no es una labor académica sencilla, el poder estar de acuerdo con los distintos enfoques expuestos por los especialistas sobre la pena, y en el ámbito de la labor dogmática, se aprecia que prevalece aún la voluntad de justificar la acción punitiva en vez de debatir sobre lo que ella implica como idea o realidad. Deviene así, en un obligado objetivo didáctico, tener que esbozar referencias a las teorías a las cuales identificamos como, teorías sobre los fines de la pena, de esta manera, se señalara la posición que maneja cada una de estas teorías respecto a la pena.

2.3.1. Teorías Absolutas

En estas teorías, la pena necesaria será aquella que produzca al autor de un delito, una disminución de sus derechos, la cual compensaría el mal que ha causado libremente. Es evidente, que los defensores de esta teoría no consideran a la pena como un medio para fines ulteriores, puesto que parten de la existencia de verdades o valores absolutos, considerando así que el sentido y fundamento de la pena es solo la justicia (Villavicencio, 2006: 47). Es “absoluta”, pues el sentido de la pena es independiente de su efecto social, es decir, se suelta de este efecto. La más moderna concepción de este tipo de teorías, es aquella que se encuentra en su expresión retribucionista, denominada también *Teoría de justa retribución*, su desarrollo filosófico se debe al idealismo alemán, que fuera desarrollado por Kant, quien consideraba que la pena “debe ser” aún cuando el Estado o la sociedad no existan (*ley penal como imperativo categórico*). Por su parte Hegel, concibió al delito como la negación del Derecho, por lo tanto, la pena, consecuentemente vendría a ser la negación de la negación –anulación del delito–, y el restablecimiento del derecho (*el delito como negación del Derecho y la pena como negación de la negación*). Por lo tanto, la superación del delito es el castigo. Ambos

filósofos, reconocen como fin de la pena, la intimidación, mas no le otorgan una finalidad de prevención.

El profesor español, Mir (1982:134), señala que la justa retribución, forma parte de las concepciones absolutas, toda vez que sus partidarios señalan que el sentido de la pena, radica en que la culpabilidad del autor debe ser compensada mediante la imposición de un mal penal. Del mismo parecer, crítico con las teorías absolutas es Roxín (1997: 81), quien explica “la teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de un fin socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuya, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del talión: “ojo por ojo, diente por diente”.

Por ende, se encuentra en la doctrina, un rechazo a las teorías absolutas de la pena, en la medida que la existencia del Derecho Penal depende de la existencia de la sociedad, de manera que resulta imposible imaginar un Derecho Penal desligado de su utilidad social. Si bien las teorías de la retribución pueden dar un criterio de referencia para la pena (culpabilidad), presuponen la necesidad de pena, por lo que no se encontrarían en posibilidad de explicar cuándo se tiene que penar. (Roxín, 1976: 180). La necesidad de pena sólo podría determinarse atendiendo a los requerimientos del concreto sistema social. Al tener el Estado como presupuesto ideológico, la teoría del contrato social, su actividad en materia jurídico-penal ha de reducirse a evitar la lucha entre los individuos agrupados bajo la idea del consenso social. De este modo, el individuo que contrariaba ese contrato social era calificado como traidor, en la medida en que con su actitud no cumple con el compromiso de conservar la correcta organización social, producto de la libertad natural u originaria, lo que le conduce a no ser considerado más como parte de ese conglomerado social, sino como un rebelde (Bustos, 1984: 180) al que se puede retribuir su culpabilidad con una pena.

En concordancia con este esquema retribucionista, la pena tiene asignada una difícil labor, que es, realizar la justicia. El fin que reconoce la pena es el de realizar la justicia y no otro. La culpabilidad del autor debe ser compensada con la imposición de un mal que es la pena (Roxín, 1976: 12) y el fundamento de la sanción estatal se halla en el cuestionable libre albedrío, entendido como la capacidad de decisión del hombre para distinguir entre lo justo y lo injusto.

Mediante la imposición de la pena absoluta no cabe imaginarse ningún otro fin que no sea única y exclusivamente alcanzar la justicia. La pena es un fin de sí misma. Según, los partidarios de esta teoría, con la aplicación de la pena se consigue la realización de la justicia, la cual exige, frente al mal causado por un individuo, un castigo que compense tal mal y retribuya al mismo tiempo a su autor. Se castiga *quia peccatur est*, esto es, porque se ha delinquido, lo que equivale a decir que la pena es simplemente la consecuencia jurídico-penal del delito cometido.

Por otro lado, el fundamento ideológico de las teorías absolutas de la pena se asienta en el reconocimiento del Estado “como guardián de la justicia terrena y como conjunto de ideas morales, en la fe, en la capacidad del hombre para autodeterminarse y en la idea de que la misión del Estado frente a los ciudadanos debe limitarse a la protección de la libertad individual. En las teorías absolutas coinciden, por tanto, ideas liberales, individualistas e idealistas” (Jescheck, 1981: 96). En el fondo, a este planteamiento retribucionista o absoluto de la pena le es subyacente un trasfondo filosófico, más que nada de orden ético, que trasciende las fronteras de lo terrenal para intentar alcanzar algo que es más propio de lo divino, que de lo humano: la justicia.

Sobra decir que alcanzar tan ambiciosa meta, se buscaba en razonamientos que no tomaban en cuenta el sistema de organización social en que se iban a aplicar.

Dentro de los defensores de las tesis absolutas o retribucionistas de la pena se han señalado, tradicionalmente, a dos de los más altos pensadores del idealismo alemán: Kant, cuyas ideas acerca del tema que examinamos fueron expresadas en su obra “La metafísica de las costumbres” (Kant, 1978: 43). *Fundamentación metafísica de las costumbres*. Traducción de García Morente. Madrid: Espasa-Calpe, pág. 43); y Hegel cuyo ideario jurídico-penal se extrae de su “Principios de filosofía del derecho”. (Hegel, 1975: 26). Sin embargo, no sólo los filósofos mencionados han mantenido la tesis retribucionista de la pena, también la antigua ética cristiana mantuvo una posición similar (Mir, 1985: 36).

- Otras tesis retribucionistas de la pena.

No solamente Kant y Hegel defendieron una teoría de la pena absoluta o retribucionista. Dentro de la doctrina penal internacional se pueden contar algunas otras opiniones en similar sentido. De manera meramente enunciativa nos ocuparemos de algunas de estas concepciones.

En efecto, dentro de los juristas que mantuvieron una posición como la estudiada se encuentran el profesor italiano, Carrara (1956: 615) quien en su conocido Programa de Derecho Criminal, escribió: “el fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad”, sentencia con la que se acerca mucho a lo sostenido por Hegel. Para una mejor comprensión del pensamiento de Carrara, conviene tener en cuenta su concepción personal del delito y la pena. Así pues, el delito “ofende materialmente a un individuo o a una familia o a un número cualquiera de personas, y el mal que causa se repara con la pena, así, el delito agravia a la sociedad al violar sus leyes y ofende a todos los ciudadanos al disminuir en ellos el sentimiento de la propia seguridad y al crear el peligro del mal

ejemplo (...)", y todo ello en razón de que, habiéndose perpetrado el delito, "el peligro del ofendido deja de existir porque se convierte en un mal efectivo", pero, por el contrario, el peligro que se cierne sobre la tranquilidad del resto de los ciudadanos no ha hecho sino comenzar, de tal suerte que, para evitar nuevas ofensas de parte del delincuente contra los demás ciudadanos, la pena debe ser aplicada en tanto que ésta "debe reparar este daño mediante el restablecimiento del orden, que se ve conmovido por el desorden del delito". (Carrara, 1956: 616).

También, por citar la experiencia en otras latitudes, podemos citar el caso de la doctrina penal alemana, en donde, se dieron importantes ejemplos de lo que venimos comentando. Así, Binding, consideró a la pena, como retribución de un mal con mal, la cuestión radica en confirmar la prevalencia del poder del Derecho, para lo que se requiere la reducción por la fuerza del culpable. Se desecha, consecuentemente, cualquier otro fin de la pena, como expresión de fuerza del Estado. Otro destacado penalista alemán, Edmund Mezger, consideró que la pena es "la irrogación de un mal que se adecúa a la gravedad del hecho cometido en contra del ordenamiento jurídico, es por tanto retribución y necesariamente privación de bienes jurídicos". Por su parte, Welzel, estimó que "la pena aparece presidida por el postulado de la retribución justa, esto es, que cada uno sufra lo que sus hechos valen". (Bustos, 1984: 78).

Más cercano a nuestros días, Maurach, (Hassemer, 1982: 117), señaló que la característica principal de la pena retributiva es "la majestad de su desvinculación de todo fin, como se expresa en la exigencia de KANT, de que en el caso de disolución voluntaria de una sociedad debería aplicarse la pena al último asesino", palabras estas que le sitúan dentro de los partidarios de la pena en sentido retribucionista.

2.3.2. Teorías Relativas

Si las teorías absolutas de la pena giran en la idea central: “*Se castiga porque se ha pecado*”, por el contrario, las teorías relativas, refieren que el fin de la pena, gira sobre la idea central: “*se castiga para que no se incurra en nuevo pecado*”. (Antón, 1944: 10).

Estas teorías, son en sí, muy antiguas en la ciencia del Derecho Penal Como ya se señaló, atienden básicamente solo al fin de la pena y le asignan utilidad social (*prevención*). Adquieren la denominación de teorías relativas, pues a diferencia de la Justicia, que es absoluta, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales. (Mir, 2003: 88). Mientras que las teorías absolutas buscan sólo el sentido de la pena en la imposición de la justicia, sin tomar en cuenta los fines de utilidad social, estas teorías de la prevención asignan a la pena el objetivo de prevenir delitos como un medio para proteger determinados intereses sociales. Son teorías utilitarias de la pena (Cerezo, 2004: 22), y por ello, podemos considerar que siempre tienen en cuenta a la realidad. Mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro (Mir, 1985: 91).

Según Villavicencio (2006: 55) es fundamental resaltar que la idea de prevención parte de tres presupuestos: *Primero*, la posibilidad de un pronóstico suficientemente cierto del futuro comportamiento del sujeto. *Segundo*, que la pena sea adecuada con exactitud a la peligrosidad del sujeto de manera que sea posible el éxito de la prevención. *Tercero*, la propensión a la criminalidad puede ser atacada (tanto en jóvenes como en adultos) mediante los elementos pedagógicos de aseguramiento y, en especial del trabajo pedagógico social de la pena que se debe realizar a nivel de la ejecución penal.

Entonces, podemos arribar a la somera conclusión aún, de que la comprensión del Derecho Penal como fenómeno social nos lleva

necesariamente a las teorías relativas de la pena, es decir, a aquellas teorías que entienden que la pena debe cumplir necesariamente una función social. El consenso doctrinal llega, sin embargo, sólo hasta este punto, comenzando a romperse cuando se tiene que determinar cuál es esta función social. Si bien se suele reducir las teorías relativas a las que procuran fines de prevención, lo cierto es que cabe también otra orientación: las teorías de la reparación o reestabilización (Cerezo, 2004: 129).

2.3.2.1. Prevención General

Entre los defensores de una teoría preventiva general de la pena se cuentan, entre otros a los pensadores, BENTHAM, BECCARIA, FILANGIERI, SCHOPENHAUER, y FEUERBACH. Siendo éste último autor el formulador de la “teoría de la coacción psicológica”, una de las primeras representaciones jurídico-científicas de la prevención general. Esta teoría es básica en cuanto a las explicaciones de la función del Derecho Penal.

La teoría de FEUERBACH (Hassemer, 1984: 380), sostiene que es a través del Derecho Penal que puede darse una solución al problema de la criminalidad. Esto se logra, por un lado, mediante la conminación penal, es decir, con la amenaza de pena, con que avisa a los miembros de la sociedad cuáles son las acciones injustas contra las que reaccionará; y, por otro lado, con la ejecución de la pena impuesta, dejando con ello patente su disposición a cumplir con la conminación mencionada.

A partir de las premisas antes esgrimidas, se puede entender que se afirmaba que la pena sirve para intimidar a los sujetos con la finalidad de que no cometan delitos. Se trata, pues, de una prevención que no actúa frente al delincuente, sino, frente a la colectividad, por esta razón, se le

denomina “teoría de la prevención general”. Esta prevención actúa en un primer momento, intimidando a los delincuentes, y en un segundo momento de manera pedagógico–social, es decir, se dice que interviene como un instrumento educador en las conciencias jurídicas de todas las personas, previniendo así, futuros delitos (Hassemer, 2001: 135).

Esta prevención general, se encuentra en las tres etapas de la realización de la pena: *Primero*, por intermedio de la amenaza generalizada de la pena, donde se confía en la comunicación penal contenida en la ley por su fuerza de advertencia que debe paralizar a eventuales impulsos delincuenciales. *Segundo*, mediante el dictado de la sentencia, ya que por medio de la reprobación del autor, contenida en una sentencia, se generaría la intimidación generalizada. *Tercero*, por medio de la ejecución de la pena, pues se utilizaría el sufrimiento del delincuente para producir una intimidación generalizada, ya que con él habría fracasado el efecto preventivo general de la ley.

En síntesis, la teoría de la prevención general establece que la función motivatoria del Derecho penal, se va a dirigir a todos los ciudadanos. La forma cómo tiene lugar este proceso motivatorio es precisamente lo que diferencia las dos variantes que existen al interior de esta teoría: la prevención general negativa y la prevención general positiva (García, 2008: 6).

2.3.2.1.1. Prevención general negativa

La teoría prevención general negativa se caracteriza por ver a la pena como un mecanismo de intimidación para motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos penalmente protegidos. Este proceso de

motivación a través de la intimidación puede verificarse en dos momentos distintos del sistema penal:

En la norma penal: La prevención general negativa mediante la conminación penal contenida en la norma penal fue formulada originalmente por Feuerbach (2007: 13). Según este autor alemán, la pena debe ser un factor de inhibición psicológica para que los ciudadanos no se decidan a cometer un hecho delictivo. Este entendimiento de la función de la amenaza penal presupone que exista un vínculo psicológico entre el mensaje de la norma penal y los ciudadanos (Silva, 2002: 211). Es aquí donde precisamente se presenta el primer cuestionamiento a esta concepción de la pena, pues se dice que la mencionada vinculación psicológica resulta muy difícil de sostener en gran parte de la población, pues sólo un número reducido de ciudadanos ha leído efectivamente el Código penal. Por ello, la versión moderna de esta teoría entiende que la vinculación entre la norma y los ciudadanos no tiene un carácter empírico, sino normativo (Silva, 2002: 213), es decir, que parte del hecho de que este diálogo racional existe, aunque empíricamente no sea así: todos deben conocer las normas jurídico-penales.

La prevención general negativa puede configurarse, por otra parte, en el plano de la ejecución de la pena. Esta variante de la prevención general negativa fue desarrollada por el filósofo inglés Bentham, quien coloca el efecto disuasorio de la pena en su ejecución (Bustos, 1997: 43). Una muestra clara de esta finalidad de la pena fue la ideación del denominado “panóptico”, el cual era un diseño especial de una cárcel que permitía a los ciudadanos ver desde fuera como los condenados cumplían sus penas. El principal cuestionamiento a esta visión de la prevención general negativa es la instrumentalización de la persona a la que se llega con fines preventivos.

Creemos que la prevención general negativa debe ser rechazada, en base a los siguientes argumentos: *Primero*, encuentra al hombre como un

instrumento de la pena, convirtiéndolo así, en un medio al servicio de otros fines, ya que no se le castiga por el delito que ha cometido, sino como ejemplo, para que los demás no delincan. Tomando en cuenta la psicología del individuo y el efecto que produce en ella, el precepto jurídico ve en él a un completo objeto (Bustos, 1989: 46). *Segundo*, se considera que en cuanto más grave sea la amenaza, más fuerte será el efecto intimidatorio, y por ello, es censurable la búsqueda de la intimidación, ya que, como vemos, nos puede llevar a una inadecuada exageración de la pena y al terror estatal, ubicándose dentro de un Estado autoritario y arbitrario (Villavicencio, 2006: 59). Debemos finalizar, señalando que a través de la imposición de penas más graves no se logra realmente la disuasión, prueba de ello es que los delitos siguen reproduciéndose (Zaffaroni: 2002, 56).

2.3.2.1.2. Prevención general positiva

La formulación original de la prevención general positiva se mantiene en la lógica de la motivación de los ciudadanos, pero cambia en el mecanismo de su realización. No es la intimidación a través de la amenaza penal la forma de motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos, y de este modo coadyuvar a la afirmación del derecho, dentro de un Estado social y democrático. Cuando se habla, entonces, de prevención general positiva, se entiende que ésta se dirige a la colectividad social y busca generar en ella la fidelidad y el interés en la fuerza normativa y la eficacia de la pena impuesta en las sentencias por parte de los órganos jurisdiccionales, quienes serán los actores principales, dentro del sistema de justicia penal, para poder reafirmar ante la sociedad, si rige el derecho ante la defraudación de sus normas, y de este modo orientan la pena a uno de sus fines, el cual es mantener en las personas, un estado de estabilidad jurídica, ello, es importante, en tanto, implica un fortalecimiento que va a producir la pena en la convicción de la población sobre la intangibilidad de

los derechos (Jakobs, 2000: 56), expresados en normas. Con esto, se busca, fundamentalmente que las personas crean en sus instituciones y se refuerce la integración de la misma con las actividades judiciales. En este sentido, la criminalización tendría su base en un efecto positivo sobre los sujetos no criminalizados, pero no para disuadirlos por medio de la intimidación, sino, como un valor simbólico que origine consenso y, consecuentemente, refuerce su confianza en el sistema social en general y sistema penal, en particular.

De lo expuesto, podemos considerar que esta forma de prevención – *general positiva* –, cumple un función comunicativa de los valores jurídicos motivando a la ciudadanía, pero no a través del miedo o la intimidación, sino, a través del derecho (Lesch, 1999: 53), esto, no es un fiel reflejo de las teorías retribucionistas como muchos lo quieren hacer ver, pues quienes sostienen ello, caen en el error de interpretar la prevención general positiva, fuera de todo dato normativo alejado de la función comunicativa que proyectan, la cual es, motivar en los ciudadanos el aprendizaje social, mientras que la amenaza penal, sólo buscaría la estabilización de esa conciencia que se adquiere a través del aprendizaje social. Aquí, se pueden distinguir tres efectos (Roxin, 1999: 91): *Primero*, el efecto de aprendizaje o información, motivado social y pedagógicamente mediante la advertencia que se le hace a la población de lo que está o no prohibido. *Segundo*, el efecto de la confianza, el cual se origina cuando los ciudadanos aprecian la actividad y el cumplimiento de la justicia penal. *Tercero*, el efecto de pacificación, cuando se produce la tranquilidad en la conciencia jurídica de la comunidad, mediante la sanción sobre el quebrantamiento de la norma y considera solucionado el conflicto con el autor.

A partir de tales consideraciones, se debe sostener que la prevención general positiva, tiene una *versión ética* (Roxin, 1999: 92), que mediante la imposición de la pena, no sólo se busca generar un estatus de confianza

en la ciudadanía, sino, que también apunta a verificar el derecho como un orden ético y, esto claro, en forma secundaria, como intimidación (Welzel, 1993: 331). Se trata de reforzar de modo simbólico la internalización de valores ético – sociales a los que no han delinuido para así poder conservar, mantener y fortalecer las expectativas depositadas en las normas; para ello, se busca que el Estado, refuerce aquellos valores mediante el castigo ante sus correspondientes quebrantaciones. En síntesis, podemos señalar que Welzel, tuvo una orientación de la prevención general positiva, arraigada a la conexión de la pena con la conciencia ético social de la persona.

Sin embargo, en una concepción más moderna de esta teoría, la cual en esencia ha sido, un poco revisada en sus tópicos, por el Prof. alemán, JAKOBS, para quien, desde una versión sistémica, la prevención general positiva, razona sobre “la pena” en un sentido positivo, y en base a eso, afirma que ella, busca la vigencia de la norma a costa de un responsable (Jakobs, 2006: 148), en este sentido la real misión de la pena, es el mantenimiento de la norma como un modelo de orientación para el proceso de contacto social entre los ciudadanos.

Esta tesis de la prevención general positiva, no ha escapado de las críticas, quizá, es una de las teorías aún más resistidas por los juristas, quienes señalan entre los principales cuestionamientos, que; *Primero*, el problema de la pena queda desligada de la función de protección de bienes jurídicos propios del Derecho Penal. *Segundo*, la intervención penal se desbordaría en sus límites de actuación, en tanto, se produzca cualquier quebrantamiento de la norma (Hassemer, 2009: 5). *Tercero*, la eliminación de los límites del *ius puniendi*, conduciría a la legitimación de una política criminal autoritaria (Mir, 1982: 82). *Cuarto*, La injerencia del Derecho penal en la conciencia moral de los ciudadanos es inaceptable. *Quinto*, las exigencias de la pena en dicha teoría por parte de la sociedad, pueden rebasar los niveles requeridos desde la teoría prevencionista

clásica (Luzón, 1990: 136). Sexto, la prevención general positiva, no aporta nada esencialmente nuevo, sigue invocando los principios heredados de las teorías retribucionistas (Quintero, 2002: 69).

2.3.2.2. Prevención Especial o individual

La teoría de la prevención especial, parte también de la idea del efecto motivatorio de la pena, pero bajo una comprensión metodológica distinta, en donde el efecto de aquella ya no se dirigirá a la colectividad, sino al delincuente. En este sentido, propiamente no sería una teoría de la norma penal, sino una teoría de la ejecución de la pena. Según esta teoría, la pena debe intimidar al delincuente para que no vuelva a cometer hechos delictivos. Si es que la pena impuesta al delincuente no le produce un efecto intimidante, la teoría de la prevención especial establece que, en estos casos, la pena tendrá que asumir la labor de corregir a este sujeto que resultaría inintimidable. Y si finalmente el sujeto intimidable resulta además incorregible, no quedará otra solución que su inocuización, es decir, su eliminación como peligro futuro de realización de nuevos delitos. Entonces, la idea de prevención se halla ligada a la idea de *peligrosidad* del sujeto, donde se asigna a la pena la función de operar como un mecanismo tendiente a evitar la comisión de futuros delitos, teniendo como límite a su actuación la evaluación del autor en virtud a su grado de peligrosidad, buscando la neutralización, corrección o reeducación del delincuente.

En palabras del Profesor Silva (2002: 27), “ante los postulados de esta teoría, los esfuerzos de sus representantes, orientados a sustituir la toga del juez por la bata del médico, no llegaron a imponerse plenamente en los sistemas penales, pues la pena siguió vinculada a la idea de injusto culpable” Sin embargo, hay que reconocer que esta tesis logró abrir paso a una segunda vía del Derecho Penal, las llamadas medidas de seguridad,

las cuales se asentaron sobre la lógica de la peligrosidad del autor y el tratamiento.

Sin embargo, lo criticable de esta teoría es que una exageración de sus postulados, podría desembocar en la mala práctica de convertir al delincuente en un objeto, o, aplicándole medidas o tratamientos que vayan contra su voluntad o contra su dignidad como persona, como por ejemplo: trabajos forzados, tratamiento esterilizador, etc., así, la prevención especial puede fácilmente constituirse como perfecto instrumento de violaciones de derechos humanos, además, bajo el razonamiento de la prevención especial, es indemostrable el presupuesto objetivo de la peligrosidad del delincuente, esto conduciría a sancionar al agente, entonces, no por la magnitud del delito, sino por las características especiales de su personalidad, violentándose así el principio de proporcionalidad entre delito y pena. Asimismo, tampoco, esta teoría, podría legitimar la función punitiva estatal, la pena, entendida en sentido preventivo especial, su función resultaría superflua en aquellos casos en donde se esté frente a delitos cometidos en el seno del tráfico rodado, o por ejemplo, frente a delincuentes habituales, los cuales no tienen ninguna probabilidad ya de ser resocializados.

2.3.2.2.1. Prevención especial positiva

Se plantea la pena como una forma, un medio, para re sociabilizar al sujeto infractor. La comisión de un delito y por ende la aplicación de la pena justificaría al Estado para intervenir en la vida del sujeto con programas de escolaridad, trabajos forzados, psicológicos, etc. Con el fin de “corregir” o bien “sanar” al sujeto. Por ende, la pena sería indeterminada hasta el punto de que solo se otorgaría la libertad cuando el sujeto estuviese “corregido”.

2.3.2.2. Prevención especial negativa

Se plantea lisa y llanamente como neutralización del delincuente. La pena, debe ser un medio para sacar de circulación al delincuente. Asimismo, el profesor GARCÍA CAVERO, sostiene que “La comprensión del Derecho Penal como fenómeno social, nos lleva necesariamente a las teorías relativas de la pena, es decir, a aquellas teorías que entienden que la pena debe cumplir necesariamente una función social”.

2.3.3. Teorías Mixtas o de la Unión

Los cuestionamientos que se les ha hecho a las teorías absolutas y a las diversas teorías de la prevención, han llevado, de alguna manera, a la formulación de teorías de corte ecléctico, que buscan corregir los excesos a los que se llegaría con la asunción de la perspectiva de sólo una de ellas (Silva, 2002: 31). Es así que se han desarrollado teorías de la pena que combinan la perspectiva retributiva con los fines de prevención. Dentro de las teorías de corte ecléctico destaca especialmente la llamada teoría de la unión o unificadora, según la cual la pena cumpliría una función retributiva, preventivo-general y resocializadora. La idea central de esta formulación doctrinal es que todas las teorías de la pena contienen puntos de vista aprovechables, por lo que conviene usar en una formulación conjunta.

Si bien podría pensarse que una teoría de la unión debería alcanzar fácil consenso, lo cierto es que se la ha sometido también a críticas muy severas. El reproche más duro que se le hace es crear niveles excesivos de discrecionalidad, en la medida que tanto el legislador como el juez podrían recurrir a cualquier teoría de la pena en función de la decisión que quisieran tomar (Roxín, 2007: 35). Por ejemplo, si se desea establecer una pena severa se podría recurrir a la prevención general negativa, mientras

que para sustentar la falta de necesidad de imponer una pena privativa de libertad a un delincuente podría tenerse en consideración el fin de resocialización del reo. De esta forma, cualquier pena podría ser utilizada en el sistema penal, recurriendo para su legitimación a la teoría que mejor se ajuste a la pena deseada, y de este modo, se caería, en una praxis simbólica de las normas, desacreditando la real función del Derecho Penal a través de la pena dentro de un Estado de Derecho.

Dentro de las orientaciones de la teoría mixta de la pena, resalta la “*teoría unificadora dialéctica*” formulada por Roxín (1997: 95) quien explica su construcción dogmática, mediante el uso de tres fases que el Derecho penal emplea en su enfrentamiento con el individuo, esto es: conminación, aplicación judicial y ejecución de la pena. Es necesario conservar los aspectos que resultan acertados de cada teoría –represiva y preventiva–, en una concepción amplia donde las críticas y deficiencias de estas son amortiguadas por medio de un sistema de reciprocidad, complementación y restricción. A tal concepción, se denomina como “*teoría unificadora preventiva dialéctica*”, en donde, las teorías tradicionales, se transforman en una síntesis. Bajo esta teoría se otorga mayor consideración a los fines preventivos, tanto especiales como generales, ya que se señala 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. Ante, la crítica que la prevención fuerza al delincuente a la resocialización, entiende que nunca se le debe forzar. En los casos en que la prevención especial y la prevención general entren en conflicto (básicamente en la determinación de la cuantía de la pena), se da preferencia a la prevención especial, “Pues, en primer lugar, la resocialización es un imperativo constitucional, que no puede ser desobedecido donde sea posible su cumplimiento. Y en segundo lugar, se debe tener en cuenta que, en casos de conflicto, una primacía de la prevención general, amenazaría con frustrar el fin preventivo–especial, mientras que, por el contrario, la preferencia de la prevención especial no excluye los efectos preventivo–

generales de la pena, sino que, a lo sumo, los debilita de forma difícilmente mensurable, pues también una pena atenuada actúa de forma preventivo-general" (Roxín, 1997: 97).

2.4. Concepción crítica de la pena

Esta teoría es planteada básicamente en nuestro margen latinoamericano y es en sí, una construcción con mucho influjo por parte de la criminología. Plantea un análisis y revisión crítica de la pena, considerando a ésta como un mal, sugiriendo la negación de su fundamento y utilidad. Zaffaroni entiende por pena en sentido material: "toda sanción jurídica o inflicción de dolor a título de decisión de autoridad que no encaje dentro de los modelos abstractos de solución de conflictos de las otras ramas del derecho". Esta postura se encuadra en el contexto de un acentuado escepticismo sobre el derecho penal y su discurso legitimador (las "teorías de la pena") y significa un abandono del punto de partida sostenido en estudios anteriores y en su Tratado, en donde explícitamente se inclinaba a favor de la teoría preventivo especial de la pena. Dado que a su criterio, ninguna de las teorías de la pena puede dar razón de ella, en atención a las críticas a las que se hacen posibles todas - a su juicio- de modo "ilevante", concluye afirmando que la pena es dolor sin sentido, dolor sin razón y allí donde lo haya, habrá una pena.

Un aspecto central de la temática penal es el sistema de penas que se adopta y sobre todo el monto y modalidad que caracterizan a dichas sanciones según los tipos penales, lo que nos lleva a la necesidad de revisar algunos aspectos sobre la variedad de penas y sus fines, así como las políticas de sobrecriminalización y neocriminalización que se vienen dando en los últimos lustros, entre otras, que corresponden a las funciones del Poder Legislativo pero también al Ejecutivo, fenómenos que

repercuten en las acciones de la ejecución penal y en general en la práctica de los órganos jurisdiccionales.

La legislación penal, en cada caso, estipula una variedad de penas para sancionar a los delincuentes, sin embargo de todas ellas la pena privativa de la libertad es la que genera mayores debates y problemas, sobre todo en el ámbito de su ejecución y la tensión frente a las penas suspendidas, en cuanto a los parámetros de determinación de cada una de ellas, por los magistrados al momento de poder tomar consideraciones objetivas en la motivación de sus sentencias, en la resolución de conflictos penales.

2.5. Fundamentos constitucionales de la pena

Dentro de un Estado de Derecho, comprender la incidencia del poder estatal en la libertad de los ciudadanos es fundamental, en este sentido, el Derecho penal está orientado a garantizar un nivel de estandarización de los comportamientos delictivos, es claro, que no es su competencia eliminar el delito, pero si servir de contenedor al poder punitivo. Sobre esta premisa elemental es necesario el estudio de los fundamentos constitucionales de la pena y el método que se debe adoptar para su imposición la cual debe guardar armonía con un principio básico liberal como lo es el respeto de la dignidad humana.

Aquí juega un rol fundamental la dogmática jurídico-penal, como mecanismo racionalizador del Derecho positivo, que cuenta con una premisa valorativa fijada por el ordenamiento jurídico que debe inspirar todo el estudio del Derecho penal. En particular, la decisión político-criminal básica, a saber, la de qué función se atribuye a la pena, no sólo puede entenderse adoptada por leyes ordinarias, sino obligada por el artículo 1 de la Constitución *“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo del Estado y de la sociedad”*. Y una vez fundada

constitucionalmente la función de la pena, también la teoría del delito puede orientarse, y es conveniente que así suceda, en base al mismo fundamento constitucional, pues la teoría general del delito no hace sino establecer los presupuestos mínimos de lo punible, esto es, trazar límites a lo que puede castigarse con una pena, lo cual depende de la función que la Constitución permita atribuir a la pena. No sólo la pena, sino también el delito han de encontrar, pues, su fundamento en la concepción del Estado social y democrático de Derecho, que se convierte así en el soporte (valorativo) de los dos pilares sobre los que gravita todo el sistema de la Parte General del Derecho penal.

En este sentido, la aceptación de un concepto de persona con una base constitucional determina, que la pena no pueda configurarse de cualquier modo, aunque sea muy funcional para la sociedad de la que se trate. En primer lugar, la dignidad humana absoluta, reconocida en las diversas constituciones políticas contemporáneas (en el Perú se hace en su artículo primero) y en las declaraciones internacionales sobre derechos humanos, limita la posibilidad de asumir penas o medidas de pena que desconozcan al agente como persona. Hasta el villano más reprochable no pierde su dignidad humana absoluta por sus actos delictivos y, por lo tanto, no puede ser tratado por el sistema penal como un objeto, animal o cosa peligrosa. En el Derecho penal se ha desarrollado el llamado principio de humanidad de las penas, según el cual la pena aplicada al agente no puede rebajarlo en su dignidad. Penas como las penas corporales o infamantes e incluso la pena de muerte y la cadena perpetua se han considerado como contrarias a dicha dignidad absoluta del ser humano.

Por otra parte, la dignidad relativa de la persona obliga a que la pena no pueda imponerse al agente desligado de los fundamentos de su actuación práctica. En este sentido, el delito no puede construirse sin la culpabilidad del autor y tampoco con cualquier forma de culpabilidad. La culpabilidad jurídico penal debe partir de la idea de un ciudadano fiel al Derecho entendido como capaz de actualizar su libertad y actuar responsablemente.

Por consiguiente, no puede haber culpabilidad jurídico-penal por el carácter, ni culpabilidad por el hecho de tercero. Intentar restablecer la vigencia de la norma sin una culpabilidad individualmente entendida del autor, implicaría reconocer que se puede llamar Derecho penal a cualquier forma de permitir que una sociedad funcione. Derecho penal solamente puede haber si la comunicación de la pena se hace sobre personas libres y responsables.

2.5.1. El fundamento Constitucional del Derecho penal democrático.

Dentro del objetivo general en el que se enmarca el presente capítulo, esto es, intentar analizar la justificación teórica de la aplicación de la pena, su propósito abarca tres objetivos. Por una parte, destacar la importancia que una Constitución social y democrática tiene respecto de la fundamentación de los fines del derecho penal; justificar a través de dicha constitución el establecimiento de un sistema de legitimación de la pena y, por último, subrayar la relevancia que una Constitución social y democrática tiene para la reforma del sistema penal en general y para el Derecho penal en particular.

La importancia de ello, radica a nuestro entender y por diversas razones históricas, jurídico-políticas y, sobre todo, metodológicas, la necesaria visión político-criminal o empírico-valorativa desde la cual se debe justificar la imposición de la pena en nuestro Derecho presenta una aridez motivacional y una escasa profundidad de análisis que, dado nuestro actual estado de desarrollo en otros ámbitos, llama profundamente la atención. En efecto, si partimos desde la perspectiva valorativa conformada por la moderna estructuración de los principios limitadores al *ius puniendi* en el estado social y democrático o de la premisa funcionalista acerca del contenido material de la teoría de la culpabilidad (Roxín, 1981: 46), para la cual, la pena no puede traspasar, ni en su gravedad ni en su duración, el grado de culpabilidad, comprenderemos

que uno de los eslabones sobre los cuales se funda el ejercicio del *ius puniendi* estatal en un estado democrático moderno es, precisamente, la justificación del fin en virtud del cual se ha de imponer la sanción punitiva.

Por ello, la determinación de la medida de pena aplicable al caso concreto no se satisface sólo con esbozar la subsunción de los hechos al Derecho para que, en definitiva, se posibilite la determinación -numérica- del *quantum* o intensidad de la sanción. Por el contrario, para que la aplicabilidad práctica de la pena cobre efectivamente un realce garantista, ha de adscribirse e interrelacionarse en un terreno mixto o ecléctico, en el que inciden no sólo argumentos relativos al hecho delictivo cometido -y que se encuentran vinculados a las normas tradicionales de imputación objetiva-, sino que, además, han de tener injerencia una serie de elementos argumentativos, sustentados en base a reglas y principios que digan relación directa con las diversas teorías sobre los denominados fines de la pena (Bustos, 1989: 394).

Esto supone, político-criminalmente, que al momento de determinarse judicialmente la pena, deben tener vigencia efectiva todos y cada uno de los presupuestos y principios - formales y materiales- que inspiran el *Porqué* y el *Para qué* de la reacción punitiva. Esto es, una aplicación prospectiva de la determinación judicial de la pena que considere los principios político-criminales limitadores del *Ius Puniendi* Estatal (Ferrajoli: 1995: 405).

Es por estas razones que desde nuestra posición, si se reduce la sustentabilidad y legitimidad de la intervención penal sólo al cumplimiento de normas formales o aspectos meramente simbólicos relacionados con una teoría del delito causalista o tímidamente valorativa (Ziffer, 1993: 76), se estaría posibilitando la negación o el encubrimiento de uno de los

logros teóricos de carácter penal más trascendentales y sobre el cual se sustenta la legitimidad misma de la dogmática jurídico-penal moderna posterior a la II Guerra Mundial: constituir una garantía para el respeto de los derechos fundamentales del ciudadano. Más aún, si este postulado puede claramente aplicarse en el denominado Derecho penal común o general, en materia de Derecho penal juvenil, sobre todo tomando en consideración los principios socio-educativos, socio-integrativos o resocializadores que lo inspiran, el postulado en comento cobra una importancia trascendental.

Finalmente, aceptado que el punto de partida de la individualización judicial de la pena es la determinación de los fines de la pena, se hace necesario establecer criterios en virtud de los cuales los operadores del sistema judicial puedan justificar -racionalmente- la aplicación de la pena al caso concreto. Así, sobre la base de fines político-criminales claramente definidos, cabría pronunciarse sobre qué hechos son de importancia para la individualización de la pena en el caso concreto y como éstos deben valorarse si hubiera lugar a ello.

2.5.2. Aproximación a la función punitiva estatal.

La función punitiva del Estado social y democrático se origina en su soberanía para identificar como punibles ciertas conductas y establecer la sanción correspondiente (Derecho Penal subjetivo). Históricamente proviene de la Revolución Francesa y el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, que originó la idea que, el poder del Estado se haya controlado y limitado. Esta función está fundamentada y limitada por la Constitución Política, y en ella se encuentra su justificación política, como también en las normas internacionales. En nuestro caso, partimos de un modelo de Estado social y democrático de Derecho. Así, señala Bustos (1997:84), que el principio de Estado de Derecho busca el sometimiento del poder punitivo al derecho; el principio de Estado social sirve para dar legitimidad

a la función de prevención en función a la protección de la sociedad; y, el principio de Estado democrático pone al Derecho Penal al servicio del ciudadano.

Políticamente, el Estado es su único titular y pueden diferenciarse matices en el ejercicio del poder penal: función penal legislativa, judicial y ejecutiva. Precisa esto SILVA al acotar que la función punitiva del Estado se le pretende identificar como *ius puniendi*, pero la denominación es incorrecta. Esta función no puede concebirse como un derecho (*ius*), tal denominación no alcanzaría a comprender a la potestad legislativa ubicada en la fase anterior a la aparición de la norma. A nuestro juicio, este Derecho Penal subjetivo (*ius puniendi*) no existe, pues hasta que no se dicte la norma que origina al Derecho Penal objetivo "la posibilidad de castigar o prevenir aparece no como derecho (concepto jurídico) sino como potestad no mediatizada por la forma jurídica" (Silva, 2000: 188).

Así planteadas las cosas, de lo que se trataría es de regular las diferencias entre sujetos desiguales: el Estado, como aparato coercitivo y el ciudadano, generalmente inerme. Creemos que a partir de las atribuciones funcionales del Estado se pueden estudiar limitaciones a su poder penal: principio de necesidad, exclusiva tutela de bienes jurídicos, protección de Derechos Humanos (Derecho Penal garantista), etc.

El Estado, entonces ya no tiene un poder absoluto, como antes lo tuvo, sino que al ejercer su derecho de castigar lo hace de acuerdo a determinados límites que lo rigen. Estos límites se expresan en forma de principios que se componen de bases constitucionales (Cerezo, 2004: 26). Por tanto, el Estado cuando promulga y aplica determinadas normas penales, tiene que mantenerse dentro del marco de estos principios garantistas.

Por ende, el problema de los principios legitimantes del poder sancionador del Estado es tanto constitucional como jurídico-penal. En este sentido, su

legitimación extrínseca proviene de la Constitución y los tratados internacionales; pero su legitimación intrínseca se basa en una serie de principios específicos. Aun así “todos son igualmente importantes en la configuración de un Derecho penal respetuoso con la dignidad y libertad humana, meta y límite del Estado social y democrático de derecho, y por tanto de todo su ordenamiento jurídico” (Mir, 1982: 37).

Cuando estos límites actúan en la creación de las normas penales, se les denomina límites materiales o garantías penales; pero cuando actúan durante la aplicación de las normas penales, reciben la denominación de límites formales o garantías procesales, de persecución o de ejecución.

2.5.3. La orientación teleológica de la Constitución en el sistema penal.

En la moderna doctrina penal pueden distinguirse dos grandes enfoques desde los cuales se ha emprendido el análisis del rol de la Constitución política respecto del sistema penal y su reforma: la orientación sistemática o dogmática-penal y la orientación sustancial o constitucional.

Entre las principales diferencias que distinguen a ambas orientaciones debe destacarse el rol que éstas le asignan a la Constitución Política en el marco del sistema penal (Donini, 2001: 223). Así, para la *orientación sistemática o dogmática-penal*, el rol de la Constitución es, básicamente, limitar el poder del Estado en materia penal y garantizar los derechos del individuo, esto es, construir principios capaces de restringir el siempre excesivo e insaciable *ius puniendi* Estatal. Por ello, esta orientación se satisface con establecer principios *limitadores* como el de legalidad, el de responsabilidad personal o el de culpabilidad que, extraídos del Derecho natural o de programas políticos, se caracterizan por ser externos al Derecho penal.

La relación entre la Constitución y el sistema penal sería aquí, más bien, una *relación negativa*, por cuanto ésta definiría qué clases de incriminaciones pueden ser legítimas y qué bienes jurídicos deben quedar al margen de la intervención penal, qué técnicas de tutela penal no pueden adoptarse y qué sanciones no son admisibles en el Derecho penal.

Para la *orientación sustancial o constitucional*, en cambio, el poder punitivo del Estado debe estar definido y fundado en la Constitución, no sólo en cuanto a sus fines, objetivos e instrumentos, sino que, además, en cuanto a los postulados o principios de su sistema de argumentación y aplicación, es decir, su faz legislativa y judicial. Por ello, esta orientación postula, a diferencia de la anterior, que los principios rectores del sistema penal no son meros límites al ius puniendi, sino verdaderos fundamentos o principios constituyentes del mismo, esto es, un *Derecho penal Constitucional* cuya función esencial es garantizar los valores, bienes y derechos que en dicho texto se establecen. Por ello, es en la propia Constitución social y democrática de Derecho donde se encuentra el cuadro de *valores* y la jerarquía de bienes a los que el legislador debe atenerse para elaborar los intereses dignos de tutela penal (Carbonell, 1999: 36).

Por estas razones, y partiendo de la base que la intervención del Derecho penal siempre afecta derechos fundamentales y que las libertades sólo pueden limitarse a través del Derecho penal si éste tiene por finalidad proteger esas mismas libertades, sólo los bienes de relevancia constitucional pueden justificar dicho sacrificio. Así, para esta orientación, resulta sumamente inadecuado afectar los derechos constitucionales para proteger bienes inexistentes o de inferior rango. Sobre todo, porque la Constitución social y democrática establece precisamente un sistema de valores donde el poder punitivo se encuentra limitado, más que formalmente, por la legitimidad

del pacto constituyente que reconoce y establece dichos derechos fundamentales.

Así, como bien se señala, es con referencia a la Constitución, en sus conexiones técnico jurídicas y valorativas con el sistema penal, como se debe establecer el concepto y el método del Derecho penal, el concepto de delito, el fin de las penas y el sentido de la dogmática y del sistema (Arroyo, 1987: 99). Esto significa, en un Estado social y democrático de Derecho, que el Derecho penal, como parte del ordenamiento jurídico, debe adaptarse y ponerse en consonancia con dicho modelo de Estado así como con los valores que éste propugna ya que la legitimidad del Derecho penal o del poder punitivo del Estado proviene del modelo fijado en la Constitución (Muñoz, 1996: 64).

Por ello, puede afirmarse que el enfoque constitucionalista del Derecho penal va más allá de la simple idea de que éste no debe contradecir la Constitución -lo que, por obvio, está fuera de discusión- puesto que plantea, desde otra perspectiva, que la Constitución más que un mero límite es el *fundamento* de la pena y del Derecho penal. Así, como bien se señala, tanto el establecimiento de las sanciones penales como la elección de la conducta a sancionar, no pueden ser decisiones entregadas al simple capricho del legislador sino que debe tratarse de decisiones fundamentadas directamente en algunas de las características del ilícito o de la sanción penal, de acuerdo a las propias condiciones o requisitos que establezca la respectiva norma constitucional en materia penal (Zúñiga, 2001: 51).

De esta forma, puede señalarse que la Constitución política -desde esta perspectiva- cumple determinadas funciones en el ámbito del sistema penal. Dentro de las que destacan, entre otras, la de influir directamente en la práctica jurídica a través de los supuestos concretos que se presentan ante

los Tribunales de justicia. Ello, principalmente, porque los Tribunales deben tener presente lo dispuesto en la Constitución para los efectos de aplicarlo directamente o de interpretar, de acuerdo con la misma, los preceptos ordinarios que requieran de una adecuación hermenéutica respecto del texto constitucional, de forma tal que toda contradicción entre éstos y la Constitución democrática debe resolverse a favor de esta última.

En segundo lugar, la Constitución cumpliría una función de orientación de la concreta política-penal a desarrollar por el Estado. Esto es, que la Constitución, dentro de su propio marco político-criminal general y de sus valores y principios, puede establecer o promocionar determinadas sanciones y figuras penales que deben tenerse en cuenta por el legislador en el futuro (Arroyo, 1982: 285).

Por último, la Constitución tendría una importante función doctrinal pues permite la elaboración de teorías en relación con la interpretación de la ley, la teoría del delito, el bien jurídico, la teoría de la pena o la propia reforma del sistema penal (Hormazabal, 1991: 139). Más aún, en este sentido, dado los múltiples efectos teóricos y prácticos que implica adoptar una u otra postura, el grado de aceptación que se tenga acerca de la penetración e influencia de la Constitución sobre el Derecho penal se refleja claramente a la hora de abordar dichas cuestiones (García, 1985: 49).

2.5.4. Principios constitucionales que legitiman la función de la pena dentro de un Estado de Derecho.

a) Principio de exclusiva Protección de Bienes jurídicos.

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, también denominado de lesividad u ofensividad, trae consigo, desde un punto de

vista positivo, la exigencia de que el Derecho Penal solo puede proteger bienes jurídicos, lo que se resumen en la expresión latina *nullum crime sine injuria*. Cumple entonces este principio un importante rol limitador del *ius puniendi* al prohibir al legislador la criminalización de intereses morales, ideas religiosas o ideologías políticas. Pero el papel del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no se agota en ella, sino que también importa la descripción de la función protectora de la sociedad que cumple el Derecho penal (García-Pablos, 2000: 264) al asegurar las condiciones sociales mínimas que permitan la participación de los ciudadanos en el sistema social. Dichas condiciones mínimas no son más que aquellas condiciones fundamentales recogidas en la Constitución, pues una conducta solo puede considerarse delictiva cuando lesiona o pone en peligro los bienes jurídicos más importantes. De esta manera, como señala el profesor Silva, 2002: 273). Y es que solo la remisión a la Constitución en la selección de bienes jurídicos puede fundamentar eficazmente el efecto limitador del *ius puniendi* (Carbonell, 1999: 114).

Así, desde una perspectiva negativa, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos implica la despenalización de comportamientos que no perturben el orden social y la convivencia. De este modo, carece de justificación incluir en el catálogo de conductas jurídico-penalmente desaprobadas por ejemplo, los casos de homosexualidad entre adultos o la prostitución.

El legislador nacional ha recogido al principio de lesividad en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, que prescribe que “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

b) Principio de Intervención Mínima

Este principio político criminal, que guarda estrecha relación con el de exclusiva protección de bienes jurídicos desarrollado anteriormente, postula básicamente que la intervención del Derecho penal no debe resultar arbitraria frente a los ámbitos de libertad de los ciudadanos. Esto se lograría en virtud a dos manifestaciones del principio de intervención mínima: la naturaleza subsidiaria y el carácter fragmentario del Derecho penal.

Como ya lo hemos advertido en líneas precedentes, la función que el Derecho penal está llamado a cumplir es la de protección de la sociedad. Claro está que esta función tutelar no es monopolio de este ámbito del ordenamiento jurídico, pues mediante otros ámbitos jurídicos, también se protege a la sociedad. Lo que caracteriza al Derecho penal en este aspecto es que este no crea la ordenación que tutela, sino que “la encuentra al llegar” (Zipf: 1999: 43). En este sentido, el Derecho penal solo debe limitarse a proteger bienes jurídicos previamente protegidos por otras ramas del ordenamiento jurídico, pero sólo si otros mecanismos extrapenales no cumplen eficazmente su misión de prevención del delito. La naturaleza subsidiaria ubica, entonces, a la Política penal como último recurso (*ultima ratio*) de la Política Criminal de un Estado (Zugaldía, 2010: 237) y estructura una jerarquía en el recurso de las medidas preventivas. Así, en primer lugar se optaría por medios desprovistos de carácter de sanción; luego, se ubicarían los mecanismos jurídicos extrapenales, como las medidas civiles (nulidad de acto jurídicos, indemnización por daños y perjuicios, etc.) y administrativas (amonestación, multa, inhabilitación, etc.) y, solo como último recurso, la pena y las medidas de seguridad.

Por el carácter fragmentario, el Derecho Penal solo debe proteger los bienes jurídicos más importantes y solo frente a los ataques más intolerables, pues tipificar cualquier conducta que lesione de modo insignificante a cualquier bien jurídico supone una importante restricción a

la libertad personal. Así, la doctrina ha encontrado tres manifestaciones del principio de fragmentariedad en la Parte Especial de los Códigos penales, por ejemplo, en los delitos contra el patrimonio, sólo se admite la comisión dolosa; se opera con criterios de antijuridicidad más rigurosos que en las demás partes del ordenamiento jurídico, y por último, no se criminalizan meros comportamientos inmorales.

c) Principio de Culpabilidad

Este es otro limitador del poder punitivo del Estado cuyas manifestaciones se encuentran previstas en diversos artículos de nuestro ordenamiento jurídico (artículos VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal, artículo 11 del referido cuerpo normativo; artículo 2, inciso 24, literal “e” de la Constitución Política del Estado). Sus efectos garantistas operan tanto a nivel de los presupuestos de la pena como a nivel de criterios para la individualización judicial de la misma (Bacigalupo, 1999: 102).

En virtud del primer nivel, un sujeto no podrá ser objeto de una pena en supuestos de anormalidad de conocimiento (error de prohibición), anormalidad de la situación (estado de necesidad exculpante, miedo insuperable, obediencia debida), anormalidad psíquica (inimputabilidad, grave alteración de la conciencia, etc.), o en casos en que el autor no actuó con dolo o culpa (principio de responsabilidad subjetiva) (Luzón, 1996: 87). Esta última consecuencia es el resultado de la condición de la parte subjetiva del tipo como presupuesto de la culpabilidad; y es que si cada categoría del delito es presupuesto del otro, es lógico que el principio de culpabilidad proscriba la responsabilidad objetiva (Hirsch, 1997: 181).

Fundamenta el segundo nivel la exigencia de que en la individualización de la pena, ésta no debe exceder la medida de la culpabilidad normal o disminuida del autor y que las necesidades preventivas no pueden legitimar una pena superior a aquella.

d) Principio de Proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, implica el establecimiento de penas y medidas de seguridad proporcionales al hecho antijurídico. Importa la concreción de dos mandatos que operarían en diferentes momentos. Así, en un primer momento, el principio de proporcionalidad exigiría al legislador la previsión de penas y medidas de seguridad que guarden relación con la dañosidad social de la conducta y, en un segundo momento, demandaría a los jueces la imposición de penas y medidas de seguridad conformes a la gravedad del hecho en el caso concreto.

El principio de proporcionalidad se distingue del principio de culpabilidad en cuanto éste requiere de todos los presupuestos exigidos para imputarle un hecho antijurídico a un sujeto (Jescheck, 1995: 29). Por su parte, el de proporcionalidad fundamenta la relación entre la medida de la pena y la medida de seguridad, por un lado, y la gravedad del suceso, por otro (Vives, y Cobo, 1999: 156). En este sentido, el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad no se contraponen, sino se complementan (Mir, 2003: 132).

e) Principio del Hecho.

Este principio sostiene que el Derecho penal solo puede criminalizar y sancionar acciones u omisiones, esto es, comportamientos humanos exteriorizados a través de hechos. De ello, se derivan dos consecuencias: por un lado, el rechazo a criminalizar meros pensamientos (*cogitationes poenam nemo patitur*) y, por otro, el rechazo a tener como punto de referencia la personalidad del autor como presupuesto del delito o como fundamento de la agravación (Muñoz, 1996: 121). Sin embargo, esto último no impide que la personalidad del autor pueda ser tomada en consideración al momento de la individualización judicial de la pena. Al respecto, nuestro Código penal en sus artículos 45 y 46, establece una serie de valorizaciones sobre criterios personales del agente para la determinación de la pena.

Por otro lado, la imposibilidad de determinar la existencia de un delito en base a momentos internos del sujeto y de individualizarlo teniendo en cuenta solo el aspecto subjetivo del autor, hace del principio del hecho, recogido en el artículo 11 del Código penal, al prescribir que “*son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley*”, una garantía propia de un Estado Social y Democrático de Derecho (Bramont, 1997: 74).

f) Principio de Utilidad de la Intervención Penal.

En virtud de este principio, al que también se le ha denominado como de efectividad, eficacia o idoneidad (Luzón, 1996: 84), la intervención penal en un determinado ámbito estará legitimada siempre que ella resulte útil para el cumplimiento de su objetivo de protección de la sociedad. En sentido contrario, no deberá recurrirse al Derecho penal cuando ella sea

ineficaz para la consecución de su finalidad, debiendo en estos casos, recurrirse a otros mecanismos, y si fuera necesario, a instrumentos de prevención más leves que los mecanismos jurídicos-penales. Así, el Derecho penal tendrá que valerse de las investigaciones empírico-sociales sobre la criminalidad, a fin de determinar cuándo dicha intervención se presenta como ineficaz.

En consideración al principio de utilidad de la intervención penal, se hace necesaria la abolición por ejemplo, la abolición de la pena de muerte y de la cadena perpetua, puesto que la implantación de dichas sanciones en las diferentes legislaciones se ha ocasionado una disminución en la comisión de delitos para los cuales han sido previstas. Pero, también en virtud de este principio, la descriminalización de conductas con una alta cifra de negra – como sucede por ejemplo en los delitos de aborto – se presenta como una decisión político-criminalmente acertada.

Por ende, no es cierto, como pretenden hacer creer aquellas posiciones a favor de las tesis abolicionistas de que el Derecho penal es un instrumento ineficaz. La historia ha demostrado que en situaciones de caos político, guerras, luchas internas, revoluciones, etc., esto es, en momentos en que la intervención del Derecho Penal ha disminuido, la criminalidad ha aumentado.

g) Principio de Humanidad y Salvaguarda de la Dignidad Humana.

Este principio limitador del *ius puniendi* contenido en el artículo 1 de la Constitución Política del Estado, señala que “*la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”, marca la característica principal de los sistemas penales modernos.

El principio de humanidad y salvaguarda de la dignidad humana importa – como han señalado Bustos y HOrmazabal (1997:68) el reconocimiento de la autonomía ética de la persona y a su indemnidad personal. El primer aspecto impide toda instrumentalización de la persona y postula a su tratamiento como un fin en sí mismo. Por otro lado, el segundo aspecto rechaza toda intervención estatal que implique una afectación de la persona como tal. Se trata, en el ámbito de las sanciones penales, de humanizar las penas y medidas de seguridad y eliminar en lo posible, su contenido aflictivo, siempre que dicha humanización no contradiga las finalidades preventivas. Introducir al sistema penal sustitutivos penales, penas y medidas de seguridad humanas, límites a la duración de las penas privativas de libertad, beneficios penitenciarios y mejores condiciones en la ejecución de las penas, es pues, una manifestación del principio de humanidad y salvaguarda de la dignidad humana.

2.5.5. Precisiones conceptuales para una determinación Constitucional de la Pena.

El profesor nacional Prado (2010: 130), ha acuñado el siguiente concepto operativo: “En términos concretos podríamos señalar que con la expresión determinación judicial de la pena, se alude a toda actividad que desarrolla el operador jurisdiccional para identificar de modo cualitativo y cuantitativo la sanción a imponer en el caso sub iudice. Esto es, a través de ella se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulten aplicables al caso”.

Ahora bien, corresponde dejar clara la diferencia entre determinación legal de la pena y la determinación judicial de la pena, sobre este punto, ha precisado Marquez (1986: 142), “Nos estamos refiriendo, obviamente,

no a la determinación legal de la pena, es decir, a la que se realiza mediante la concreción legal de las circunstancias modificativas y otros criterios, sino a la propia determinación judicial de la pena, que opera dentro del ámbito concedido al arbitrio judicial, que para no convertirse en arbitrariedad ha de sujetarse a criterios objetivos”.

En la doctrina alemana, MEIER, ofrece un concepto de determinación judicial de la pena o *Strafzumessung* bajo los siguientes alcances: “La determinación judicial de la pena es la parte más importante y al mismo tiempo, la parte más difícil de la decisión en la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito. En la determinación judicial de la pena, el injusto de hecho es ponderado y transformado en sanciones específicas y aplicables; se establece qué pena le corresponde a determinado hecho punible, y qué grado de restricción de la libertad es impuesta al infractor. Desde la decisión del Tribunal, la determinación judicial de la pena expresa la magnitud de la gravedad del hecho, y por lo tanto, la ponderación del interés de todas las partes sobre el proceso penal, incluso del público”.

Sobre la importancia que ha alcanzado esta disciplina dentro del Derecho penal, Roxin afirma: “El derecho de medición (o determinación) de la pena comprende en cambio todas las reglas que son decisorias en cuanto a la clase y cuanta de la pena que se debe imponer. En las últimas décadas se ha desarrollado científicamente hasta convertirse en una disciplina jurídica en buena medida autónoma, pero sistemáticamente pertenece al Derecho penal material, puesto que determina con más precisión las consecuencias de la conducta punible” (Roxin, 1997: 45).

Por su parte, el profesor italiano Ferrajoli, 1995: 402), resaltando su vinculación estrecha con el principio de legalidad de las penas, refiere que “El problema de la determinación de la pena por parte del juez se identifica en gran parte con el de los espacios de discrecionalidad

asignados a la función judicial. La historia de sus soluciones se confunde, en consecuencia, con la del principio de legalidad de las penas expresado en la máxima *nulla poena sine lege*".

2.5.6. Fundamentos Político-Constitucionales de la Pena y la Teoría del Delito.

La función de la pena se cobija en la fundamentación político-constitucional del Derecho penal, siendo para ello necesario asentar también el edificio de la teoría del delito sobre la base del Estado social y democrático de Derecho. No se puede concebir a la teoría del delito desvinculada del fundamento y la función de la pena (Cury, 2005: 765). Al contrario, constituye la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser objeto de una *pena* y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea punible. La contestación a este interrogante ha de depender, por tanto, de la función que se atribuya a la pena y de los límites que se impongan de modo general a su ejercicio. A esta conclusión ha de llegar quien admita que, siendo la teoría del delito la que establece los presupuestos generales de la pena, ha de elaborarse "teleológicamente" o, mejor, a partir de este significado *funcional*, y en base, asimismo, a la *función social* que la Constitución atribuye a la pena. Ello supondrá un planteamiento funcionalista de la teoría del delito.

2.5.7. Función Preventiva de la Pena y Significado de la Norma Penal

La determinación de las condiciones generales de lo punible que, según lo dicho, supone la teoría del delito, debe arrancar de la solución que reciba

la cuestión de la función de la pena (Mir, 2003: 176). La fundamentación constitucional de la concepción preventiva exige edificar el sistema del delito y su contenido material sobre esta base lo que puede llevar a resultados contrapuestos a los que pudieran alcanzarse desde una concepción retributiva de la pena. En efecto, el entendimiento de la pena como medio de prevención, al servicio de la protección efectiva de los ciudadanos, supone atribuir un *significado directivo* (en este sentido, "imperativo") de regulación social, a la norma jurídico-penal, asignándole la función de crear expectativas sociales que motiven a la colectividad en contra de la comisión de delitos. La teoría del delito debe partir, pues, de la siguiente pregunta: *¿qué es lo que puede ser prevenido a través de la motivación por una norma jurídico-penal?* pena (Mir, 2003: 177).

Hablar de una función de prevención, implica asignar un carácter "directivo" a la norma jurídico-penal. En realidad, tal caracterización de las normas penales no puede obviarse tampoco, por completo, ni siquiera desde una teoría retribucionista. Incluso desde este otro prisma habría que admitir que la norma dirigida al juez, la que le obliga a castigar al delincuente (lo que un sector de la doctrina llama "norma secundaria"), encierra inevitablemente un imperativo en forma de mandato (Zaffaroni, 2005: 167). Mas lo cierto es que, en cambio, una concepción puramente retributiva podría negar aunque no necesariamente que las normas penales tuviesen frente a los ciudadanos otra función que la meramente sancionadora y de realización de la justicia (Jescheck, 1981: 234). En cualquier caso, cuando se encarga a la pena la misión activa de protección de la sociedad mediante la prevención de delitos, el Derecho no sólo habrá de dirigir al juez el mandato de castigar los delitos, sino también, y en primer lugar, intentar que los ciudadanos no delinca. El mandato dirigido al juez deberá, entonces, tener el sentido de establecer una amenaza penal dirigida a la colectividad que crea una *expectativa*

social tendente a motivar en los ciudadanos un comportamiento adecuado al Derecho.

En la conminación penal típica, en la creación de una expectativa social de imposición de una pena para el que delinca, ha de verse, pues, la forma de manifestarse la motivación directiva por la que debe realizarse la función de prevención más específicamente "penal".

Ello no supone que las normas penales motiven únicamente a través de la amenaza *directa* de la pena (lo que VON WRIGHT llama "presión normativa"), sino que generalmente se produce una "internalización" de las normas que permite que éstas operen mediante su aceptación por parte del destinatario (Arroyo, 1987: 97). Cuando esta aceptación no se consigue, la eficacia de las normas penales es mucho más difícil. Pero también es cierto que las normas penales sirven de apoyo a la "internalización" de sus objetivos por sus destinatarios. La eficacia de la prevención depende, pues, de ambos factores: de una amenaza de la pena, **a)** capaz por su fuerza de convicción, de determinar su aceptación por parte de sus destinatarios. **b)** Junto a la prevención intimidativa debe destacarse, pues, la prevención positiva que tiende a afirmar el Derecho en la conciencia jurídica de sus destinatarios (Velasquez, 1997: 132).

Ahora bien, desde esta perspectiva preventiva las conductas a las que la ley señala una pena no son sino comportamientos que la misma desea evitar de la sociedad. Pero el Derecho no sólo desea que se omitan los comportamientos penados, sino también otros no castigados pero igualmente indeseables desde el prisma de los intereses protegidos por el Derecho penal. En esto se basa la distinción de antijuridicidad y culpabilidad. Los hechos realizados sin culpabilidad no se hallan penados y, sin embargo, se consideran antijurídicos. La antijuridicidad no puede,

pues, derivarse de la frustración de la expectativa creada por el imperativo penal dirigido al juez ("norma secundaria"), sino de la contradictoriedad con una norma dirigida a la colectividad que expresa lo deseable por el Derecho Penal ("norma primaria"): "no matarás", "no lesionarás", "no robaras", etc. Ambos aspectos, norma secundaria y norma primaria, constituyen el contenido de la norma jurídico-penal en sentido amplio. La norma jurídico-penal establece a la vez el imperativo dirigido al juez y el destinado a los ciudadanos. Aunque sólo formula expresamente la norma secundaria, tácitamente contiene también la norma primaria (García, 1982: 285. Ello permite decir que la conducta que se halla penada por una norma penal está a su vez prohibida por dicha norma penal.

Cuando se hace referencia a la norma penal como prohibitiva de conductas antijurídicas, deberá entenderse en el sentido de que el hecho está prohibido por la norma primaria contenida en la norma penal. No debe obviarse, que el delito nunca puede infringir el imperativo que impone la pena (la norma secundaria o "punitiva" en sentido estricto), sino que, como decía el jurista alemán Binding, el delincuente cumple el supuesto de hecho de dicho imperativo dirigido al juez, que este autor llama "ley penal" (Mir, 1996: 94).

Cabe destacar que el ámbito de la norma secundaria (que impone la pena) es menos amplio que el de la norma primaria: ésta prohíbe más conductas de las que obliga a castigar la norma secundaria, porque de todos los hechos prohibidos por la norma jurídico-penal (es decir, los hechos *antijurídicos*), sólo son punibles los realizados por un sujeto culpable. La prevención a través de la pena sólo tiene lugar frente a los eventuales culpables dirigiéndoles la norma primaria apoyada en la norma secundaria. A los eventuales no culpables sigue dirigiéndoles, sin embargo, la norma primaria. La ausencia de culpabilidad hace que el

Derecho, en atención a las anormales condiciones de motivación del autor, no considere adecuada la pena, pero no significa que no pueda valorar el hecho como indeseable para los intereses penalmente protegidos. La infracción de la norma primaria que protege estos intereses por parte del inculpable no puede ser castigada, pero puede tomarse en cuenta como base para la imposición de una medida de seguridad (Mir, 1996: 93). La antijuridicidad expresa, pues, una valoración jurídico-penal negativa de un comportamiento, distinta a, y de más amplio espectro que la que implica la concreta punición asignada a la culpabilidad. Suele describirse el contenido de la valoración propia de la antijuridicidad diciendo que el hecho injusto se halla "prohibido" o "prescrito". Para un planteamiento preventivista, ello sólo puede entenderse en el sentido de que el Derecho penal desea (y no sólo juzga "bien" o "mal") la no realización o, por el contrario, la realización del hecho (Moccia, 2013: 167).

Ahora bien, para que el Derecho penal pueda desear la evitación de un hecho y considerarlo antijurídico, es preciso que se trate de una conducta evitable mediante la motivación normativa. Un Derecho preventivo no puede desvalorar lo que no se puede evitar. La "valoración" de la antijuridicidad presupone ya la posibilidad de "determinación" del sujeto. El comportamiento no evitable por la motivación normativa no será tampoco evitable por medio de la amenaza penal, y no podrá desplegarse respecto a él la función de prevención que justifica la norma penal en el Estado social. Se sigue que no cabrá considerar constitutivo de delito ningún hecho que no sea posible o no sea necesario evitar mediante la motivación normativa (ámbito de la antijuridicidad). Pero tampoco cabrá reputar delictivo un hecho cuando, pese a subsistir la necesidad y posibilidad de intentar su prevención, no sea lícito castigarlo en atención a las anormales circunstancias en que lo realiza su autor (ámbito de la culpabilidad). Los tres pilares del planteamiento efectuado, posibilidad, necesidad y licitud se fundan en la función de la pena en el Estado social

y democrático de Derecho. Los dos primeros, porque la función de prevención que corresponde al Derecho penal, en este modelo de Estado, pierde su fundamento cuando deja de ser posible o necesaria, ya que la prevención sólo se justifica políticamente por su necesidad para la protección de la sociedad, lo que presupone que esta protección sea posible. El tercer extremo enunciado la licitud de la punición remite a los límites que la prevención debe encontrar en un Estado social que sea democrático y de Derecho.

2.6. Situación actual de la Ejecución de las Penas

En un intento panorámico por delinear algunos derroteros que nos puedan ayudar a dar mayores elementos de comprensión del tema, consideramos que el problema de la ejecución de la pena en nuestro medio, principalmente de la pena privativa de libertad, temporal y perpetua, no puede ser analizado sólo como un asunto y/o problema penitenciario y carcelario, lo que no significa que se obvie tal condición. En una perspectiva más integral planteamos que los aspectos de la ejecución de la pena privativa de libertad y sus aspectos concomitantes, tienen que ver también con el tema de la política penal adoptada por el Estado, así como de la política penitenciaria, temas que generalmente son incluidos dentro del discurso ambiguo, denominado *política criminal*, sobre todo en el campo penal.

2.7. La Pena en el Código Penal de 1991

Conforme, al artículo 28º del Código Penal vigente, coexisten en la legislación peruana cuatro clases de penas. En atención a su procedencia histórica e importancia político - criminal, podemos estructurarlas del siguiente modo:

- Pena Privativa de Libertad.
- Pena de Multa.
- Penas Limitativas de Derechos.
- Pena Restrictiva de Libertad.

2.7.1. Pena Privativa de Libertad

Estas se encuentran reguladas en el Art. 29º del Código Penal de 1991. Según el citado artículo, nuestra legislación cuenta con dos clases de penas privativas de libertad, Primero: la pena privativa de libertad temporal y la pena privativa de libertad de cadena perpetua. Ambas sanciones afectan la libertad ambulatoria del condenado. En tal sentido, precisa García (2008: 691), “la pena privativa de libertad consiste en la limitación coactiva de la libertad de movimiento mediante el internamiento en un establecimiento penitenciario”.

- **La pena privativa de libertad temporal**, tiene una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años. Cabe señalar también que originalmente el artículo 29º solo incluía esta clase de pena privativa de libertad temporal con un límite máximo de 25 años. No obstante, en los proyectos de 1984 y 1985 se había propuesto como máximo de la pena privativa de libertad temporal, 30 años. De esta manera, el término máximo de duración de 35 años fue introducido en el año 1998 con el derogado Decreto Legislativo 895.
- **La pena privativa de libertad de cadena perpetua**, es -en cambio- una pena de duración indeterminada. Ella fue incorporada en 1992.

Se le concibió como una privación de libertad de por vida. Inicialmente sólo fue considerada para la represión de formas agravadas de terrorismo, pero luego, se le utilizó también como pena conminada para sancionar delitos graves cometidos con violencia o por organizaciones criminales como el robo, el secuestro, la violación de menores o el tráfico ilícito de drogas.

2.7.2. Pena de Multa

Esta es una pena de naturaleza pecuniaria que afecta el patrimonio económico del condenado y en particular la disposición absoluta o total de sus rentas e ingresos. La pena de multa, expresa pues, su capacidad punitiva, como “privación de una parte del patrimonio del autor de un delito”.

El pago de la multa consiste en pagar una cantidad de dinero que el condenado debe realizar a favor del Estado, por haber sido declarado autor o participe de un hecho punible. Hay distintas modalidades de pena pecuniaria. En los casos en que el legislador precisa el monto específico sería una multa (tasada). En otras, ocasiones se le representa como un porcentaje de las ganancias ilícitas generadas por el delito o de los ingresos del delincuente o del valor de la mercancía ilegal negociada por el de (multa porcentual). Y también, hay modalidades donde el importe de la multa resulta de la adición y conversión de unidades de referencia como el sueldo mínimo vital o los días – multa (multa dominable) (Prado, 2010: 160).

2.7.3. Penas Limitativas de Derechos

Estas penas constituyen una restricción a otros derechos constitucionalmente reconocidos (García, 2008: 693). En este sentido una modalidad común y tradicional de estas sanciones es la pena de inhabilitación.

Estas penas contribuyen a evitar que se margine al condenado y que la sanción penal sea también utilitaria, en la medida en que es más adecuado a la sociedad, a la víctima y al propio sentenciado cumplir con estas penas alternativas, antes que padecer un encierro de corta duración.

2.7.3.1. La Pena de Inhabilitación

Esta pena es empleada para sancionar actos disfuncionales que infraccionan deberes especiales, para reprimir conductas que implican el abuso de posiciones de poder, de capacidades o de habilidades técnicas. Según, García (2008: 694), “El uso de esta pena limitativa de derechos se ha hecho muy frecuente en los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos, pero también podría aplicarse a los particulares como sería el caso de la inhabilitación profesional contemplada en el artículo 36º, inciso 4 del Código Penal, que impone la incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de terceros, profesión, comercio, arte o industria”. Por lo que la utilidad de la pena es realmente innegable. Es de precisar que nuestro Código Penal de 1991, trata el tema de la inhabilitación entre los artículos 36º al 40º.

2.7.3.2. La pena de Prestación de Servicios a la Comunidad

Esta pena limitativa de derechos resulta ser por su naturaleza y modalidad ejecutiva, pues expresa una tendencia proactiva y de auto resocialización del condenado. Sostiene Roxín (2007: 86) “Cuando volcamos nuestra mirada otra vez hacia los nuevos métodos de sanción, tales como la compensación autor – víctima, la reparación civil prestada bajo esfuerzos personales y también el trabajo comunitario, vemos que todos ellos exigen un compromiso activo del condenado en vez de una simple actitud de soportar las medidas coercitivas estatales (...) Y es que la generalidad ve en estas conductas que el delincuente busca retomar a la legalidad a través de acciones autorresponsables, esto sirve para la paz jurídica, crea confianza y facilita la reinserción del delincuente a la sociedad”.

2.7.4. Pena Restrictiva de Libertad

Estas penas restrictivas de libertad, son según Cobo (1999: 67), “aquellas que, sin privar totalmente al condenado de su libertad de movimientos, le imponen algunas limitaciones. En la actualidad tales penas han caído en un comprensible descrédito, pues sus efectos son muy distintos, desde gravísimos hasta muy leves, según las circunstancias del condenado”. En este sentido también señalan Bustos y Hormazabal (1997: 189): “Históricamente esta clase de penas han sido objeto de numerosas críticas por su utilización para los delincuentes políticos”.

El Código Penal Peruano de 1991, incluye este tipo de penas en el artículo 30^a. Se trata de sanciones penales, que restringen los derechos del condenado a transitar o residir en el territorio nacional. Es decir, que el condenado a penas restrictivas de libertad, deberá abandonar obligatoriamente el territorio de la Republica.

2.8. Individualización y Determinación de la Pena como mecanismo de atribución proporcional al hecho

El deber de fundamentación de las resoluciones judiciales, previsto en el art. 139.5 de la Constitución y en el art. 12 de la Ley Orgánica de Poder Judicial, constituye indudablemente una garantía institucional del derecho al debido proceso y la tutela procesal efectiva que con carácter general establece el art. 139.3 de la Ley Fundamental, de forma que su vulneración se considera causal de nulidad en nuestro ordenamiento jurídico (San Martín, 2003: 112). Acorde con ello, la fundamentación de una decisión condenatoria no se agota en la atribución del injusto culpable al autor, es necesaria además la argumentación relativa a la individualización y determinación judicial de la pena (Berdugo, 1999: 381, a fin de evitar que la fijación de los límites de la condena se convierta en una «zona de riesgo» para los derechos fundamentales. Como precisa Jescheck, 1981: 787). Pero estos parámetros no dejarán de concurrir por el simple hecho de ser jurídicamente indeseables.

Antes bien, la determinación de las consecuencias jurídicas del delito, como la imposición de una pena o una medida alternativa, el tipo de pena o la intensidad de ésta, aún se percibe en la jurisprudencia penal peruana como un espacio de arbitrio judicial que permite alcanzar una justicia individualizada. Pero el desarrollo de la dogmática penal no se agota en la teoría del delito, su influencia en el momento de la «individualización judicial de la pena», reduce significativamente esta discrecionalidad, pues concuerda la decisión sancionadora con el principio de culpabilidad y los fines de prevención.

Si bien la búsqueda de la «pena justa» y adecuada al autor y su hecho es una constante en la ciencia penal, la individualización judicial de la pena (Mir, 1996: 736) se sitúa en un ámbito del Derecho Penal, material en proceso de elaboración, tanto por su complejidad conceptual como por el

escaso estudio que se le ha dedicado en las últimas décadas. La complejidad del acto de determinación de la pena está vinculada a las diferentes funciones que cumple o pretende cumplir la pena frente a la infracción de una norma penal, por lo que la identificación o selección de los criterios que deben orientar la decisión y su influencia sobre la pena concreta requiere previamente la adopción de una concepción de la pena que justifique la injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales de las personas. Tradicionalmente, la doctrina distingue entre individualización legal, judicial y administrativa de la pena (Mir, 1996: 738). Según, esta clasificación, la individualización legislativa es la que realiza el legislador cuando preestablece distintas clases de penas, concediéndole al juez un marco legal abstracto al que debe someterse para realizar la «individualización de la pena» en el caso concreto. Por ejemplo, el art. 196 del Código Penal, sanciona la estafa con pena privativa de libertad de 1 a 6 años. La individualización judicial de la pena consiste en la identificación de la sanción concreta a imponerse dentro del marco legal. En el ejemplo anterior, el Juez puede decidir imponer al estafador la pena de 4 años de privación de su libertad. Por su parte, la individualización administrativa refiere a todas aquellas medidas relativas al tratamiento penitenciario.

Para Demetrio (1999: 414), en la determinación legal de la pena se observa una dimensión legislativa y otra judicial, primero opera la «fijación legal de la pena», mediante la cual el legislador establece en abstracto las sanciones correspondientes a los delitos, señalando la pena máxima y mínima en cada delito según su gravedad, de modo tal que se ofrece al Juez un espacio de juego o marco penal. En segundo lugar se aprecia la determinación judicial de la pena, el Juez fijara la pena abstracta que se considera suficiente para impedir potenciales hechos delictivos atendiendo a criterios de proporcionalidad («*marco penal abstracto*»), y decide la clase y cantidad de pena todavía en abstracto que debe imponerse frente

al hecho («*marco penal concreto*»), según el grado de ejecución del delito, el título en virtud del cual interviene el agente y las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal.

Luego, dentro del marco penal genérico fijado por el legislador para el delito, el juez asume la tarea de la elección de la pena adecuada al caso concreto. Precisamente, el problema es elegir la pena justa a partir del marco penal típico correctamente determinado, más no la corrección de un tipo penal determinado incorrectamente, ni la cuestión de la inimputabilidad del autor. La individualización de la pena reviste tal importancia que constituye, junto con la apreciación de la prueba y la aplicación de un precepto jurídico penal a hechos probados, la tercera función autónoma del juez penal. La importancia de determinación judicial de la pena también es política, radica en constatar hasta qué punto los postulados del Estado democrático de Derecho, concurren en el momento decisivo del castigo. Así, la búsqueda de la «*pena justa que comunique a la ciudadanía*» se transforma en el objetivo prioritario del sistema penal, entendiéndose la justa determinación del castigo como un acto del Estado contra un ciudadano, en el que deben concurrir simultáneamente los intereses y derechos de ambas partes, teniendo en cuenta que cualquier represión innecesaria deslegitima el instrumento punitivo.

En palabras de Jescheck (1981: 788), la determinación judicial de la pena constituye un acto de discrecionalidad jurídicamente vinculada, en el sentido que el juez puede moverse libremente en principio dentro del marco legal previamente determinado por el legislador para una determinada infracción penal, correspondiéndole la misión de concretar la conminación penal de la ley para el caso particular, orientado por principios contenidos expresamente en la ley o derivados de los fines de la pena.

Sin duda, la importancia dada a la problemática de la determinación judicial de la pena por parte de la doctrina contemporánea, es producto de la necesidad de dotar de racionalidad a una parcela del ordenamiento librada tradicionalmente a la arbitrariedad y que ha generado muchos abusos (Velasquez, 1997: 764). Así, la institución de la determinación de la pena ha sido tradicionalmente vista como un acto de discrecionalidad técnica del juez (Ziffer, 1998: 26), lo cual resulta intolerable desde que la imposición de una pena implica la máxima injerencia estatal posible sobre la persona. Como se ha mencionado, la determinación judicial de la pena exige previamente reflexionar acerca de qué es lo que se pretende conseguir con la aplicación de la pena al caso particular, esto es, cuál es la función de la pena, cuál es el fin que autoriza y legitima la injerencia estatal. Así, en el afán de responder esta interrogante y de armonizar los diversos fines concedidos a la pena en abstracto, se desarrollaron las denominadas «teorías de la unión» que intentaron resolver el problema mediante la distribución de los diversos fines según las etapas de penalización. De este modo, la entidad de la pena debiera corresponderse con el grado del injusto y de la culpabilidad, y debe cumplir una función resocializadora del autor, así como proteger a la sociedad del infractor penal.

Desde la perspectiva del Derecho Penal español, Bacigalupo (1980: 58), también propone una ordenación sistemática para concebirla como un proceso lógico, logrando diferenciar cuatro etapas:

- a)** Determinación de los fines de la pena, esto es, optar por la prevención especial o por la general.
- b)** Fijación de las circunstancias de hecho a valorar o factores reales.

- c) Valoración de los factores reales de la individualización a favor o en contra del autor.
- d) Transformación de todas las consideraciones en una expresión numérica.

El Código Penal modificado por la Ley N° 30076 publicada el 19/08/2013 establece que:

«Artículo 45. El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta:

1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupe en la sociedad;
2. Su cultura y sus costumbres; y
3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen» (Hurtado, 1993: 26).

Artículo 45-A.-

Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad.

El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres etapas.

2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:
 - a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.
 - b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.
 - c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.
3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:
 - a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior;
 - b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y
 - c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

2.9. Medidas Alternativas a la Pena Privativa de Libertad

Desde nuestra perspectiva podemos apreciar que en nuestro país, a lo largo del siglo pasado e inicios del nuevo milenio, se ha podido apreciar una tendencia constante hacia la agravación de las penas para diversos delitos, así como de configurar nuevas modalidades delictivas; política penal que tiene especial característica por el aumento de las penas y concomitantemente en el creciente hacinamiento de los establecimientos carcelarios, con el supuesto propósito de disminuir el índice de la delincuencia o evitar su reincidencia.

Esta política legislativa penal impulsada no sólo por el Poder Legislativo, sino también por el Poder Ejecutivo, ha generado un verdadero problema, como es la sobrepoblación carcelaria en muchos establecimientos penales del país. El aumento creciente de las penas en diversos delitos, durante la vigencia del actual código penal peruano de 1991 es bastante notorio, si comparamos las penas o sanciones que estipulaba el primigenio texto, comparada con las penas hoy vigentes. Estos hechos nos llevan a plantear provisionalmente, la necesidad de evaluar dicha política sobrecriminalizadora por una perspectiva menos drástica, que sin lugar a dudas, termina convirtiendo al ordenamiento jurídico penal, como un sistema de normas simbólicas, pues el hecho de endurecer las sanciones, no incide de modo positivo en las reducción de los índices de criminalidad; y las penas terminan también convirtiéndose en instrumentos superfluos a la hora de resolver un conflicto penal.

Uno de los principales rasgos característicos del proceso de reforma penal que tuvo lugar en el Perú, entre 1984 y 1991, fue la clara vocación despenalizadora que guió al legislador. Esta posición político criminal favoreció la inclusión sucesiva de nuevas medidas alternativas a la pena privativa de libertad, diferentes a la condena condicional prevista ya en el CP de 1924. En el vigente Código, se incluyen cinco modalidades de medidas alternativas:

- Sustitución de penas privativas de libertad.
- Conversión de penas privativas de libertad.
- Suspensión de la ejecución de la pena.
- Reserva de fallo condenatorio.
- Exención de Pena.

2.9.1. Suspensión de la Ejecución de la Pena

Según la doctrina, sus orígenes se encuentran, hacia finales del siglo XIX, en los procedimientos de *sursis* aplicados en Francia y Bélgica, así como en la *probation* norteamericana e inglesa. Se trata de uno de los procedimientos más tradicionales desarrollados por la doctrina con el objetivo de limitar el cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad de corta o mediana duración. Corresponde a las medidas de *régimen de prueba*. Consiste en intercambiar la ejecución de la pena privativa de libertad por un período de prueba, durante el cual el condenado queda sujeto a un régimen de restricciones o reglas de conducta.

En el derecho penal peruano, esta medida fue prevista en el CP de 1924, bajo el nombre de condena condicional. Inicialmente, se disponía su aplicación para el caso de delitos culposos. Con posterioridad, debido a reformas en el CdePP, se amplió su aplicación a dos años y siempre que el condenado no fuera reincidente.

Se trata de una medida de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y no de sustitución de dicha pena. La simple suspensión de la ejecución de la condena no constituye un mecanismo de sustitución de la pena, sino, en todo caso, una renuncia provisional al pronunciamiento o ejecución de la misma que, en su momento, puede convertirse en definitiva. La suspensión de la ejecución de la pena implica también una forma de tratamiento en régimen de libertad, consistente en suspender la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia condenatoria. De esta manera el sentenciado no es internado en un centro carcelario para cumplir la pena fijada por la autoridad judicial, si no que permanece en libertad, pero sometido a un régimen de reglas de conducta y a la obligación de no delinquir.

Si durante el período de prueba el sentenciado cumple con las reglas de conducta impuestas, se da por extinguida por la pena y se cancela su inscripción en el registro de antecedentes penales.

Pero, si el sentenciado no cumple con dichas reglas se le impondrán mayores restricciones o sanciones, entre ellas, la posibilidad de revocar la suspensión disponiéndose el cumplimiento total y efectivo de la pena impuesta.

El artículo 57 del Código Penal modificado por el artículo 1 de la Ley N° 30076 (publicada el 19/08/2013) establece los requisitos o presupuestos para su aplicación:

“El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años;
2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formula la autoridad judicial requiere de debida motivación; y,
3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

La última modificatoria ha introducido al texto legal en el numeral 2 el presupuesto referido al “comportamiento procesal” como criterio de valoración por el juez y sobre él inferir o deducir que no volverá a cometer nuevo delito. Agrega que el pronóstico favorable sobre la conducta futura del agente debe ser debidamente motivado. Es decir, el juez se encuentra en la obligación de expresar y explicar cómo es que en el caso concreto el sentenciado cumple con el pronóstico de no volver a delinquir. Aquí cabe realizar dos afirmaciones: en primer lugar, la suspensión de la ejecución de

la pena sigue siendo una “*facultad*” del juez y no un “*deber*”; en segundo lugar, que dada su naturaleza de medida alternativa a la ejecución de la pena no puede ser aplicada de manera indiscriminada sino que su habilitación requiere de los requisitos exigidos en el dispositivo antes citado y debidamente expuestos por el Juez. Esto de alguna manera corrige las deficiencias de motivación de resoluciones judiciales en este punto de lo que se deriva que el juez no puede presumir de “buena fe” que el agente no volverá a delinquir pues no se encuentra dentro de su libre arbitrio o discrecionalidad.

Por otro lado, al suspender la ejecución de la pena, el juez impone las siguientes reglas de conducta que sean aplicables al caso:

- 1) Prohibición de frecuentar determinados lugares;
- 2) Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez;
- 3) Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades;
- 4) Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo;
- 5) Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito;
- 6) Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol;
- 7) Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente; o,
- 8) Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.

2.10. Política Criminal irracional de las Penas, Función Jurisdiccional y Desestabilización normativa de la Prevención General Positiva

Observando en una primera impresión las penas privativas de libertad que se fijaban en el texto original del Código Penal Peruano en 1991, con el texto actual, se aprecia que las penas han crecido irracionalmente, pero a su vez se puede percibir en la realidad que la incidencia de tal criminalidad no ha logrado ser contenida, lo que nos debería llevar a pensar que es necesario considerar algo más que la ley penal y que el delito, lamentablemente, está fuera del control legal y de las salas de justicia penal.

Otro aspecto general que se puede deducir de ésta comparación es que el aumento sobredimensionado de las penas privativas de libertad han llegado a su tope máximo, recurriendo incluso a una sanción penal que se consideraba ya fuera de los textos penales actuales: la cadena perpetua o prisión de por vida.

Observando en forma más específica, el delito de *secuestro*, como conducta que genera preocupación y temor en la comunidad potencialmente víctima de este ilícito penal, se aprecia sin embargo, que la pena máxima que se señalaba para su modalidad simple era de 4 años de pena privativa de la libertad, pero con la reforma sufrida la pena máxima actualmente es de 30 años de prisión, habiendo alcanzado realmente un aumento de 26 años de pena privativa de libertad más de penalización. Además con las reformas se ha incluido una agravante especial, la misma que se sanciona con la pena de cadena perpetua, basado en una decisión “político criminal” que optó por elevar la sanción en forma exagerada, de tal forma que el condenado con esta pena en el mejor de los casos podría salir a los 35

años de pena efectiva, debido también a que la reforma introducida en dicha sanción permite su revisión a los 35 años de pena cumplida.

En el *hurto agravado* se pasó de 4 de años de pena privativa de libertad como pena máxima, hasta 15 años de sanción, si el agente es jefe o cabecilla de una organización, apreciándose un aumento de 11 años de pena privativa de libertad más para este caso especial adicionado por la reforma.

Fenómeno similar se aprecia en el delito de *robo agravado*, que inicialmente merecía una pena máxima no mayor de 8 años de prisión y actualmente el máximo es de 20 años, apreciándose un aumento de hasta 12 años de pena.

La interrogante que nos podemos hacer frente a este aumento de la pena en el delito de robo es *¿Cuál ha sido el sustento para llegar a este nivel de sanción penal?*, qué fundamentos objetivos avalan esta decisión de recluir de por vida al delincuente, *¿Se está tomando en cuenta el principio de proporcionalidad?*

Luego de ver parte de esta legislación sobrecriminalizadora, nos podemos preguntar, utilizando el lenguaje de los penalistas, *¿Cuál ha sido el sustento político criminal, para endurecer las penas sin que hasta ahora se obtengan resultados positivos frente a la criminalidad?*, *¿Qué fundamentos racionales han llevado a este salto progresivo hacia la sobre penalización que prácticamente en los delitos revisados ha llegado al tope máximo? También podemos preguntarnos ¿Cuál es el fundamento racional y equilibrado para esta propuesta, teniendo en cuenta los criterios dominantes en nuestro actual modelo de Derecho Penal que se orienta por la prevención del delito? O ¿Es que se quiere una política de venganza “porque los delincuentes que contrarían la norma merecen morir”?*

No podemos negar que algunas personas, fundamentalmente los actores del sistema de justicia, piensan hasta ahora que la venganza es una alternativa, sin embargo, en nuestro ámbito penal y cultural se considera que tal criterio no es aceptable en el actual desarrollo del Derecho Penal.

Si revisamos nuevamente tales figuras delictivas, apreciaremos que los delitos patrimoniales constituyen los mayores volúmenes de criminalidad en la realidad social, los mismos que sin embargo no han disminuido pese a la dura sanción penal que contiene la norma penal. Nos encontramos frente a un Derecho Penal que tiende a convertirse en un arsenal de normas superfluas, que simplemente cumpliría una función simbólica en la sociedad, olvidando que la real función de la pena consiste -mediante su imposición- en “comunicar” la afirmación del derecho y de los valores jurídicos que se defienden en toda sociedad, motivando así a los demás, no a través del miedo, sino a través del legítimo derecho y sólo, aplicando criterios razonables a la hora de determinar una pena, un proceso teleológico que debe buscar tres cosas fundamentalmente: Primero, un *efecto de aprendizaje* sobre los ciudadanos, Segundo, un *efecto de confianza* que se generará en la ciudadanía, respecto a la vigencia de las normas y la credibilidad de sus instituciones, y Tercero, un *efecto de pacificación*, porque la pena va a solucionar el quebrantamiento del orden jurídico y esto debe generar un síntoma de concientización en el resto. Dicho de otra manera, para que la vida del hombre sea posible en sociedad, éste debe poder orientar su actuar a partir de expectativas legítimas y racionales frente al comportamiento de los demás, de tal manera que si una persona defrauda alguna de esas expectativas contenida –claro está- en una norma de carácter penal, el Derecho Penal por medio de la pena procurará restablecer la vigencia de la expectativa defraudada, indicando con su aplicación que el comportamiento del “delincuente” es

incorrecto y que la víctima, como el resto de las personas, puede seguir en adelante orientando su comportamiento de acuerdo con esa expectativa, que a pesar del delito se mantiene vigente (Lesch, 1999: 75).

Podemos graficar con un caso concreto la forma en que la praxis, termina desnaturalizando la función de la pena, claro está que ésta última función va a depender de la decisión que adopte el Juez al momento de resolver la situación en controversia, pero ello no obsta, para poder colocar sobre el tamiz del debate ésta latente realidad y ofrecer los mecanismos más idóneos, que permitan tener un horizonte claro, respecto a las condiciones de aplicación de pena y su merecida imposición, y no terminar dando la espalda a la realidad de que ante una situación donde avanza el crimen a ritmo vertiginoso, aún se responda de manera muy simbólica a los delitos, y termine afectándose la función de la pena –teoría de la prevención general positiva– que consiste en reafirmar el derecho, observando los principios de proporcionalidad y culpabilidad, negando la voluntad del autor del delito, mediante un efecto positivo que proyectara la pena tal cual es, garantizar un estado de condiciones favorables para el desarrollo de los que interactúan en sociedad.

Lo que debe buscar es evitar que el Derecho Penal, mediante la imposición de la pena, termine convirtiéndose en un mecanismo de descarga procesal que con fines de celeridad, se pretendan acabar procesos penales, brindando soluciones simbólicas en casos concretos, como otorgándose penas suspendidas cuando la gravedad de los hechos demandan que se imponga una pena privativa de libertad efectiva, aquí saldrá a tallar la trascendencia del Juez penal en el proceso penal, como concededor del Derecho.

2.11. Sobre la Crítica a la Teoría de la Prevención General Positiva

La interminable cuestión sobre el sentido y fin de la pena ha dejado de ser un mero ejercicio filosófico carente de valor, para pasar a ser un problema central que afecta a la legitimización misma del Estado moderno. Es por ello que en el escenario doctrinal actual sobre la pena, se alza con impresionante rapidez, el concepto de la llamada prevención general positiva, teoría la cual ve su fundamento en mantener y robustecer la confianza en la fuerza estabilizadora y prevalente del ordenamiento jurídico, por consiguiente, en la tarea de mostrar la inquebrantabilidad del mismo ante la comunidad jurídica, y así, en fortalecer la fidelidad de la colectividad al Derecho. Es claro, que esta teoría se origina en su versión normativa, a raíz del planteamiento del profesor alemán Jakobs. Si bien este mismo autor denomina a su comprensión de la pena, al igual que su maestro Welzel, “*prevención general positiva*” (Jakobs, 2003: 48), un análisis de su planteamiento muestra claras diferencias con la prevención general positiva de Welzel. Así, Jakobs, cuestiona que la función del Derecho Penal sea motivar a las personas a evitar lesiones a los bienes jurídicos, en la medida que cuando el Derecho Penal aparece en escena, éstos se encuentran ya lesionados. Por otra parte, los bienes jurídicos resultan lesionados en diversas circunstancias sin que el Derecho Penal tenga que intervenir por ello (una persona muere por su avanzada edad o un automóvil se deteriora por el paso del tiempo) (Jakobs, 2003: 59), así como el Derecho Penal interviene muchas veces sin que se precise de la efectiva lesión de un bien jurídico (tentativa, por ejemplo). En consecuencia, la prohibición penal no es no lesionar bienes jurídicos, sino no realizar conductas que socialmente se consideren capaces de lesionar un bien jurídico. Como puede verse, el delito no se estructura sobre la lesión, sino sobre la defraudación de una expectativa social de no realizar conductas socialmente perturbadoras. En este contexto de

ideas, la pena no protegería necesariamente bienes jurídicos, sino que devolvería la vigencia comunicativa social a la norma infringida por el autor de una afectación al bien jurídico (Jakobs, 2003: 61).

En este sentido, es que ha tomado forma la discusión sobre la pena, que actualmente sin lugar a dudas, se sintetiza en el lema de la “prevención general positiva”, que ya no sitúa el efecto buscado de la amenaza penal y de la ejecución penal, en la intimidación (*prevención especial negativa*) de los sujetos con inclinación a delinquir, sino en la estabilización a largo plazo de la confianza de todos los ciudadanos en la inviolabilidad del orden jurídico penal. Bien, pero este discurso de la prevención general positiva, no ha sido, ni es hasta ahora, bien mirado por los estudiosos de la materia, al contrario, ha generado muchas posiciones en contra. Una de las críticas más usuales, es que se le ha cuestionado realizar una labor pedagógica y educativa que penetra indebidamente – por no decir arbitrariamente –, en la esfera de autonomía atribuida jurídicamente al ciudadano (Silva, 2002: 234). En este sentido, esta teoría tendría cierto corte autoritario, al imponer a los ciudadanos ciertos valores ético – sociales de carácter elemental.

Es necesario recordar que desde tiempos del idealismo alemán, representado por Kant y Hegel, el Derecho solamente puede exigir el cumplimiento externo de sus mandatos y prohibiciones, pero no procurar que el ciudadano asuma las razones de tales mandatos y prohibiciones. El reconocimiento actual del derecho al libre desarrollo de la personalidad, haría poco viable una teoría de la prevención general positiva, como la descrita en nuestro sistema jurídico.

Como puede verse, en el planteamiento funcional de Jakobs (1998: 18), se destaca especialmente la necesidad de una vigencia segura de la norma, en tanto sólo así resultaría posible una orientación en los contactos sociales. Si bien podría procederse cognitivamente frente a la decepción de expectativas en el marco de los contactos sociales, es

decir, modificando el modelo de orientación de manera que no se vuelva a cometer el mismo error (*no confiar más en la norma defraudada*), esta forma de resolver la defraudación de las expectativas haría finalmente difícil la convivencia social basada en la confianza. Por consiguiente, la norma debe mantenerse a pesar de la defraudación, de manera que el error no se encuentre en los que confiaron en la norma, sino en el sujeto que la infringió (Jakobs, 2003: 50).

Pero como en estos casos no recae sobre el que defrauda la norma una *poena naturalis*, como sucedería en el mundo sujeto a las leyes naturales, se requiere de un castigo que declare el fracaso en la orientación social de quien infringe la norma. Este castigo convencional es la pena. Entonces, en síntesis, podría decirse que para la concepción normativa pro defensa de la prevención general positiva, como teoría que explicaría mejor el uso de la pena en un Estado de Derecho, el Derecho Penal obtendría su legitimación material en la necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas normativas (*depositadas en las normas*) esenciales, frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente (Jakobs y Cancio, 2000: 32). El restablecimiento de las expectativas normativas esenciales se lleva a cabo mediante un acto que vendría a ser la pena, instrumento punitivo estatal, el que va a negar comunicativamente la conducta defraudatoria, con la que se pone de manifiesto que la conducta del infractor no se corresponde con las expectativas normativas vigentes y que éstas siguen siendo modelo de orientación social. Como puede verse, la función de la pena no tiene una incidencia sobre el individuo, sino sobre el sistema social. La pena debe imponerse para el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad.

Luego, entonces, de describir el panorama sobre el cual se asienta los postulados básicos de la prevención general positiva, se hace inevitable

poder contrastar esta teoría, con las objeciones provenientes desde distintos sectores de la dogmática y poner a prueba las críticas y poder hacer luego una revisión de sus contenidos fundamentales.

Sin lugar a dudas, uno de los principales críticos de la prevención general positiva es el profesor alemán, Schunemann, (1997: 345), quien considera que dicha teoría vislumbra el renacimiento de la teoría absoluta de la pena, como una especie de “*eterna vuelta a lo mismo*”. Dicho autor agrupa sus críticas en dos corrientes. Por un lado, en el plano de la filosofía moral y a meras consideraciones de utilidad, lo llevan a cuestionar la legitimidad de la pena. Y, por otro, en el plano de la sociología, la ponen en duda por la influenciabilidad del sentimiento de justicia de la colectividad a través de medidas adoptadas en función del mismo.

Se objeta a la prevención general positiva la carencia de capacidad para fundamentar el Derecho Penal, pues se basa en una premisa tomada ocultamente de la teoría de la retribución. *¿Cómo puede influirse positivamente en la confianza de la colectividad en el Derecho a través de la sanción de un individuo, si no damos ya por supuesto que ésta es conforme con el principio de justicia?* Más bien sucede al contrario: si la sanción de un delincuente no es en sí misma conforme con el principio de justicia, aunque la colectividad, en virtud de sus arcaicas representaciones, mantenga que lo es, no podrá seguir siendo justo recurrir a las mismas como concepto al servicio de la prevención general positiva. Si así fuera, la justicia penal, conceptualmente ajena a la influencia de prejuicios, fundamentaría la pena —que en realidad pasaría a ser injusta— en unas concepciones sociales superadas. Con ello se abusaría del delincuente como medio para satisfacer anticuados prejuicios, lo cual conduciría a una hipocresía; e incluso con esa justificación se impediría cualquier efectividad de la pena.

Asimismo, otro de los que ha salido al frente a criticar la *prevención general positiva*, es el profesor español Mir (1982: 123), quien señala que una teoría de la prevención general positiva, basada en la protección de las expectativas cognitivas depositadas en la norma, como reafirmación del derecho, proyecta el contenido de la pena, como un mecanismo que queda desligado de la función de protección de bienes jurídicos propios del Derecho Penal liberal.

Bajo esa lógica, se advierte también que la intervención penal para la “garantización de expectativas”, es un concepto que se maneja olvidando la especificidad propia del Derecho Penal en cuanto a instancia de control formal que está condicionada por múltiples límites y garantías. Parece que tienden a eliminarse las barreras formales del Derecho penal y otros medios de control social menos traumáticos y estigmatizadores.

Otro punto que se ha colocado sobre el tamiz del debate, en cuanto a las críticas a la perspectiva sistémica de abordar la concepción sobre funciones y fines de la pena, es que la prevención general positiva, al importarle solo la estabilidad del sistema, sin importar los medios para la consecución de tal fin, podría generar un estado de relajación de las garantías liberales, a costa, de que el sistema sólo funcione y los ciudadanos confíen más en la norma, sin importar la severidad de los castigos al infractor, en este sentido, se eliminarían los límites del *ius puniendi* tanto en el aspecto formal como material, esto conduciría a la legitimación y desarrollo de una política criminal carente de absoluta legitimación democrática que ilumine el funcionamiento de la pena en un Estado de Derecho.

Respecto, al fin principal de la prevención general positiva, como es mediante la pena, anular la voluntad del delincuente para contrariar la norma y finalmente devolver a la ciudadanía nuevamente, las condiciones ideales para que vuelvan a creer en la vigencia de la norma, ha formulado otra crítica el profesor Mir (1982: 126). que sostiene “La injerencia del Derecho Penal en la conciencia moral de los ciudadanos es inaceptable desde los postulados del Estado social y democrático de Derecho”.

Desde una perspectiva muy crítica, también se ha mostrado el profesor Zaffaroni (2002: 42), al señalar respecto a la prevención general positiva, “El poder punitivo no cura las heridas de la víctima, ni siquiera retribuye el daño, sino que hace mal al autor, pero se afirma que éste mal debe entenderse como parte de un proceso comunicativo. El delito sería una suerte de mala propaganda para el sistema, y la pena sería la forma que el sistema hace su publicidad neutralizante”. También se considera que en realidad, la pena no serviría para nada, pero debería hacerse creer que sí sirve para el bien de la sociedad. Y la sociedad cree esto como el resultado de un prejuicio intimidatorio. Entonces, una de las principales consecuencias de la prevención general positiva, sería que como crímenes de cuello blanco no alteran el consenso mientras no sean percibidos como conflictos delictivos su criminalización no tendría sentido. En la práctica, se trataría de la ilusión que se mantiene porque la opinión pública la sustenta, y que conviene seguir sosteniendo y reforzando porque con ella se sostiene el sistema social (el poder).

Agrega el profesor Zaffaroni (2002: 44) que desde lo teórico la criminalización sería sólo un símbolo que se usa para sostener la

confianza en el sistema, de modo que también mediatiza (cosifica) a una persona, utilizando su dolor como símbolo, porque debe priorizar el sistema a la persona, tanto del autor como de la víctima. Las categorías de análisis jurídico se vaciarían, pues el sistema sería el único bien jurídico realmente protegido; desarrollado coherentemente el pensamiento de la teoría de la prevención general positiva, debería concluirse que el delito no sería un conflicto que lesiona derechos, sino cualquier conducta que lesione la confianza en el sistema, aunque no afecte los derechos de nadie. En conclusión, Zaffaroni (2002: 56), define a la pena del siguiente modo: “una coerción, que impone una privación de derechos o un dolor que no repara ni restituye y tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes”. De este modo, se reconoce el carácter irracional de la pena, lo que permite identificarlo como un hecho político y no jurídico, que simplemente existe sin justificación jurídica alguna.

Se sostiene que la lógica de la prevención general positiva, indicaría que cuando un sistema se halle muy desequilibrado por sus defectos, por la injusticia distributiva, por las carencias de la población, por la selectividad del poder, por la violencia social, etc. Será necesario un enorme esfuerzo para crear confianza en él, y para ello no debiera dudar en apelar a la criminalización eventualmente atroz y a medios de investigación inquisitorias.

Finalmente, la fidelidad a la norma, que propaga la prevención general positiva tiende a la mera retribución de la una vida desobediente al Estado, es decir, no a reprimir un hecho sino una personalidad contraria a una ética que el Estado le parece la única correcta. Tal es así, que Muñoz (1996: 16), por ejemplo, manifiesta que “la teoría sistémica de la pena –prevención general positiva–, conduce a una concepción preventiva integradora del derecho penal, en la que el centro de gravedad de la norma jurídica penal pasa de la subjetividad del

individuo a la subjetividad del sistema, buscando un fortalecimiento del sistema existente y de sus expectativas institucionales, pero no su modificación crítica”. Con esto se observa cómo esta teoría funcional niega el carácter conflictivo de la sociedad y el carácter violento del derecho penal, asumiendo el delito como “la expresión simbólica de una falta de fidelidad al sistema social” y la pena como “la expresión simbólica de la superioridad del sistema”.

A decir, del profesor italiano Baratta (1985:11), las concepciones de la "prevención positiva", utiliza la concepción de Luhmann del derecho como instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas. El centro de atención radica, en particular, en el concepto luhmanniano, sobre la confianza institucional, entendida como forma de integración social que en los sistemas complejos sustituye los mecanismos espontáneos de confianza recíproca entre los individuos, existentes en una comunidad de organización elemental. Según éste autor italiano, la teoría de la prevención general positiva, desarrolla una función conservadora y legitimante de las tradicionales concepciones absolutistas y gestiones penales de los conflictos de desviación. Su contribución al conocimiento, construcción y gestión de los conflictos, no va más allá de la llamada *cultura del sistema penal*. Antes bien, tal teoría ofrece un nuevo soporte a esa cultura y reconfirma su principal función: la reproducción ideológica y material de las relaciones sociales existentes (Baratta, 1985: 14). Al fundamentar la función penal dando prevalencia a la conservación del sistema social respecto de las necesidades y valores de los individuos, la teoría de la prevención general positiva, aplica coherentemente la teoría sistémica, por cuanto mantiene la actual relación entre el "sistema sociedad" y el "subsistema hombre". La alienación de la subjetividad y la centralidad del hombre en beneficio del

sistema, que se encuentra fielmente descrita por la teoría sistémica, pero no es criticable desde su propio interior, produce también en la teoría del subsistema penal, el desplazamiento del sujeto de centro y fin del derecho, a objeto de abstracciones normativas e instrumento de funciones sociales. En especial, en la incriminación de responsabilidad penal, el sujeto de ser el fin de la intervención institucional, pasa a convertirse en el soporte psicofísico de una acción simbólica, cuyos fines están fuera de él y de la cual constituye únicamente un instrumento. Parece que la figura del "chivo expiatorio", de la cual se sirve la teoría psicoanalítica del delito y de la pena, para mostrar el componente irracional de los sistemas punitivos, es replanteada aunque con fines bien distintos y en el lenguaje más abstracto de la teoría sistémica de la prevención general positiva. Parece ser que dicho componente queda elevado, en la teoría de la prevención general positiva, al rango de un principio de absoluta racionalidad del sistema. Pero es sólo aparente la paradoja de esta teoría, consistente en centrar la responsabilidad sobre un sujeto que al mismo tiempo resulta desubjetivizado respecto del sistema (Baratta, 1985:17).

Finalmente, es de considerar otra de las críticas de la pena en la visión sistémica, la cual es, la pena como un mal, que en el plano lingüístico se impondría a un culpable a causa de necesidades preventivas para la protección del sistema normativo, y frente al mismo resultaría justificada la imposición en virtud de su culpabilidad; y en el plano metalingüístico se concebiría como reproche. El resultado comunicativo en este meta-nivel es entonces provocar consecuencias simbólicas como consecuencia de la condena y con ello efectos de prevención general positiva. Si ello es correcto, entonces se podría aventurar a formular una hipótesis: al comienzo de casi todas las culturas existe el pensamiento de la retribución, imposible de erradicar de la conciencia jurídica general. La

consecuencia resultante de concebir la amenaza de pena sólo frente a personas dotadas de libre albedrío, y, por tanto, que realizan comportamientos culpables, y de que en esa medida es necesario imponer la pena señalada – pues ello resulta ineludible para un Estado que no quiere quedar respecto del delito como un embustero – (Schunemann, 1997:173). Es que en su objetiva aplicación se concibe desde todo punto de vista como adecuada retribución. También, se sostiene que todo ello puede, además, combinarse con la necesidad de venganza como un instinto primitivo surgido del impulso agresivo. Por ello, no puede sorprender en adelante el fundamento metafísico del transfondo retribucionista que tiene la prevención general positiva. De este modo, el instinto primitivo de venganza, la explicación religiosa del mundo, y el mecanismo lógico de la prevención general a través de la conminación en conexión con el principio de culpabilidad, todos ellos a la vez hacen que el pensamiento de la retribución se convierta en principio por excelencia de justicia. *¿Qué resulta pues de esto para el juicio sobre la aplicación de la pena en cuanto «afirmación contrafáctica de la norma» en la referida prevención general positiva?* En caso de que se parta de ella, que la amenaza de pena debe ser calculable ya por el autor en el momento de la realización del hecho. En favor de esta idea obra muy eficazmente el principio general *nulla poena sine lege* (Véase, art. 7 Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948), cimentado en la Constitución, pues el efecto en la colectividad de la aplicación singular de la pena es un simple epifenómeno, al cual no se añade ningún significado por el hecho de que se determine elevar la pena. Formulada de otro modo, se argumenta, que la prevención general positiva es, pues, un bienvenido efecto concomitante, pero carente de significado teórico propio (Schuneman, 1997: 173). Sin embargo, la considerable popularidad de la prevención general positiva en la discusión actual parece resultado de que el fenómeno del consabido castigo selectivo de lesiones para bienes jurídicos, que ha pasado a ser cada vez más característico de la moderna

doctrina penal, puede resultar en apariencia más fácilmente justificado si se observa que una reducida cuota de sanción resulta ya suficiente para mantener la confianza de la colectividad en el Derecho. Recuerda a algo de la teoría sociológica de Helmut Poptiz (Schunem, 1997: 176), “una utilización selectiva del Derecho penal sería ya apropiada precisamente para el mantenimiento de la confianza de la población en la norma, mientras que persiguiendo en cambio absolutamente todas las infracciones se reconoce en realidad la mínima validez de la norma en general y, en esa medida, se experimentaría un absoluto colapso”.

2.12. ¿Tránsito hacia un Derecho Penal Simbólico?

Como bien señalara el profesor alemán, Hassemer: “EL Derecho penal se vería desautorizado si éste tuviera un objeto exclusivamente simbólico. Los procesamientos, los juicios y las penas tienen unas raíces demasiado profundas en nuestras vivencias personales y sociales como para poder aceptar su aspecto solamente simbólico” (Hassemer, 1984: 25). Es por ello que en estos últimos tiempos, es indiscutible que se ha reproducido sin control alguno el debate en torno a la <pena>, fundamentalmente en cuanto a los fines de prevención general positiva, circunstancia que obliga a revisar las condiciones en que nuestros órganos jurisdiccionales vienen operando. Dicho acrecentamiento viene condicionado, sobre todo, con la ineficacia de las medidas dirigidas a gestionar la seguridad ciudadana que queda en entredicho debido a las nuevas formas de criminalidad violenta (extorsión, robos y últimamente “marcaje”, por ejemplo). Esta inestable y agria situación, ha conducido al profesor Silva (2001:41) a calificarla como “sociedad del miedo”; y en este sentido sostiene que *“la solución a la inseguridad, además, no se busca en su, por así decirlo, clásico “lugar natural” –el Derecho de policía-, sino en el Derecho penal. Así, puede advertirse que, frente a los movimientos sociales clásicos de restricción del Derecho penal, aparecen cada vez con mayor claridad demandas de*

una ampliación de la protección penal que ponga fin, al menos nominalmente, a la angustia derivada de la inseguridad. Al plantearse esta demanda, ni siquiera importa que sea preciso modificar las garantías clásicas del Estado de Derecho: al contrario, éstas se ven a veces denostadas como demasiado “rígidas” y se abona su “flexibilización”. A modo de mero ejemplo, valga aludir a la demanda de criminalización en materia medio-ambiental, económico, de corrupción política, en el ámbito sexual (así, el supuesto del acoso sexual o la pornografía infantil), el de la violencia familiar, etc”.

El principal recurso por parte del legislador para fortalecer la confianza, o si se quiere la prevención general es lo que la sociología jurídico-penal ha denominado populismo punitivo para referirse a aquellas tendencias políticas orientadas a ofrecer respuestas “rápidas” y “eficaces” a los problemas de seguridad de una sociedad a través de la ampliación y endurecimiento de la maquinaria normativa del sistema penal y de un funcionamiento represivo de éste como respuesta por excelencia. El Derecho penal, entendido así, se logra convertir en un instrumento a merced del populismo punitivo, cuando es utilizado por el Estado para ejercer un control social en su gobernación, aunque fuera transgrediendo derechos de las personas. La inseguridad Ciudadana conlleva a que un Estado haga retroceder al Derecho penal expansionista, que busca instrumentalizar diversas medidas coercitivas a fin de menguar el índice delincencial y recuperar la confianza de dicha ciudadanía, debiéndose así hacer uso del *ius puniendi* transgrediendo diversos principios. Es así que se usa esta institución como una forma de acción política mediante el cual con el único fin de ganar popularidad y aceptación por parte del pueblo, se busca crear una serie de mecanismos de control, delitos, sanciones para ser usados como herramientas de elección, es decir que si un Estado se encuentra en una crisis de inseguridad, estos se verán en la posibilidad de elegir a quien imponga medidas más drásticas para los

sujetos transgresores de la norma, sin importar así que se contravengan los principios regulados por nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia el “populismo punitivo” viene a ser un instrumento del Estado, herramienta política que se aprovecha del Derecho penal, para gobernar en una nación sin importar las formas y medios en que sea empleado. Ante ello, el profesor argentino Alberto BINDER, advierte los peligros de una política criminal autoritaria: *“su característica fundamental consiste en que subordinan completamente los principios de libertad y de igualdad al principio de autoridad; por lo tanto, el alcance de la política criminal, prácticamente, no tiene límites.* Una política criminal que no establece sus propios límites es necesariamente autoritaria. De este tipo de política han existido y existen aún innumerables ejemplos. Todavía es posible –no está suficientemente claro– que Latinoamérica esté marchando nuevamente hacia modelos de política criminal, diferentes de los nacidos en tiempos de dictaduras, pero tan autoritarios como ellos. Hoy en día muchos se preguntan si, tras formas aparentemente democráticas, no se estará filtrando el viejo modelo, revestido de nuevos conceptos y nuevas palabras (en especial bajo el ropaje de la seguridad ciudadana)” (Binder, 1997:35).

En este sentido, es muy cierto lo que señala Diez (2007, 44), respecto a las transformaciones sociales que están produciendo asimismo otros efectos indeseables, desde una perspectiva político criminal, a los que se les debe de prestar atención. Entre ellos, se puede aludir al grave riesgo de que el protagonismo de los *medios* en la discusión de problemas relacionados con graves conflictos sociales o con la delincuencia dé lugar a un falseamiento, por intereses mercadotécnicos o de otra naturaleza, de los términos reales de la cuestión, con ocultamiento o desconsideración de datos relevantes.

2.12.1. Los efectos de la Función de la Pena y el Derecho Penal Simbólico

La realidad nos enseña que la costumbre generalizada de aplicar la suspensión de las condenas ha generado las condiciones para que el delincuente común, no tenga sobre sus hombros, una pena efectiva, la que en la práctica no se impone y que tras el procedimiento de la investigación preliminar, a lo mucho pasará 24 horas detenido y asistirá a diligencias a cumplir con ceremonias para luego seguir haciendo un ejercicio defectuoso de su libertad. Realidad que es percibida negativamente por la sociedad que no entiende de conceptos subjetivos: tales como “fines de la pena”, “prevención general positiva”, “Derecho penal simbólico”, etc.

La realidad judicial demuestra que la aplicación suspendida de la pena se ha convertido en la regla general y la aplicación efectiva en la excepción; ello inevitablemente conduce a afectar el efecto de prevención general positiva legítima de la pena en un Estado democrático de Derecho, lo que ha conducido insoslayablemente a estar bajo el funcionamiento simbólico de las normas. Cuanto más exigentes se formulen los fines preventivos de la pena (resocialización del delincuente; intimidación de la capacidad delictiva; reafirmación de las normas fundamentales), cuanto más extensos sean los fines de la pena, más claramente aparece su contenido simbólico (Hassemer, 1995: 45).

Ante esta situación, debemos apuntar a buscar el real fundamento de la pena, para poder explicar porque la utilización de reacciones penales por parte de la intervención penal necesita ser fundamentada. Ello constituye un nivel argumentativo previo al referente a la legitimación de los diversos efectos sociales que se quieren causar con ellas, ya que resultará imposible legitimar la búsqueda de cualquier finalidad social a través del mecanismo de la pena, si el mismo uso de ella no ha sido fundamentado (Diez, 2007: 61).

Al fundamento de la reacción penal le sirven de presupuesto dos realidades sociales: por un lado, la efectiva producción en nuestra sociedad de graves lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos fundamentales para la convivencia; por otro, la existencia de ciudadanos a los que en alguna medida se les puede hacer responsables de tales daños sociales. Bajo esta lógica, El objetivo inmediato de la pena será evitar los daños o riesgos más graves a los bienes jurídicos o intereses fundamentales para la convivencia, y se legitimara por la necesidad de mantener el orden jurídico - social básico. Así, entonces, la pena que se impondrá y ejecutara en el delincuente real debe poder justificarse en todo momento por los efectos que directamente se pretenden obtener en él, sin que los fines sociales a obtener en los que no han delinquido pueda condicionar su aplicación. Ciertamente, y como hemos visto, los efectos a obtener sobre el delincuente real no se reducen a su resocialización, sino que abarcan igualmente su inocuización e intimidación individual (Diez, 2007: 67), pero en cualquier caso los principios que orientan y las posibilidades que ofrecen la individualización judicial y penitenciaria de la pena, han de estar orientados a garantizar tal justificación. Sólo el principio de proporcionalidad, encargado de asegurar la coherencia de la pena con sus dos primeros fundamentos, aquí, con la importancia de la afcción al bien jurídico y con la intensidad de la responsabilidad del autor, podrá establecer límites a esa adecuación de la imposición y ejecución de la pena a los efectos sociales pretendidos sobre el delincuente real.

a. ¿Qué significa un Derecho Penal Simbólico?

¿Qué significa, por consiguiente, la expresión de que las leyes simbólicas <no son infrecuentes> o que son un golpe en el vacío (Hassemer, 1995: 51), cuando evidentemente son la mayor parte de los supuestos? Parece claro que el problema radica en el concepto de simbólico y que quien

utiliza este término para designar un rasgo del Derecho penal moderno está utilizando un concepto más amplio, en cualquier caso distinto, de aquellos que denuncian al Derecho penal o a parte de este como solo simbólico. Por consiguiente debemos prestar atención al propio término simbólico.

Si buscáramos un común denominador a todas las concepciones acerca de lo que sea derecho penal simbólico, podríamos afirmar que residiría en el predominio que se produce en éste de los efectos simbólicos sobre los efectos instrumentales. Pero más allá de esta coincidencia, es fácil apreciar dos enfoques distintos, que en ocasiones se entrecruzan, los cuales enfatizan aspectos diversos (Diez, 2007: 71). Para unos lo decisivo es el mantenimiento de la intervención penal pese a que ya no son alcanzables los efectos instrumentales, pero se simula o se parte de la ilusión de que sí lo son, para así persistir en la consecución de los efectos simbólicos. En este enfoque pasa a primer plano el “*engaño*”, consistente en que se aparenta perseguir unos fines distintos de los efectivamente perseguidos o, si se quiere, la “*ficción*” de que se cumplen unas funciones, las manifiestas, cuando las que se satisfacen son otras, las latentes. En cualquier caso se daría lugar al fenómeno del doble lenguaje. El cual daría pie, a una contradicción metodológica en cuanto a los fines del Derecho penal, mediante la aplicación de la pena, puesto que por un lado, se satisface la conciencia de la ciudadanía, al proyectar por ejemplo, el endurecimiento irracional de una política criminal desmedida, sin límites constitucionales, y que como método, no va a conseguir disuadir al delincuente de la futura perpetración de delitos, y mientras tanto por otro lado, los casos resueltos por los juzgadores, dejan mucho que desear en el sentido, que, los jueces no aplican de modo adecuado dichas reglas de determinación judicial de la pena. Es más, sólo se basan en un criterio cuantitativo de carácter formal referido a la pena impuesta sin tener en cuenta el pronóstico favorable de conducta del agente. Ello conlleva a que individuos que no tienen el más

mínimo reparo en delinquir, que incluso denoten una carrera delictiva, resulten favorecidos con la aplicación de este tipo de medida alternativa, propiciando un clima de inseguridad ciudadana y de inadecuada defensa del ordenamiento jurídico.”

2.13. Teoría Funcional de la Retribución como Comunicación perfecta del Sistema Jurídico-Penal

La Teoría de la Prevención General Positiva, incorpora la teoría retributiva de la pena, en el sistema de referencia de una sociedad concebida como “comunicación y nada más que comunicación”, con la transformación del individuo como persona concebida como sujeto de normas de imputación. Se trata, entonces de una teoría, que tiene sus raíces en las formulaciones del idealismo alemán de Kant y Hegel, situación que obliga a muchos críticos de esta teoría a equipararla con el renacimiento de las teorías absolutas de la pena, argumentos más emocionales, que dotados de contenido y rigor científico en el plano conceptual y práctico, puesto que el sólo término “retribución por el hecho”, genera a partir de interpretaciones que se ahogan en el método gramatical, un grave peligro para la legitimación de los fines de la pena, por ello, creemos que es necesario entablar una postura constructiva, que fundamente nuestra posición y preocupación central al respecto, pues en nuestra realidad jurídica, es muy visible el amplio margen de maniobra que tienen los órganos judiciales, con las posibilidades que adoptar decisiones en las sentencias condenatorias diversas opciones que impliquen una contradicción de varios años de diferencia, entre hechos, que merecen un tratamiento punitivo efectivo, el cual no es recibido por la incorrecta aplicación de la pena, y terminar optando por ir decayendo cada vez más en una aplicación simbólica de las normas penales, generando aún más el proceso de neurosis global que viven las personas en la sociedad actual, ante el aumento de los índices de

criminalidad, sumado a ello, la pérdida de respeto y confianza en las instituciones que deben otorgarles la debida seguridad cognitiva.

Para ello, se puede distinguir dentro de la teoría de la prevención general positiva, tres finalidades y efectos diversos. *Primero*, un efecto didáctico (de motivación, socio - pedagógica) en cuanto ejercitamiento de la fidelidad al Derecho. *Segundo*, un efecto de confianza, si el ciudadano ve que el Derecho, en el sentido prevalece, y *Tercero*, uno de satisfacción, si con la sanción por el quebrantamiento del Derecho se considera apaciguada la conciencia jurídica general y concluido el conflicto con el autor.

a. La Pena y el Delito como Procesos comunicativos

Como respuesta a todas las objeciones que en discusión doctrinal se han formulado sobre la teoría de la prevención general positiva, la cual es una teoría que ha sido propuesta por las corrientes funcionalistas —teniendo como base la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann y principalmente en lo penal los desarrollos del profesor Günther Jakobs — una , llamada teoría funcional de la pena, la cual ha sido identificada por algunos como una forma de prevención general positiva y por otros como una teoría funcional de la retribución. En este último sentido, el profesor Heiko Lesch (1999:75), explica: “para que la vida del hombre sea posible en sociedad, éste debe poder orientar su actuar a partir de expectativas legítimas y racionales frente al comportamiento de los demás, de tal manera que si una persona defrauda alguna de esas expectativas, contenida claro está en una norma de carácter penal, el derecho penal por medio de la pena procurará restablecer la vigencia de la expectativa defraudada, indicando con su aplicación que el comportamiento del “delincuente” es incorrecto y que la víctima, como el resto de las personas, puede seguir en adelante orientando su comportamiento de acuerdo con esa expectativa, que a pesar del delito se mantiene vigente”. Es lo que en el funcionalismo se

denomina validez contrafáctica —en contra de lo sucedido— de la norma, la cual se pretende restaurar por medio de la aplicación de la ley penal. Así pues, con la pena se busca “aclarar que el comportamiento contrario a la norma por parte del autor no marca la pauta, y que la norma, en cambio, mantiene su vigencia”, pena y delito adquieren entonces un carácter de actos simbólicos en sentido normativo.

Haciendo renacer el tema y vinculación entre delito y pena, podemos sostener que ambos contienen una dimensión intrínsecamente comunicativa (Gomez, 2008: 7). Desde una visión normativa, volvemos a reiterar que el delito y la pena son comunicaciones en cuanto ambos sucesos empíricos acontecen en la sociedad. Pues, el delincuente, en este caso su función es <hablar> y la sociedad a través de la pena <contestará>.

El Estado se encargará de establecer por medio de normas jurídicas un catálogo de conductas que se consideran intolerables para la convivencia social, asignándoles a su ocurrencia una determinada pena. Si ocurre lo previsto en la norma, debe realizarse un acto de adjudicación por medio de los mecanismos previstos normativamente, que puede tener como fin la adjudicación de una determinada pena. En el ámbito del Derecho Penal, la problemática se encuentra fuertemente imbricada con la teoría de la pena, esto es con la explicación relativa a la función que la pena tiene en el marco de justificación del ejercicio de la actividad punitiva estatal. En este punto los órganos de justicia, que operan día a día, con estos conceptos, requieren de un compromiso o determinación en lo relativo a la concepción de la función de la pena *¿Qué es lo que se entiende por ésta?* Hoy en día podría afirmarse más o menos pacíficamente que lo que tiñe la concepción de aplicación de la pena es el objetivo “resocializador”. Sin duda la “resocialización” como expresión del fin y función de la pena está expuesta a reparos desde una perspectiva liberal del Derecho Penal. Si es

cierto que el Estado tiene sobre sí la administración de la violencia legítima y además puede en los hechos aplicar una medida que implique una intensa restricción de los derechos de los ciudadanos, no es completamente cierto que afirmando esas premisas pueda afirmarse con ellas o junto a ellas la posibilidad de “readaptar” a un sujeto. Si en el marco de la vida social aceptamos una coacción (legítima) que tienda al aseguramiento de la libertad general, no puede afirmarse que además el Estado se encuentre dotado con el conocimiento de ciertos estándares de convivencia social que deban ser aplicados. Pretender otorgar al Estado una función “reeducadora” bajo estándares de comportamientos penales constituye un exceso a la labor punitiva del Estado, una afirmación que no puede encontrar legitimación en el marco de la imposición de una pena privativa de libertad.

Cuando nos preguntamos por la función estatal de aplicación de la pena nos preguntamos por aquellos estándares que sujetan al Estado para que, precisamente, no utilice elementos que se encuentren fuera de la definición de estándares de actuación que podamos identificar para el estado. La imposición por parte del Estado de una determinada pena puede tener como función sin duda la satisfacción de la vigencia de la norma desde una perspectiva sistémica. El cumplimiento y realización de la pena desde una perspectiva funcionalista radical, implica simbólicamente o comunicativamente, el aseguramiento desde la perspectiva del ciudadano de la vigencia de la norma. Ésta vigencia puede ser vista desde dos perspectivas fundamentales: De un lado, tenemos que cumple una función comunicativa respecto del sujeto que comete el acto. Si hay un cálculo para la realización del hecho determinado como punible por la norma, es el relativo a la ocurrencia sobre el autor de la adjudicación de la pena, el que tiene, en el marco del sistema normativa en el que desenvuelve su conducta, la expectativa

relativa a las consecuencias jurídicas de sus actuaciones. De otro lado, tenemos que la pena cumple una función en el marco del desarrollo de la vida social. Es claro que si alguna función existe para la pena desde el punto de vista comunicacional, este es hacer conocido por los integrantes de la sociedad de la vigencia de las normas.

b. La función de la Prevención General Positiva como respeto por el Ordenamiento Jurídico: Reafirmación de la Validez de la Norma

En el actual discurso contemporáneo de la teoría penal de influencia preponderantemente alemana se conoce como *prevención general positiva*, cuyo exponente más representativo es Jakobs.

En la formulación original de la teoría de Jakobs, por prevención general positiva, se entiende el efecto comunicativo que tiene la imposición de la pena, a saber, el restablecimiento de la vigencia de la norma quebrantada por el delito. Aplicando la noción, desarrollada en el marco de la sociología sistémica de Luhmann, de que las normas jurídicas pueden ser descritas como expectativas de comportamiento estabilizadas contrafácticamente, esto es, expectativas mantenidas a pesar del hecho de su frustración, esta versión de la teoría de la prevención general positiva concibe la imposición de la pena como un acto expresivo cuyo sentido es la confirmación de la vigencia de la norma quebrantada.

Entonces, para poder defender la afectación de la prevención general positiva, ante la incorrecta aplicación de las penas suspendidas en casos donde se torna necesario por razones de utilidad y política criminal, poder aplicar una pena efectiva, que responda a las exigencias de un Derecho Penal eficaz que cumpla su función dentro

de un Estado de Derecho, es que tenemos que tener por bien determinado el concepto dimensionamiento de la teoría que defendemos por ser la más coherente dentro de todos aquellos intentos por explicar la función de la pena. De tal modo que es denominada “Prevención general”, porque pretende producir un efecto en todos los ciudadanos; Positiva, porque este efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena, sino, en un estado de tranquilidad en el sentido que la norma sigue vigente, esto es, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho delictivo, ha vuelto a ser fortalecida por la norma penal (Jakobs, 2005: 105).

El acto de comunicación que la pena supone no tiene como destinatario prevalente al delincuente, sino al conjunto de ciudadanos que poseen ciertas expectativas, que la norma expresa, mostrándoles que están en lo cierto y que el defecto está en el actuar de otro. Así, no se trata de que con la pena se le reproche al delincuente su modo de ser o actuar, la pena no pretende ni penetrar en su constitución individual ni cambiarla. Por el contrario, la imposición de la pena es la forma que tiene el sistema social de tratar las defraudaciones a costa del infractor y cumplir su función de estabilización normativa, además de expresar que los sujetos pueden seguir confiando en el registro establecido (y común) y que cuando una de sus expectativas de comportamiento ajeno se frustra no es porque estén en un error o porque las reglas comunes no sean tales, sino porque alguien se sitúa al margen de ellas deliberadamente.

La imposición por parte del Estado de una determinada pena puede tener como función sin duda la <satisfacción de la vigencia de la norma> desde una perspectiva sistémica. El cumplimiento y realización de la pena desde una perspectiva funcionalista, implica simbólicamente o comunicativamente, el aseguramiento desde la

perspectiva del ciudadano de la vigencia de los intereses fundamentales de una sociedad. Ésta vigencia puede ser vista desde dos perspectivas fundamentales. De un lado, tenemos que cumple una función comunicativa respecto del sujeto que comete el acto. Si hay un cálculo para la realización del hecho determinado como punible por la norma, es el relativo a la ocurrencia sobre el autor de la adjudicación de la pena, el que tiene, en el marco del sistema normativa en el que desenvuelve su conducta, la expectativa relativa a las consecuencias jurídicas de sus actuaciones. De otro lado, tenemos que la pena cumple una función en el marco del desarrollo de la vida social. Es claro que si alguna función existe para la pena desde el punto de vista comunicacional, este es hacer conocido por los integrantes de la sociedad de la vigencia de las normas.

Es inevitable sostener que la pena tiene su esencia retributiva. Pues la sanción es un mal que se le impone al delincuente por parte del Estado ante una acción típica, antijurídica y culpable. Nadie, en su sano juicio, puede sostener que la pena no sea un daño causado a la libertad, al patrimonio o al honor del delincuente. Como bien se ha dicho “ha de deducirse que a todas las sanciones jurídico – penales corresponde el carácter retributivo, en la medida que representan, de hecho un respuesta al delito, y con ello al propio tiempo, se resuelve que una retribución así entendida ya no puede ser más considerada como fin de las sanciones jurídico – penales, ya que con las sanciones jurídico – penales, no puede ser alcanzado en el futuro algo distinto a lo que ellas mismas ya son en esencia”.

Es muy importante, que se tenga presente que cuando se aplica una pena, se trata de una sanción justa del hecho y, además, de la prevención que de allí se deriva para el autor y la ciudadanía. Entonces, la función de satisfacción de la pena concreta para la generalidad consiste en la confianza en la conservación del ordenamiento jurídico, resultante de un

castigo justo. No es entonces, incompatible que nuestro legislador, al momento de tipificar un hecho e imponerle una sanción, tenga presente, además de la idea de retribución, fines de prevención tanto especial como general. Pero eso sí, ha de tener en cuenta que, con la imposición de la pena, el ordenamiento jurídico logra satisfacerse en cuanto tal, al cumplir con la conminación antes señalada, de manera que ya no será posible nuevamente buscar por parte del Estado otras confirmaciones de orden jurídico (Hirsch, 1992: 62), o como bien afirma Gossel (Donna, 1996: 75), “Si la pena es la afirmación del derecho, de ella deriva necesariamente una eficacia que impide a los restantes ciudadanos la comisión de ulteriores delitos. La afirmación del derecho, por consiguiente, no es prevención general; más bien, la pena misma es la afirmación del derecho y sirve en su propia esencia a la prevención de futuros delitos, tanto respecto del autor cuanto respecto de la propia sociedad como tal”.

Además, con la idea retributiva de la pena, como postura que asumimos en esta investigación, podemos dejar sentada la idea, de que se puede poner un límite a la idea de resocialización, que contiene de alguna manera la idea del paternalismo por parte del Estado.

Bajo un Estado democrático de Derecho, se debe exigir que la pena y su correcta aplicación en la realidad diaria, logren tanto la salvaguarda del orden jurídico, como el respeto de la dignidad del hombre.

A efectos de examinar ahora, los efectos que debe cumplir la pena, dentro del Estado de Derecho, se torna como inaplazable, lo reconocido por el jurista italiano Ferrajoli (1995: 385), quien señala lo siguiente: *“la historia de las penas es sin duda una de las más horrendas e infamantes para la humanidad que la propia historia de*

los delitos (...) porque el delito puede ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infringida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno (...)”.

Bien, sobre la crítica a la teoría que consideramos como la que ofrece mejor argumento en sus postulados, como para poder hacer de la pena, un mecanismo eficiente en la administración de justicia, la cual brinde a los conflictos en la sociedad, una respuesta que se condiga con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, no olvidando la seguridad cognitiva que debe proyectar a la ciudadanía en el respeto por el orden jurídico constitucional de un Estado como el nuestro, es que estimamos que sobre la “*teoría de la prevención general positiva*”, se ha escrito mucho, y es que parece errado (más en sistemas jurídicos como el nuestro) mantener el discurso de la resocialización frente a la realidad de cárceles sobrepobladas, violentas y marginales. Uno de las causas de ésta crítica surge a partir del fenómeno de la cultura carcelaria, definida ésta como el conjunto de ideologías, comportamientos, códigos, símbolos y significados que comportan los delincuentes dentro de las prisiones. Es así que cuando un sujeto ingresa a una cárcel, se ve obligado a aceptar y adoptar el sistema de normas, reglas y comportamientos exigidos por el orden de las prisiones (poder que es aún más fuerte en cárceles sobrepobladas con poca seguridad estatal). En tal sentido, el sujeto, lejos de “resocializarse”, perfecciona una serie de habilidades delictivas, y termina formando su lenguaje en un conjunto de códigos contrarios al orden jurídico. Aquí, importa subrayar la teoría del interaccionismo simbólico, principalmente esgrimida por el sociólogo norteamericano Becker (Zaffaroni, 1993: 44), que parte de la afirmación de que el sujeto se va haciendo como los demás lo van viendo, de forma que la prisión cumple, en la realidad, una función reproductora. Bajo estas afirmaciones esgrimidas, es de resaltar que

un Estado Constitucional de Derecho, debe buscar la vida en común, garantizando indudablemente las mejores condiciones de estabilidad no solo social, política, económica, sino también, jurídica. En tal sentido, es importante reconocer que cuando un Estado, no reconoce que la pena no tiene un fin positivo para la sociedad y el individuo, se comienza a producir un exceso desmedido en el poder punitivo, evidenciado en la tipificación irrazonable de más conductas, en sanciones penales, que no guardan equidistancia con el sano juicio legal, formulándose una situación de tensión, o se prefiere convertir al Derecho Penal, en un mecanismo condescendiente con la criminalidad, aplicando penas simbólicas, o por otro lado, se justifica sin argumento alguno, un Derecho Penal represivo, arbitrario, impartidor de penas extremadamente severas, violentándose así el principio de proporcionalidad y culpabilidad. Creemos, que esta disyuntiva sólo puede tener solución, si sabemos hacia donde apuntan los efectos de la pena y, principalmente la correcta interpretación que sobre aquella deben tener los órganos jurisdiccionales, porque de un análisis del panorama actual del sistema de justicia y de los casos que se resuelven diariamente por los pasillos de los Tribunales, percibimos la carencia en métodos y alternativas que ofrezcan condiciones favorables para hacerle frente a la inseguridad ciudadana. Esta realidad sólo puede ser interpretada como un síntoma de la incapacidad del Estado para resolver su conflictividad social de acuerdo a los valores constitucionales (Zaffaroni, 2005: 9), es decir, su incapacidad para desarrollarse como un Estado Constitucional de Derecho” (Castrillo, 1998: 102).

Asimismo, el exceso del poder punitivo representa un síntoma de las sociedades sumergidas en el profundo y ciego individualismo que las lleva a desconocer el hecho que los delincuentes son productos de ellas mismas; esto implica tener en cuenta la vital importancia que para cualquier análisis sobre la pena y acercamiento de la teoría a la

realidad, tienen actualmente las sociedades respecto a los altos índices de criminalidad, altísimas tasas de desigualdad en la distribución de los recursos y con una compleja conflictividad social y política como en nuestro país.

Tenemos claro, hasta aquí, que la necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados, no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo y comunicativo evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica, y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural. Sin embargo, más allá de la realidad de las penas en nuestro país, el discurso sobre las fines de la pena merece una serie de consideraciones adicionales al simple hecho de afirmar que todos ellos, por estar recogidos por nuestro Código Penal, deben perseguirse sin más.

Con todo, para lo que sigue debemos retomar entonces, la idea según la cual el Derecho Penal encontrará legitimidad en cuanto procure proteger la vigencia de la norma y evitar así la lesión de derechos, los cuales deben tener un referente constitucional válido – en los derechos, valores y garantías constitucionales – para poder ser dotados de tutela penal; pero entendiendo y dimensionando a la vez, que el sistema penal se constituye en un escenario de afectación de esos mismos derechos fundamentales, cuya protección al tiempo pretende – paradoja que resulta insalvable – (Hassemer, 2007: 105). Por esta doble dimensión del Derecho Penal, el sistema

jurídico punitivo debe ser estructurado de tal forma que sea posible su legitimación en el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho, lo cual no puede suceder si no se edifica como Derecho Penal mínimo y como Derecho Penal de acto basado en el principio de culpabilidad.

3. RESULTADOS

Cuadro N° 1

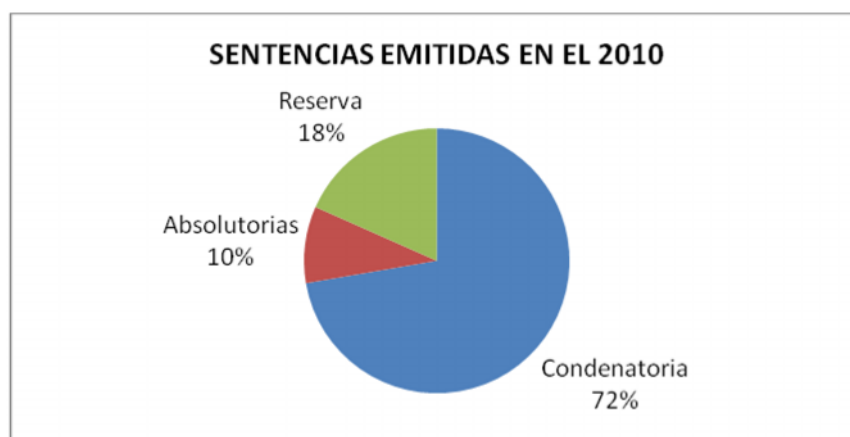
Sentencias emitidas en el año 2010

SENTENCIAS	JUZGADOS UNIPERSONALES										TOTAL
	1 J	2J	3J	4J	5J	6J	7J	8J	9J	10J	
Condenatorias	97	103	163	92	103	90	117	138	40	46	989
Absolutorias	26	9	18	11	16	17	8	13	7	3	128
Reserva de fallo	32	17	35	21	28	22	34	33	9	20	251
SUBTOTAL	155	129	216	124	147	129	159	184	56	69	1368

Fuente: Legajos de la Administración de la Corte Superior de Justicia de La Libertad

En el año 2010 los 10 Juzgados de Juzgamiento Unipersonales de la Provincia de Trujillo emitieron un total de 1,368 sentencias. De dicho total, 989 sentencias fueron condenatorias (equivalente al 72%), 128 sentencias fueron absolutorias (10%), y 251 sentencias con reserva de fallo condenatorio (18%).

Gráfico N° 1



Fuente: Legajos de la Administración de la Corte Superior de Justicia de La Libertad

CUADRO N° 2

Sentencias condenatorias que impusieron penas efectivas y penas suspendidas en su ejecución

PENA IMPUESTA	JUZGADOS DE JUZGAMIENTO										TOTAL
	1J	2J	3J	4J	5J	6J	7J	8J	9J	10J	
Pena efectiva	2	2	4	5	5	5	11	11	3	3	51
Pena suspendida	95	101	159	87	98	85	106	127	37	43	938
Subtotal	97	103	163	92	103	90	117	138	40	46	989

Fuente: Legajos de la Administración de la Corte Superior de Justicia de La Libertad

Del total de 989 sentencias condenatorias emitidas en el año 2010, en 51 de ellas se impuso pena efectiva que equivale al 5%. Asimismo en 938 se dictaron pena suspendida equivalente al 95%. Dada la gran diferencia en la aplicación de las condenas con pena suspendida y las penas efectivas se puede establecer que la Regla general es la aplicación de la pena suspendida y la aplicación de pena efectiva es la excepción.

Gráfico N° 2

**TOTAL DE SENTENCIAS CONDENATORIAS POR PENAS EFECTIVAS Y
SUSPENDIDAS**



Fuente: Legajos de la Administración de la Corte Superior de Justicia de La Libertad

CUADRO N° 3

Sentencias condenatorias por tipo de delito Contra el Patrimonio con pena efectiva y pena suspendida

Nro Sentencias	PENA IMPUESTA EN DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO												TOTAL
	Pena Efectiva		Pena Suspendida										
	Estafa	Hurto Agravado	Hurto	Hurto agravado	Usurpación agravada	Receptación	Libramiento Indebido	Apropiación Ilícita	Daños	Robo	Fraude en administración personas jurídicas	Estafa	
	1	2	5	40	15	10	4	30	1	2	1	7	
SUBTOTAL	3		115										118

Fuente: Legajos de la Administración de la Corte Superior de Justicia de La Libertad

Estafa: 1 año de pena privativa de libertad

Hurto agravado: 6 años en ambos casos

Del total de sentencias condenatorias 989, se establece que 118 es el total de sentencias condenatorias expedidas en procesos por delitos contra el patrimonio. De dicho total *excepcionalmente* en 3 sentencias se impuso pena efectiva, equivalente al 3% del total de las sentencias. Es decir en 1 proceso por delito de Estafa y en 2 por delito de Hurto agravado se impusieron pena efectiva. 115 fueron sentencias con pena suspendida equivalente al 97% del total de sentencias condenatorias en delitos contra el patrimonio con pena suspendida.

Gráfico N° 3



Fuente: Legajos de la Administración de la Corte Superior de Justicia de La Libertad

CUADRO N° 4

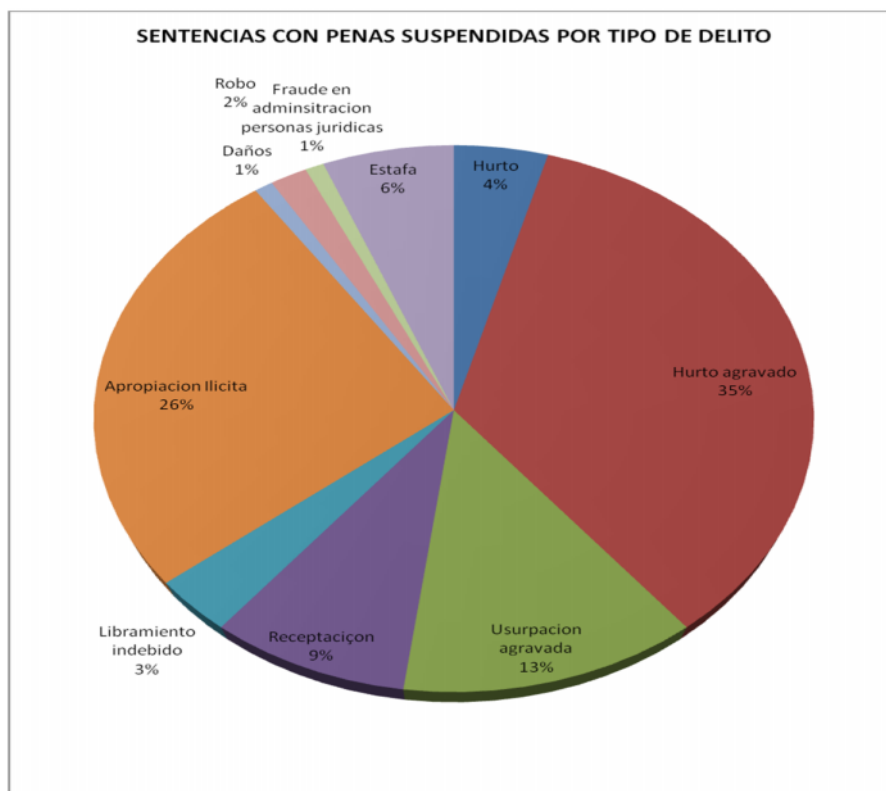
Sentencias con pena suspendida por tipo de delito

DELITO	Hurto	Hurto agravado	Usurpación agravada	Receptación	Libramiento indebido	Apropiación ilícita	Daños	Robo	Fraude en administración personas jurídicas	Estafa	TOTAL
N° SENTENCIAS SUSPENDIDAS	5	40	15	10	4	30	1	2	1	7	115

Fuente: Legajos de la Administración de la Corte Superior de Justicia de La Libertad

Del total de 115 sentencias condenatorias con pena suspendida, 5 corresponden al delito de Hurto; 40 al delito de Hurto agravado; 15 al delito de Usurpación agravada; 10 al delito de Receptación; 4 al delito de Libramiento indebido; 30 al delito de Apropiación ilícita; 1 al delito de Daños; 2 al delito de Robo; 1 al delito de Fraude en la administración de personas jurídicas; 7 al delito de estafa.

Gráfico N° 4



Fuente: Legajos de la Administración de la Corte Superior de Justicia de La Libertad

CUADRO N° 5

Prevención General Positiva en los fundamentos de la Suspensión de la pena en sentencias condenatorias por delitos Patrimoniales.

NO FUNDAMENTA	SÍ FUNDAMENTA				TOTAL
	Principio de Legitimidad	Invoca 1 requisito del art. 57 CP	Desarrolla los requisitos del art. 57 CP	Invoca la Prevención General Positiva	
	Principio de Lesividad				
Principio de Culpabilidad					
55	39	9	12	0	115

Fuente: Administración de la Corte Superior de Justicia de La Libertad

En las 115 sentencias analizadas en 55 de ellas no se aprecia fundamentación del por qué se opta por imponer una pena suspendida y no pena efectiva. En 60 sentencias se hace una fundamentación desligada de los fines de la pena que se persigue pues en 39 de ellas se hace referencia a los principios de legitimidad, lesividad y culpabilidad; en 9 se explican los requisitos concurrentes del art. 57 del Código Penal; en 12 de ellas sólo se hace mención o explicación a sólo uno de los requisitos. En ninguna de ellas se aprecia que la suspensión de la pena haya tomado en cuenta el fin de Prevención General Positiva.

4. DISCUSIÓN:

1. Los resultados de la investigación proceden de la revisión manual de las sentencias de los Juzgados Unipersonales de la provincia de Trujillo en el año 2010. De los procesos analizados se desprende que en el año 2010 los 10 Juzgados emitieron un total de 1,368 sentencias. De dicho total, 989 sentencias fueron condenatorias (equivalente al 72%), 128 sentencias fueron absolutorias (10%), y 251 sentencias con reserva de fallo condenatorio (18%). De esto se deduce como primera tesis que existe una **cantidad importante de sentencias de carácter condenatoria**. Entre ellas se distingue la imposición de penas suspendidas y unas cuantas y muy pocas efectivas en su ejecución. Se advierte también una carga procesal importante de los juzgados de juzgamiento, que requieren respuestas oportunas, eficientes y que la decisión que resuelva el conflicto que dio origen al proceso concreto otorgue un mensaje claro de vigencia de la norma, independientemente de que la parte que obtenga sentencia adversa tenga la posibilidad de recurrir a una segunda instancia.

En este marco la pena cumple no sólo una función normativa -al ser el instrumento legitimador de un Derecho Penal racional dentro de un Estado de Derecho- sino que además también cumple una “función social”, que es el proyectar a la comunidad el respeto y estabilidad de las normas, como modelo que posibilite condiciones positivas para la interacción social, pues no es posible determinar la medida de la pena si ésta no se encuentra referida a un fin. Sostenemos que la prevención general positiva, cumple una función educativa – pedagógica en los ciudadanos, y cumplirá esa función, sólo cuando los ciudadanos comprendan que la norma debe ser respetada.

2. Como segunda tesis se sostiene que en la práctica jurisdiccional, del total de 989 sentencias condenatorias emitidas durante el 2010, sólo en 51 de ellas se impuso pena efectiva, lo que equivale apenas al 5%. Mientras que en 938 se dictó pena suspendida equivalente al 95% de ese total. Sostenemos que ello demuestra la existencia de una práctica judicial arraigada en nuestro medio, que consiste en la preferencia de los jueces por la suspensión de la pena frente a la condena efectiva. El problema de la aplicación generalizada de la suspensión de la ejecución de la pena radica en el peligro de la percepción social de que las penas nunca se efectivizan (ley muerta. Derecho penal simbólico) en tanto que el sentenciado cumple con actos administrativos y hasta burocráticos, que en la práctica se reducen a firmar un libro, pagar la reparación civil, no concurrir a determinados lugares y no portar armas u objetos que faciliten la comisión de otros delitos, en muchos de los cuales el Estado no tiene forma de hacer un verdadero control efectivo de cumplimiento. Ello obliga a reflexionar por un lado, si los mecanismos actuales de control de las reglas de conducta en el régimen de suspensión de la condena son eficientes; y por otro, si la pena suspendida sin mecanismos eficientes de control puede seguir siendo preferible a la pena efectiva donde el interno es sometido al tratamiento penitenciario real.

En el Derecho Peruano la Ley N° 30076 ha reafirmado que la suspensión de la ejecución de la pena siempre ha sido y es, una “*facultad*” del juez y no un “*deber*”; y que, dada su naturaleza de medida alternativa a la ejecución de la pena privativa de libertad, no puede ser aplicada de manera indiscriminada, sino que su habilitación requiere de los requisitos exigidos en el artículo 57° del Código Penal y debidamente expuestos en la sentencia, por lo tanto el Juez se encuentra obligado a expresar sus razones especiales para optar por esa alternativa a la PPL.

3. Como tercera tesis advertimos que la realidad criminógena de la provincia de Trujillo demuestra que los delitos patrimoniales de mayor incidencia y sometidos a enjuiciamiento en los juzgados unipersonales son: Estafa, Hurto, Hurto agravado, Usurpación agravada, Receptación, Libramiento indebido, Apropiación Ilícita, Daños, Robo, Fraude en la administración de personas jurídicas y Estafa. Pero *excepcionalmente* sólo en 3 sentencias se impuso pena efectiva, equivalente al 3% del total de las sentencias (en 1 proceso por delito de Estafa y en 2 procesos por delito de Hurto agravado). Esto permite afirmar que en los procesos por los delitos de competencia de los juzgados unipersonales (delitos que no tienen señalado en la ley en su extremo mínimo una pena privativa de libertad mayor de seis años) **se aplica de manera general la pena suspendida** y excepcionalmente la efectividad de la pena. La mayoría de sentencias con pena suspendida están referidas a los delitos de Hurto agravado (pena prevista en el CP no menos de 3 ni mayor de 6 años), Apropiación Ilícita (en su tipo básico tiene una pena prevista no menor de dos años ni mayor de cuatro años); y, Usurpación agravada (no menor de 2 años ni menor de 6 años). Se establece que los Jueces en estos delitos suspenden la ejecución de la pena dependiendo por el simple tipo penal, obviando el examen de si en el caso concreto concurren o no los requisitos legales del artículo 57° del C.P.

4. Finalmente postulamos que existe una práctica bastante arraigada en nuestro medio de preferir la suspensión a la efectividad de la pena privativa de libertad; pero dicha determinación judicial respecto a la forma de ejecución de la sanción penal no aparece sustentada, motivada, fundamentada. La sentencia como resolución judicial que pone fin al proceso penal contiene por mandato constitucional el fundamento fáctico y normativo de la decisión (condenatoria o absolutoria). Si se trata de una sentencia condenatoria expresa la apreciación de los hechos probados así como la valoración de la prueba de cargo suficiente actuada y producida en el juzgamiento con las garantías de defensa, inmediación, imparcialidad, oralidad y publicidad; pero además el juez se encuentra en la obligación de expresar los fundamentos por los que ordenará la ejecución de la pena de manera efectiva o de ser el caso si reúne el agente los requisitos establecidos en el artículo 57° del Código Penal. Es decir que no se trata de un acto discrecional sino que encuentra en el citado dispositivo los presupuestos para su correcta aplicación.

De las 115 sentencias analizadas en su mayoría (55 sentencias) **no se aprecia fundamentación expresa** del por qué se suspendió la pena en cada caso lo que constituye un acto evidentemente arbitrario. En 60 sentencias formalmente se hace una expresión de los fundamentos pero desligada de los fines de la pena que se persigue, pues en 39 de ellas se hace referencia a los principios de Legitimidad, Lesividad y Culpabilidad, que no tienen nada que ver con la decisión de suspender la ejecución. En 9 sentencias sí se explican los requisitos concurrentes del art. 57 del Código Penal constituyendo los únicos casos en los que sí correspondía su aplicación. En buena cuenta: de las 115 sentencias en las que se suspendió la ejecución de la pena, **sólo fueron correctamente aplicadas en 9**. La situación se agrava si tomamos en cuenta que ninguna sentencia fundamenta los objetivos de la prevención general positiva que se pretende con dicha decisión.

En otras palabras, la aplicación generalizada de la suspensión de la pena en la mayoría de las sentencias analizadas es incorrecta.

5. CONCLUSIONES

1. La pena cumple, no sólo una función normativa como instrumento legitimador de un Derecho Penal racional dentro de un Estado Constitucional de Derecho, sino que además, cumple una “función social”, que es el proyectar a la comunidad el respeto y estabilidad de las normas, como modelo que posibilite condiciones positivas para la interacción social, pues no es posible determinar la medida de la pena si ésta no se encuentra referida a un fin. La prevención general positiva cumple -en ese campo- una función educativa – pedagógica, de confianza y de pacificación en los ciudadanos.
2. En el Derecho Peruano y con la Ley N° 30076 de reciente data, se ha confirmado que la suspensión de la ejecución de la pena siempre ha sido una “*facultad*” del juez y no un “*deber*”. Si bien esta institución originalmente se inspira en el ideal de emplear menos las cárceles, dada su naturaleza de medida alternativa a la ejecución de la pena; tampoco puede ser aplicada de manera indiscriminada, sino que requiere que en cada caso concreto el Juez exprese, la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 57 del Código Penal. El Juez se encuentra obligado a expresar sus razones cuando opta por la suspensión de la ejecución de la pena. No se trata de un acto discrecional; peor aún, no es válido presumir de “buena fe” que el agente no volverá a delinquir. De otro lado, en determinados casos en los que no es posible controlar las reglas de conducta en el régimen de prueba, es necesario reflexionar si se puede válidamente seguir prefiriendo la suspensión de la ejecución de la pena a la efectivización de la misma.
3. Tras comprobarse que en las 115 sentencias con condena suspendida por delitos patrimoniales dictadas por los Juzgados Unipersonales de Trujillo en

el año 2010, sólo se aplicó justificadamente 9 casos; que en 55 casos no existen fundamentos expuestos; que en 39 sentencias se usó como fundamento referencias genéricas a los Principios de Culpabilidad, Lesividad, Legitimidad, que se encuentran desligados del fin de prevención general positiva; que sólo en 12 casos se desarrolló uno de los requisitos del artículo 57 del Código Penal; Que en 106 casos no existía fundamento para suspender la ejecución; entonces se concluye que se ha desperdiciado una oportunidad importante en ese año (2010) para fortalecer el efecto de prevención general positiva comunicativo dirigido a los ciudadanos en general, trasladando un mensaje negativo de una pena que solo cumple una función simbólico-declarativa, antes que preventiva.

4. En los delitos contra el Patrimonio analizados, los jueces penales -al suspender la pena privativa de libertad, no han tomado en cuenta el fin de Prevención General Positiva. Por el contrario, se ha generalizado la injustificada aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, al punto de haberse convertido en una peligrosa discrecionalidad judicial, desvinculada de los presupuestos exigidos por el Código Penal y el fin de prevención general positiva.

5. FINALMENTE, se concluye que las hipótesis planteadas se han confirmado en esta investigación: la alternativa judicial de suspender la ejecución de la pena privativa de libertad **SÍ afecta el fin de Prevención General Positiva en las sentencias condenatorias por delitos contra el patrimonio**, y en general en todos los tipos penales con sanciones conminadas no mayores a 4 años de pena privativa de libertad.- **Igualmente**, el análisis filosófico sobre los fines de la pena en las penas suspendidas, nos hace arribar a la conclusión de que la **Prevención General Positiva, constituida en el fundamento filosófico que logra en mayor y mejor grado el objetivo de la estabilidad jurídica en un Estado Constitucional de Derecho, se ve**

**afectada por la suspensión generalizada e inmotivada de la pena
privativa de libertad.-**

6. RECOMENDACIÓN:

El aporte de este trabajo de investigación se subsume en la recomendación principal a los jueces penales para el siguiente procedimiento en el momento de sentenciar:

1) Determinación del Merecimiento de Pena

Etapa que comprende la verificación del hecho injusto a través de la prueba actuada en juicio con las garantías de ley (Defensa, Contradicción, Publicidad, Oralidad, igualdad de armas)

2) Determinación de la Necesidad de Pena

Etapa de determinación -en el caso concreto- sobre si el agente respecto de quien se ha demostrado que ha cometido un injusto penal (merecimiento de pena) es necesaria la imposición de pena y comprende los siguientes niveles:

- a) Verificación si el agente actuó de manera culpable: si estamos frente a sujeto imputable, de si no obró bajo un Error de Prohibición Invencible y de si la conducta de respeto por el bien jurídico afectado le era exigible. Se entiende que la carga de la prueba de una causa de exclusión de culpabilidad corresponde al imputado.
- b) Determinación de la necesidad de pena desde sus fines
 - b.1. Determinación Judicial de la pena.
 - b.2. Desde la Prevención Especial:

El juez debe preguntarse si en el caso concreto la pena privativa de libertad (efectiva) puede cumplir algún fin en el procesado.

Si la respuesta es negativa recién deba analizarse si en el sujeto concreto concurren los requisitos del artículo 57° del Código Penal sobre la suspensión de la ejecución de la pena (Condena sea de pena privativa de libertad y no mayor de cuatro años; que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que no volverá a cometer un nuevo delito; y de que el sujeto no tenga la condición de reincidente o habitual) Se debe considerar además que el pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formula la autoridad judicial requiere de debida motivación;

Si la respuesta es positiva, y en los supuestos en los que siendo negativa y no concurren los requisitos del artículo 57 del Código Penal, deberá afirmarse la necesidad de imponer la pena efectiva al sentenciado.

b.2. Desde la Prevención General

Toda pena debe cumplir una triple finalidad: de aprendizaje, la generación de confianza y pacificadora, en tal sentido no puede abusarse de los límites máximos al optar por la pena efectiva, si no en la medida de lo necesario para asegurar las tres exigencias.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alcacer, R.

_(2004). “Los Fines del Derecho Penal. Una Aproximación desde la Filosofía Política”. *Revista Jurídica*, núm. 5.

_(2001). *Los fines del Derecho penal. Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Aguado, T. (1999), *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Madrid: Edersa.

Antón, J. (1944). *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*. Salamanca: Universidad de Salamanca.

Arroyo, L. (1982). “Control constitucional del Derecho y de la justicia penal”. *Cuadernos de Política Criminal – Núm. XVII*.

Bacigalupo, E.

_(1999). *Principios Constitucionales del Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

_(1980). “La individualización de la pena en la reforma penal”. *RFDUC*.

Baratta, A. (1985). "Integración – Prevención: Una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica". *Revista Doctrina Penal*. Núm. 08.

Berdugo, I. (1999). *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Barcelona: Praxis.

Beristain, A. (1982). *La Pena – retribución y actuales concepciones terminológicas*. Buenos Aires: De Palma.

Beccaria, C. (1986). *De los delitos y de las penas*. Madrid: Alianza Editorial.

Binder, A. (1997). *Política criminal: De la formulación a la praxis*. Buenos Aires: AD-HOC.

Bockenforde, E. (2004). "Honrar al delincuente como ciudadano. Michael Pawlik responde a la pregunta de por qué pena el Estado". *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Núm. 5, Lima: Grijley.

Bramont, L

_(2002). *Código Penal anotado*. Lima: San Marcos.

_(1997). *Lecciones de la Parte General y el Código Penal*. Lima: San Marcos.

Bustos, J y Hormazabal, H. (1994). *Lecciones de Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Bustos, J.

_(1997). “Política Criminal y Estado”. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, T V, Año III.

_(1984). *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*. Barcelona: Ariel.

_(1989). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Ariel.

Carbonell, J. (1999) *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Carrara, F. (1956). *Programa de Derecho Criminal*. Bogotá: Temis.

Castrillo, M. (1998). *Crónica de un desorden. Notas para reinventar la justicia*. Barcelona: Círculo de lectores.

Cerezo, J. (2004). *Curso de Derecho Penal Español – Parte General*. Madrid: Tecnos.

Cobo Del Rosal, M. y Vives, T. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Cury, E. (2005). *Derecho Penal. Parte General*. Santiago de Chile: Fondo Editorial Universidad Católica de Chile.

Del Vecchio, G. (1991). *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch.

Demetrio, E. (1999). *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

Diez, J.

_(2007). *Estudios Penales y de Política Criminal*. Lima: Idemsa.

_(2003). *La Racionalidad de las leyes penales- Práctica y Teoría*. Madrid: Editorial Trotta.

_(1998). *Exigencias sociales y política criminal*. Málaga: Razón Práctica.

Donna, E. (1996). *Teoría del delito y de la pena. Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad*. Buenos Aires: Astrea.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.

Feijoo, B.

_(2007). *Retribución y Prevención General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

_(2002). "Las Teorías Clásicas de la Pena". *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Núm. 11. Lima: Grijley.

_(1997). *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*. Madrid: Colex.

Feuerbach, A. (2007). *Tratado de Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

García, J. (2002). “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal?”. *DOXA*. Núm. 23.

García, M. (1982). *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*. Barcelona: Ediciones de la Universidad de Barcelona.

García, P.

_(2008). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley.

_(2008). “La función de la pena”. *REJ – Revista Jurídica*. Nº 05. Santiago de Chile: Universidad de Chile.

García de Enterría, E. (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Tecnos.

García-Pablos, A. (2000). *Derecho Penal. Introducción*. Madrid: Complutense.

Gomez, C. (2008). "La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?". *Revista InDret.* Barcelona.

Hassemer, W.

_(2007). "¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?". *La teoría del bien jurídico.* Barcelona: Marcial Pons.

_(1995). "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos". *Pena y Estado.* Santiago de Chile: Editora Jurídica Cono Sur.

_(2009). Perspectivas del Derecho penal del futuro. En: *Revista Penal de la Universidad de Huelva. Nº 05.* Huelva - España.

_(2003) *¿Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal?* México D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

_(2001). *Introducción al Derecho Penal.* Buenos Aires: Editorial B de F.

_(1984). *Fundamentos de Derecho Penal.* Barcelona: Bosch.

_(1982). "Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social". *Derecho penal y Ciencias Sociales:* Ballaterra.

Hirsch, H.

_(1997). El principio de culpabilidad y su función en el Derecho Penal. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales, Tomo V, Año III*, Lima.

_(1992). “La reparación del daño en el marco del Derecho penal material”. *De los delitos y las víctimas*. Buenos Aires: AD-HOC.

Hormazabal, H. (1991), *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona: PPU.

Hurtado, J. (1993). “Responsabilidad y culpabilidad”. *Anuario de Derecho Penal*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú – PUCP.

Jakobs, G. (2006). *La pena estatal: significado y finalidad*. Madrid: Civitas.

Jakobs, G. y Cancio, M. (2000). *El sistema funcionalista de Derecho Penal*. Lima: Grijley.

Jakobs, G.

_(2005). *El fundamento del sistema jurídico penal*. Lima: Ara.

_(2003). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*. Madrid: Civitas.

_(1998). *Sobre la teoría de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Jescheck, H.

_(1995) “El principio de culpabilidad como fundamento y límite de la punibilidad en el Derecho alemán y español”. *Revista Eguzkilore*. San Sebastián.

_(1981). *Tratado de Derecho Penal. Parte General..* Barcelona: Bosch.

Kant, E. (1978). *Fundamentación metafísica de las costumbres*. Madrid: Espasa-Calpe.

Lesch, H. (1999). *La función de la pena*. Madrid: Dykinson.

Luzón, D.

_(1996). *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Madrid: Universitas

_(1990). *Derecho penal de la circulación. Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Valencia: PPU.

_(1989). "Alcance y función del Derecho Penal". *ADPCP*, T. 42.

_(1976). *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Madrid: Reus.

Mapelli, C. (1991). *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Tecnos.

Márquez, R. (1986). *El tipo penal: algunas consideraciones en torno al mismo*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Maurach, R. y Zipf, H. (1994). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea.

Mir, S.

_(2003). *Introducción a las bases del Derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B de F.

_(1996). *Derecho penal. Parte General*. Barcelona: Edit. PPU.

_(1985). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias.

_(1982). *La función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Bosch.

Moccia, S. (2013). *El Derecho penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica*, Buenos Aires: B de F.

Muñoz, F.

_(2004). *Derecho penal y control social*. Bogotá: Temis.

_(1996). *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Polaino, M. (1987). *Estudios Jurídicos sobre la reforma penal*. Córdoba: Universidad de Córdoba.

Prado, V.

_(2010). *Determinación de la Pena y Acuerdos Plenarios*. Lima: Idemsa.

_(2000). *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Lima: Gaceta Jurídica.

Quintero, G.

_(2002). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Arzamendi.

_(1982). "Determinación de la Pena y Política criminal". *CPC – Cuadernos de Política Criminal – Nº 4*.

_(1982). "Política criminal y determinación de la pena". *Doctrina Penal*. Buenos Aires.

Roxín, C.

_(2007). *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Grijley.

_(1999). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Madrid: Civitas.

_(1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Madrid: Civitas.

_(1981). “Reflexiones Político-Criminales sobre el principio de culpabilidad”. *Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal*. Madrid: Reus S.A.

_(1976). *Sentido y límites de la pena estatal*. Madrid: Civitas.

Rousseau, J. (2005). *El Contrato Social*. Madrid: Mestas.

San Martín, César. (2003). *Derecho Procesal. Penal*. Lima: Grijley.

Schuneman, B. (1997). “Sobre la Crítica a la Teoría de la Prevención General Positiva”. *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. L-H a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch.

Silva, J.

_(2002). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Madrid: Bosch

_(2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas.

_(2000). "Reflexiones sobre las bases de la Política Criminal". *Estudios de Derecho Penal*. Lima: Grijley.

Schuneman, B. (2008). Aporías de la teoría de la pena en la filosofía. *InDret*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra.

Vives, T. y Cobo, M. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Velasquez, F. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Santa Fe de Bogotá: Temis.

Villavicencio, F. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley.

Welzel, H. *Derecho Penal Alemán. Parte General*. (1993). Editorial Jurídica de Chile.

Zaffaroni, R.

_(2005). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

_(2003). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora.

_(2002). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Ediar.

_(1993). *En Busca de las penas perdidas*. Bogotá: Temis.

Ziffer, P.

_(1998). “El deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la determinación de la pena”. *RPCP – Revista de Derecho Penal, Criminología y Política Criminal*. núm. 06. Universidad de Navarra. España.

_(1993). “Consideraciones Acerca de la Problemática de la Individualización de la Pena”. AA.VV. *Determinación Judicial de la Pena*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Zipf, H. (1999). *Introducción a la Política Criminal*. Edersa,

Zugaldía, J. (2010). *Fundamentos de Derecho penal. Parte General*. Madrid: Tirant lo Blanch.

Zúñiga, L. (2001). *Política criminal*. Madrid: Colex.