

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
XXXIII CURSOS DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO**

“PRINCIPIOS Y DESAFIOS DEL DERECHO PENAL DE HOY”

TEMA: TEORÍA DE LA PENA

AUTOR: ABOGADA INOCENCIA ALFONSO DE BARRETO

ASUNCIÓN – PARAGUAY

SETIEMBRE DE 2013

TEMA: TEORÍA DE LA PENA

INTRODUCCIÓN

En el marco de las convenciones sociales y sus consecuencias, cobra especial énfasis en materia jurídico penal la Teoría de la Pena, ya que a partir de la determinación de una sanción, el común de las personas parecen confundirla con los fines de lo justo o de lo injusto, por ello es que decimos que la labor de individualización de una pena particular y específica adecuada al índice de reprochabilidad, constituye también la redacción de un discurso que debe resultar igualmente legitimado por la sociedad.-

La antigua proposición de que una pena es el mal que se impone al causante de otro mal, de claro corte retribucionista ha quedado superada a partir de los conceptos preventivos especiales y preventivos generales que enmarcan la labor específica de un Poder Judicial independiente, que actúa a través de su órgano específico, cual es el Tribunal de Mérito o de Juicio, entidad en quien converge la delicada tarea de administrar justicia.-

El actual énfasis que cobra el estudio de la Teoría de la Pena se subsume en la necesidad de combatir los errores que hemos acumulado en los siglos anteriores, respecto al tratamiento del penado y la finalidad misma de la sanción, que tantos ejemplos de fría atrocidad nos ha presentado, como fueron en su tiempo los sacrificios y bárbaros tormentos practicados con insensible indolencia por los verdugos de turno.-

Así decimos que para decretar las penas correspondientes a los delitos, en puridad, dicha labor corresponde únicamente al legislador, pues representa a toda la sociedad unida por virtud del contrato social, no obstante resultará siempre tarea del magistrado judicial establecer la Teoría de la Pena, así como la proporción de ésta que se corresponde a cada justiciado.-

Al cierre de esta entrada ya solo quisiera transcribir muy brevemente la idea propugnada por Cesare Bonesana, Marques de Beccaria, en su difundida obra Tratado de los delitos y las penas: “*¿Queréis evitar los delitos?... Haced que las leyes sean claras y simples, y que toda la fuerza de la nación esté empleada en defenderlas, ninguna parte en destruirlas...*”.-

En primer lugar y a modo de inicio, para determinar la finalidad de la pena, debemos entender y aprender primero sobre los tipos de Estados en la historia de la humanidad, es decir los antecedentes históricos de la *Teoría de la Pena*.-

EL ABSOLUTISMO

El absolutismo es una forma de gobierno en la cual el poder reside en una única persona, a quien deben obedecer todas las demás, sin rendir cuentas al parlamento ni al pueblo.-

Abarcó los siglos XVI, XVII, XVIII y la primera mitad del XIX, cuando la influencia política de la nobleza declinó, aunque manteniendo el régimen feudal que mantenía su preponderancia en la sociedad de la época. La teoría del derecho divino del poder real o del absolutismo teológico nació en Francia en el último cuarto del siglo XVI y en el ambiente de las guerras de religión. Aunque en Europa la divinización del monarca nunca llegó tan lejos como en Asia (*donde en algunos países se identificaba al rey con el mismo Dios*) el rey siempre tuvo cierto poder sobre las iglesias nacionales a través del regalismo.-

Los principios básicos del Absolutismo pueden definirse de la siguiente manera: **a)** El poder es de carácter divino: la autoridad del Rey fue designada por Dios; **b)** El Rey tiene un trato paternal con el pueblo; **c)** La autoridad del Rey es absoluta, no debe pedirle permiso ni al Parlamento ni a los nobles para tomar decisiones; **d)** La autoridad del Rey está sujeta a la razón. Es decir, *EL REY ES LA LEY*.-

Razón de Estado: El gobernador absolutista debe regirse por criterios para lograr el poder, bienestar y la riqueza del Estado. Las principales características del absolutismo fueron el rey único, vitalicio, hereditario y teocrático lo que hacía que el monarca dictara todas las leyes de acuerdo a sus intereses y la de los nobles, que estaban para aconsejar al rey en sus decisiones aunque éste siempre tenía la última palabra; el rey manejaba los hilos de la iglesia y era el jefe temporal, lo que quiere decir que manejaba la parte administrativa y todo lo que tiene que ver con sus riquezas, mientras que la parte de la fe y la creencia religiosa eran atribuidos al clero; se practicaba una economía mercantilista en donde todo estaba respaldado en

metales como el oro y la plata siendo este sistema responsable por las miserias que azotarían Europa luego y que serán cambiados por sistemas más liberales, y a su vez muy controlada para así poder cobrar los impuestos necesarios para poder mantener la acomodada vida del rey y los nobles en el Palacio de Versalles en el caso de Francia con todas sus fiestas y más de un centenar de habitaciones. En cuanto a la sociedad, ésta es estamentada.-

Este régimen, para poder funcionar y asegurar su continuidad, debe contar con un ejército que apoye incondicionalmente al rey y para a su vez apoyar y mantener el sistema monárquico en orden y controlar cualquier tipo de revueltas contra éste, una burocracia con ministros y funcionarios públicos a cargo que la hagan funcionar correctamente para que así se mantenga el poder monárquico, un grupo de embajadores que se encargaban de los tratados comerciales, de guerra, y matrimoniales ya que todos los reyes europeos se casaban entre ellos para asegurar las coronas reales y estos casamientos siendo pura y exclusivamente por interés, un sistema tributario fuerte que pueda mantener en pie todos los gastos del Estado y del monarca, así como también la flota, el ejército y la burocracia.-

En resumen, el objetivo del absolutismo es la concentración y el monopolio de la autoridad y el poder del estado en la persona del rey. Ejemplos: **a) Luis XIV de Francia**, ejemplo de rey absolutista; **b) Fernando VII**, ejemplo español de rey absolutista.-

Límites del Poder absoluto: El Antiguo Régimen es el nombre que se da al conjunto de rasgos políticos, jurídicos, sociales y económicos que caracterizaron a Europa y sus colonias durante los siglos XVII y XVIII. El modelo político característico es el de monarquía absoluta, cuyo rasgo central es la concentración de todo el poder en el rey sin control o límites de cualquier tipo. A pesar de esto, las condiciones de la época así como algunos elementos remanentes la Edad Media, determinarán que en los hechos el poder de los reyes absolutos tenga ciertos límites, ello no obsta que ninguna institución o persona pueda ejercer control sobre ellos.-

Estos límites son:

1. La Ley Divina Cristiana: el Rey, al igual que todos los cristianos está sometido a los 10 Mandamientos.

2. Las Leyes del Derecho de Gentes: son aquellas disposiciones que derivan de tradiciones antiguas, determinan cosas como la herencia, el mayorazgo, etc. Aquellas que se vinculan al ejercicio directo del gobierno, fueron desplazadas por los monarcas en el proceso de consolidación del absolutismo (tal el caso del recurso a cortes o parlamentos para la definición de ciertas medidas, en Francia, por ejemplo, los Estados Generales dejaron de ser citados en 1614, y solo volvieron a sesionar en 1789).

3. Las leyes fundamentales del Reino: un conjunto de normas relativas al fundamento del Estado. Sus elementos básicos son:

- Noción de continuidad del Estado. El Estado es independiente de los reyes; si muere el rey para a su sucesor.
- Ley de sucesión.
- El principio de legitimidad. El rey no podía modificar la ley de sucesión.
- Si el rey es menor o incapaz, puede ser asistido por un regente.
- El principio de religión. La corona debía titularla un príncipe católico (a partir de la Reforma, los reinos protestantes aplicaron este principio).

4. El escaso número de funcionarios: aunque los regímenes absolutos se apoyaban en una burocracia numerosa y eficiente, comparados con cualquier Estado actual el número de funcionarios era mínimo, y completamente insuficiente para que las determinaciones del monarca se cumplieran efectivamente.

5. Las limitaciones del sistema de caminos: en la Época Moderna los caminos transitables, los puentes y los canales eran muy escasos, la velocidad de comunicación era la del galope del caballo, por ello las disposiciones del rey demoraban en llegar a destino, incluso muchas veces lo hacían cuando ya eran inaplicables. En el caso del sistema colonial, se aplicaba muchas

veces la fórmula “se acata pero no se cumple” para aquellas disposiciones cuya aplicación no era pertinente en las colonias.

6. La persistencia de aduanas internas y derechos señoriales: como remanente de la dispersión del poder en la época feudal y el proceso de unificación de los Estados todavía inconcluso, persistían algunas aduanas internas. Del mismo modo, algunos nobles conservaban privilegios especiales como herencia de la época feudal.

El ejemplo francés: Para citar un ejemplo de una monarquía absoluta, qué mejor que el francés, uno de los más representativos y que lograba que hacer caer el régimen feudal no fuera tan sencillo.-

Francia en el siglo XVI era un mosaico de regiones y con tendencia vigorosa a centralizar el poder, pero con problemas de comunicaciones importantes, lo que hacía que esta centralización se viera afectada, ya que las órdenes reales no llegaban en tiempo y forma a todos los rincones de Francia, y por lo tanto se incrementaba el poder en los señores y no en la figura del rey, que aunque respetaba las leyes del reino y era el jefe temporal de la Iglesia, por lo que designaba a las autoridades y tenía un consejo de asesores, su figura venía creciendo.-

En cuanto a la economía, como en cualquier régimen absolutista, era mercantil y tenía intervención por parte del monarca, y en lo que a la sociedad se refiere, ésta estaba dividida en órdenes, que son la condición social y política de índole colectiva que se define por un conjunto de libertades. Un siglo después, en el XVII o de los Ministerios, como es llamado en Francia, ya que gobernaron dos primeros ministros en vez de un rey, Richelieu y Mazarino, que fueron elegidos por acumulaciones de cargos y funciones, aunque éstos no sustituyen al rey y ejercen influencias sobre los gobiernos actuales. Durante el período de los Ministerios varias cosas sucedieron en Francia, mayoritariamente crisis y revueltas, como la rebelión general en donde hubo enfrentamientos entre ministros y oficiales, o revueltas campesinas a causa del aumento de impuestos, lo que hacía que las masas campesinas tuvieran menos para comer y fueran más pobres, que debilitaron a este sistema de gobierno aparentemente capaz de la iniciativa y eficaz.-

Luego de la muerte de Mazarino, Luis XIV instaura su gobierno personal y pasa por arriba de todo lo existente y se impone nombrando a los ministros de su preferencia para que realicen las funciones vitales, que acompañados por un pesado sistema burocrático sin pocas innovaciones, hacen de lo que será la vida de Francia en aquel entonces.-

En cuanto a su plan económico, en la agricultura, con predominio del sistema de origen feudal, con aduanas y con altos impuestos, que pueden ser pagados en especias o en diezmos según lo cosechado por los campesinos, el país entra en un hambre, visto que hay malas cosechas y muchos impuestos que pagar para mantener el lujurioso estilo de vida del monarca y sus asesores; y en cuanto a la industria se crean las manufacturas reales de la mano de Colbert para satisfacer la demanda de productos de alto lujo por parte de la nueva burguesía y las demás casas reales, estando los trabajadores ordenados en gremios según el oficio en donde se mantenían los mismos precios, predominando la artesanía y las aduanas y altos impuestos.-

En lo social, Francia contaba con una sociedad altamente estratificada en la época y con privilegios sólo para los nobles, el rey y los clérigos, en cuanto a la ley y a los tributos, mientras que estaban los no privilegiados, a los cuales pertenecían los campesinos y el Tercer Estado, que carecía de toda igualdad ante la ley con respecto a los nobles por ejemplo, lo que creaba desigualdades sociales importantes.

Consecuencias del Absolutismo: **a)** El surgimiento del Iluminismo; **b)** La Revolución Francesa; **c)** La restauración del poder del parlamento inglés.

CONCLUSIÓN

En definitiva, el periodo absolutista se caracteriza por gobiernos dirigidos por una persona que no responde de sus actos ante sus súbditos, y en donde las desigualdades sociales son muy fuertes. La crisis del absolutismo traerá una época de cambios radicales en las formas de gobierno, como la Revolución Francesa y la Norteamericana, que están en el origen de los regímenes democráticos contemporáneos.-

LA CRISIS DEL ESTADO MONARQUICO – ABSOLUTISTA

El Estado Liberal surgió como resultado de una crítica al Estado Monárquico Absolutista, de los siglos XVII y XVIII. Es decir, la forma de Estado que existía hasta antes de la Revolución Francesa de 1789, era la del Estado Monárquico- Absolutista, que estaba caracterizado porque el rey era el soberano, es decir, que por encima de su poder no había otro poder humano; porque el origen de su poder era de derecho divino, es decir, Dios y solamente Dios se lo otorgaba y solo ante Él respondía. Porque concentraba todo el poder, es decir, el rey "hacía" la ley, el rey "aplicaba" la ley y el rey "interpretaba" la ley. Un Estado donde el soberano tenía concentrado todo el poder y tenía no solo derecho sobre la vida, la libertad y la propiedad de todos sus súbditos, sino que además determinaba la vida económica. Pero además el mercantilismo como teoría económica del Estado Absolutista afirmaba que la riqueza de las naciones se asentaba en el poder estatal y por tanto se configuro un sistema económico predominantemente estatista. Esta forma de Estado tuvo su forma más acabada en la famosa frase de Luis XIV: "El Estado soy yo". El liberalismo surge a partir de una crítica contundente al sistema monárquico-feudal, que tuvo su expresión más acabada en la frase del Rey Luis XIV, que acuñó la famosa frase "El Estado soy Yo". Este liberalismo original tenía no solo una dimensión política, sino también económica y filosófica. Los pensadores o ideólogos fueron los siguientes: Juan Jacobo Rousseau, Montesquieu, Diderot, Voltaire, David Smith, David Ricardo, Malthus, Dimensión filosófica: Jhon Locke, Hobbes, etc. Todos estas filósofos y pensadores hicieron una crítica a la sociedad absolutista-monárquica, que culminó en un proceso revolucionario de carácter político-social: la Revolución Francesa, y al mismo tiempo coincidió con la un fenómeno de carácter científico-tecnológico: la 1ª Revolución Industrial, que en un proceso simultáneo y convergente dieron origen a un nuevo tipo de sociedad: la sociedad capitalista y a un nuevo tipo de Estado: el Estado Liberal - Burgués. Esta convergencia también dio origen a un nuevo tipo de trabajador: el obrero industrial (el proletariado así denominado por Marx) y a una súper -explotación de ese mismo proletariado naciente. Ricardo Conbellas, en su libro "Estado de Derecho, Crisis y Renovación", el Estado Liberal, afirma que "El Estado Liberal surgió como un concepto de lucha. Un arma política de la burguesía con el objeto político de imponer un nuevo orden político frente al viejo orden del Absolutismo (monárquico).-

REVOLUCIÓN FRANCESA

La Revolución Francesa fue el cambio político más importante que se produjo en Europa, a fines del siglo XVIII. No fue sólo importante para Francia, sino que sirvió de ejemplo para otros países, en donde se desataron conflictos sociales similares, en contra de un régimen anacrónico y opresor, como era la monarquía. Esta revolución significó el triunfo de un pueblo pobre, oprimido y cansado de las injusticias, sobre los privilegios de la nobleza feudal y del estado absolutista.-

Durante el reinado de Luis XIV (1643-1715), Francia se hallaba bajo el dominio de una monarquía absolutista, el poder de rey y de la nobleza era la base de este régimen, pero en realidad el estado se encontraba en una situación económica bastante precaria, que se agravó por el mal gobierno de Luis XV (bisnieto de Luis XIV), y que tocó fondo durante el reinado de Luis XVI, gobernante bien intencionado, pero de carácter débil, por lo que se lo llamaba el buen Luis.-

El mantenimiento de un estado absolutista demandaba mucho dinero, ya que: * Existía un gran número de funcionarios en el gobierno y cada uno buscaba su propio beneficio; * Se tenía que mantener un gran ejército permanente; * La corte vivía rodeada de lujos. Algunos ministros de Hacienda trataron de encontrar una solución a esta crisis, pero sus medidas sólo complicaron más la situación.

Aparece un nuevo problema: El envió de tropas a América de Norte, para defender sus posiciones territoriales, antes el avance de gobierno inglés, en la guerra de los Estados Unidos. Consecuentemente la monarquía se endeudó mucho más.-

Soluciones Propuestas: Por un lado se recurrió al tradicional intento de aumentar los impuestos mientras que por otro se trató de conseguir que la nobleza también aporte su correspondiente diezmo, medida que provocó la ira y oposición de esta última clase social, que estaba dispuesta a defender sus privilegios feudales, hasta el punto de enfrentar la monarquía.

Para que no se empeorara su situación económica la nobleza trató de acaparar más cargos en la burocracia estatal, y además, aumentó la explotación de los campesinos que trabajaban en sus tierras, exigiéndoles mayores contribuciones.

En resumen: **a)** La economía del país estaba arruinada; **b)** Los nobles consecuentemente sufrían dramas financieros; **c)** El clero no recibía el diezmo por parte del pueblo; **d)** La burguesía quería acceder a cargos públicos y **e)** Los campesinos estaban cansados del poder feudal.-

Viendo la difícil situación económica que se asomaba, la nobleza exigió que se llamara a Estados Generales, para el tratamiento de una ley de impuestos. La monarquía prácticamente arruinada económicamente y sin el apoyo de gran parte de la nobleza, estaba en la ruina.-

Cuando se reunieron en los Estados Generales (1789), la situación de Francia estaba sumamente comprometida, ya que el pueblo no soportaba más tan penosa vida, y existía un gran descontento social. Las clases sociales existentes en ese momento eran: la nobleza, el clero y la burguesía, pero al contar los votos de la nobleza y del clero, que pertenecían a un estamento privilegiado, superaban en número a la burguesía, y por lo tanto siempre se tomaban las decisiones que a este sector le convenía. Solucionado este sistema de conteo, el tercer estamento (la burguesía) pudo tomar el control de la situación, y comenzó a sesionar como Asamblea Nacional, y juraron solemnemente que ésta no se disolvería hasta tanto no se logre conformar una Constitución Nacional.-

El 14 de Julio de 1789, la burguesía se vio apoyada por un gran sector explotado por la nobleza, los campesinos, que en medio de una agitada multitud revolucionaria formada por hombres y mujeres, saturados de injusticias y de hambre, se dirigen violentamente a la Bastilla, símbolo del régimen absolutista, donde funcionaba como cárcel de los opositores al sistema de gobierno, y toman la toman por la fuerza. Esta demostración atemorizó a los partidarios del antiguo sistema, y sirvió para inclinar la balanza en favor de los revolucionarios, desplazando así del poder a los nobles y partidarios del absolutismo.

Paralelamente se produjo en las zonas rurales levantamientos de los campesinos contra los señores feudales, lo cuales fueron asesinados, y sus castillos saqueados e incendiados. A este movimiento social por la justicia y fraternidad de los hombres en 1789, se lo conoce como el

Gran Miedo: La Asamblea Nacional estaba formada por la burguesía, que inicialmente para luchar contra la monarquía, lo hizo en forma unificada, pero en realidad la burguesía no era una clase social homogénea, sino que estaba dividida

en la alta burguesía –banqueros, financistas, comerciantes, propietarios- y en la baja burguesía formada por los profesionales (abogados y médicos), pequeños comerciantes y dueños de talleres.-

Cuando llegó el momento de decidir por la forma de gobierno, la alta burguesía apoyó a los girondinos, oriundos de la provincia de La Gironda, que querían llegar a un acuerdo con la monarquía e instaurar una monarquía constitucional, es decir, tenía una actitud moderadora respecto a los cambios políticos.-

Por otro lado estaban los **jacobinos**, que tenían ideas más revolucionarias y de cambios radicales, con tendencia a la instauración de una república democrática, con derechos a la participación política y con la aplicación de medidas más equitativas para la repartición de la riqueza y la lucha contra el hambre popular. Dicho nombre proviene de que se reunían en asambleas, llamadas clubes, en un convento ubicado sobre la calle San Jacobo.-

Los diputados de la asamblea, decidieron eliminar los privilegios de la nobleza, se les obligó a pagar impuestos y se eliminó el diezmo a la Iglesia. Pocos días después la asamblea dicta la **Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano**, esta proclama se transformó en la síntesis de las ideas revolucionarias, basadas en tres banderas: **igualdad**, **fraternidad** y **libertad**. Les interesaba la libertad para comerciar, la defensa de la propiedad privada y la igualdad de los ciudadanos ante la ley.-

El **3 de Septiembre de 1789**, se proclamó la Constitución de carácter moderado, en donde la alta burguesía había logrado prevalecer sus ideales, de negociar con el antiguo régimen, quedando a cargo del poder ejecutivo el rey (*Luis XVI*), el poder legislativo lo ejerció una asamblea formada por la burguesía y el poder judicial, se compuso de jueces electos. Se estableció que sólo podían votar aquellos que pagaban ciertos impuestos, y de esta manera se pone en evidencia que las banderas de igualdad proclamada por los revolucionarios tenían ciertas limitaciones.-

La nobleza de esta manera se vio con sus poderes recortados, lo que los motivó a tratar de crear alianzas y buscar apoyos en otros países con gobiernos absolutista, y de paso tratar de evitar que estos movimientos se expandan a otros reinos, y para ello no había más remedio que la guerra. Países como Austria y Prusia, atacaron a los franceses en los límites de su territorio y lograron contenerlos,

pero los cuidados que tuvieron los países limítrofes con Luis XVI, hicieron evidente de la alianza que existía entre éste y la intervención extranjera, de esta manera el pueblo francés destronó al rey, y luego se lo decapitó. Más tarde fue ejecutada su mujer: María Antonieta. La asamblea nacional fue desplazada y un nuevo cuerpo de representantes reunidos en una Convención, comenzó a dirigir el nuevo gobierno republicano, liderado por la baja burguesía, dependiente del partido jacobino.-

El cambio de mayor importancia es que ahora los representantes podían ser elegidos mediante el sufragio universal, permitiendo una mayor participación de sectores humildes y populares, llamados sans culottes (*sin calzones*). Desde 1792 los jacobinos lograron el control de la Convención, y sus principales activistas fueron: Dantón, Robespierre, Marat y Saint Just.-

La república jacobina en el plano exterior debió frenar el avance de los ejércitos extranjeros, en el plano interior debió combatir la aristocracia, y terminar con la resistencia de los girondinos, que se oponían a la nueva forma de gobierno. Para tomar mejor partido de su control, los jacobinos hicieron alianzas con los sans-culottes, y durante 1793, se creó una institución destinada a establecer un rígido control de los opositores, y castigarlos duramente y aplicar la pena de muerte a todos aquellos que no apoyaban el sistema de gobierno republicano. Este instrumento fue dirigido en persona por Robespierre. Se trataba de mantener dominados a sus opositores, a través del miedo, por lo que se lo llamó: *El terror revolucionario*.-

Las medidas tomadas por la Convención no pudieron atender a todas las exigencias del sector popular, que seguían sufriendo la crisis económica. Se trató de llevar un control de precios para los alimentos básicos, aplicando severas penas a quienes no las acataban, pero no se logró el efecto deseado, lo que llevó al sector de los sans-culottes a romper su alianza con los jacobinos, creando una fisura y debilidad al partido gobernante.-

Conociendo la debilidad de este gobierno, la alta burguesía aprovechando la situación, y deseosos de terminar con los “excesos del populacho” en Julio de 1794, produjeron un golpe de estado, desplazando la república y creando un Directorio, que para lograr su autoridad se apoyaron en los militares. Los líderes de la Convención fueron guillotinado.

El Directorio, eliminó la libertad política de votar a los más humildes, se eliminó el control de precios y se tomaron medidas que favorecieron a los comerciantes y especuladores. De todas maneras, el sector popular siguió pasando por las mismas penurias de siempre y miserables condiciones de vida.-

Entre los militares que apoyaban al Directorio, se encontraba **Napoleón Bonaparte**, que no tardó en hacerse del poder, mediante un golpe militar, aprovechando el gran prestigio que se había ganado en las diversas victorias militares en otros países. En 1799 se apoderó del gobierno de Francia, y se coronó como Primer Cónsul, concentrando cada vez más poder, hasta llegar a emperador en 1804. Con el tiempo la burguesía lo apoyó, ya que conservó muchos de los principios declarados en la Constitución, especialmente aquellos que beneficiaban a la burguesía más acomodada. A su vez estos lo apoyaban, porque evitaban el regreso de la república jacobina y del antiguo régimen aristocrático.

Consecuencias de la Revolución Francesa: **a)** Se destruyó el sistema feudal; **b)** Se dio un fuerte golpe a la monarquía absoluta; **c)** Surgió la creación de una República de corte liberal; **d)** Se difundió la declaración de los Derechos del hombre y los Ciudadanos; **e)** La separación de la Iglesia y del Estado en 1794 fue un antecedente para separar la religión de la política en otras partes del mundo; **f)** La burguesía amplió cada vez más su influencia en Europa; **g)** Se difundieron ideas democráticas; **h)** Los derechos de los señores feudales fueron anulados; **i)** Comenzaron a surgir ideas de independencia en las colonias iberoamericanas y **j)** Se fomentaron los movimientos nacionalistas.-

EL ILUMINISMO Y LA CONSTRUCCION DE ESTADO

En la manera en que estaba organizada la cosa pública, esos Estados que habían surgido en Europa a partir del siglo XIII y que, desde fines del siglo XVII habían dado lugar a los gobiernos absolutistas y concentradores del poder en una monarquía que oscilaba en sus apoyos en una burguesía urbana y los poderes tradicionales. La Ilustración fue el momento en que la burguesía emprendió claramente su lucha contra estos poderes tradicionales de la nobleza y del clero, y también en parte contra el absolutismo monárquico. El liberalismo, que pretende ser el único heredero de las diversas ideas de contrato social, aparece reflejado en las ideas de **Locke**.-

Este pensador del siglo XVII hace hincapié en la tolerancia y en los derechos naturales –hoy derechos humanos- como límites al accionar de los gobiernos. Locke teoriza sobre un gobierno liberal en política y en economía, con un Estado con poderes y funciones limitados. El Estado solo se justificaría si sirve para asegurar los derechos que ya existen en el derecho de naturaleza.-

El contrato tiene dos partes: **a)** los individuos deciden entre ellos la creación de una autoridad superior, consensuada por los individuos para la formación de un Estado político; y **b)** con la salvedad de que los derechos naturales no dependen de esa institución, es decir no ceden todos sus atributos ni la aparición de estos como consecuencia del contrato, sino que estos atributos(naturales) y entre ellos el más importante de todos, que es la propiedad, preexisten y subsisten a la constitución del Estado.-

La idea de Estado de naturaleza de Locke se identifica con la racionalidad, la libertad y la igualdad de los individuos, derechos universales de los individuos que el estado debe resguardar y proteger.-

El concepto de democracia de Locke, liberal, reconoce la validez de leyes superiores al propio estado; de ahí son sus ideas sobre la separación de religión y política, democracia, soberanía popular y derecho de resistencia, que son las claves del contractualismo llevado a la práctica mediante las declaraciones de derechos y constituciones que llegan hasta la actualidad.-

En todo caso, emancipar el espíritu humano de la superstición y la ignorancia parece ser el rasgo común de los pensadores ilustrados en contra de los defensores del Antiguo Régimen y de los privilegios feudales y clericales.-

Todas las ideas y pensamientos filosóficos se expresaron a la vez en la Enciclopedia, diccionario razonado de las ciencias, artes y técnicas, obra colectiva en la cual los franceses pretendían registrar todo el conocimiento adquirido hasta entonces. Los promotores de este proyecto fueron Diderot y D´Alembert y en la obra escribieron desde Montesquieu hasta Rosseau.-

Sin embargo los que escribieron en esta monumental obra no dejaban de ser una muestra del absolutismo ilustrado. Casi todos los hombres de la Ilustración, incluido Kant no creían necesario un cambio de régimen, ni discutir sobre la legitimidad en la soberanía. Ellos creían que cualquier gobierno era positivo si estaba guiado por la razón y tenía como objetivo la educación del pueblo para que

todos alcanzaran la verdad y obrar conforme a ella. La Ilustración debe su fuerza al aumento de la producción y del comercio posibilitada por los adelantos técnicos.-

EL CONTRATO SOCIAL

Se denomina contrato a todo *acuerdo de voluntades, celebrado con un propósito lícito*. En el caso del contrato social el acuerdo *es celebrado entre el pueblo y el, o los gobernantes*, con el fin de constituir un estado, con el objetivo del bien común.-

Los hombres antes de la existencia del estado (este estado natural no está ubicado en un momento histórico concreto) vivían con prescindencia de la relación mando-obediencia, pero hubo razones que los obligaron a organizarse poco a poco, constituyendo primero poblados, con jefes y luego estructuras estatales más complejas.-

¿Por qué llegaron a formar estados a cuyos gobernantes les delegaron parte o toda su libertad? La explicación no es única y varios autores, trataron de darle explicación, reconociendo un pacto entre gobernantes y gobernados.-

Thomas Hobbes, que vivió entre los años 1588 y 1679, opinó que los hombres en el estado de naturaleza (*o sea, antes del estado, como entidad política*) vivían en una constante guerra, ya que consideraba al ser humano intrínsecamente malo: “El hombre es un lobo para el hombre” y por lo tanto, iba a entrar en conflicto con sus semejantes, por la posesión de los bienes, pues todos tenían los mismos derechos a acceder a ellos.-

Para reprimir estos maléficos instintos, los hombres por su propia seguridad, debieron conceder la totalidad de sus derechos al estado (*menos el de la vida*) que se dedicaría a su protección. Como vemos un estado con semejante responsabilidad, de obtener orden y justicia en una comunidad de seres con malos instintos, debía ser un estado poderoso, que no dejara a sus súbditos derecho alguno, ya que no serían capaces de administrarlos con prudencia y equidad. Esta teoría sustentó por lo tanto a los estados absolutistas.-

Hobbes, expresó esta concepción en su libro “Leviatán” escrito en 1651, donde con ese nombre “Leviatán” designó a un estado sumamente poderoso constituido por todos los derechos delegados. Su pensamiento fue producto del

contexto histórico. Hobbes vio a su Inglaterra, sumida en una guerra sangrienta que enfrentó a los partidarios de la monarquía con los parlamentarios, y por eso esbozó su tesis de la necesidad de crear normas para una convivencia pacífica, impuestas de modo autoritario, mientras permanecía lejos de su patria, sufriendo el exilio en París.-

El inglés **John Locke**, cuya vida transcurrió entre 1632 y 1704, dio otra visión de la construcción del estado. Para este autor el hombre en el estado de naturaleza es libre y feliz, y el hombre ya no aparece como un ser malo por naturaleza, sino que toma la idea cristiana del hombre bueno pero que carga con el pecado original.-

No hay diferencias de derechos entre los hombres, y todos los poseen otorgados por la propia naturaleza, a la vida, a la propiedad y a la libertad. El hombre tiene los derechos de libertad, y el de propiedad sobre su propia persona, y de lo que necesita para satisfacer sus básicas necesidades, convirtiéndose en propietario de esos bienes que le resultan necesarios.-

Para este autor el estado también surge por un acuerdo entre gobernantes y gobernados, para evitar que en el ejercicio de sus derechos los hombres no impidan facultades a los demás, pues a veces pueden tomar más de lo que necesitan, y esto generaría caos, al no existir leyes, y tratar de obtener justicia a través de la venganza privada, establecida por la ley natural que permite a cada hombre hacer justicia por sí mismo.-

Para Locke el estado se formó en dos etapas. Por la primera los hombres se ponen de acuerdo en vivir en comunidad, y por la segunda, esa comunidad llega a un acuerdo para conformar el gobierno.-

Pero, a diferencia del estado de Hobbes el pueblo conserva el poder, y solo delega en el Poder Ejecutivo y Legislativo (*éste último más poderoso*) solo los derechos necesarios para su seguridad, participando a su vez de distintas formas en el poder, al que puede resistirse y destituir. Los hombres renuncian a un solo derecho en pos de la seguridad para formar el estado: el de hacer justicia por sí mismos. Por eso el estado para Locke solo interviene para dirimir controversias. Fue defensor de la libertad religiosa (*con exclusión del catolicismo*).-

Como vemos la poca intervención del estado en los asuntos de la ciudadanía convierten a Locke es un claro exponente del pensamiento liberal. Pero

el que realmente sentó los principios del contrato social, y escribió un libro con ese nombre, en 1762, fue el ginebrino, **Jean-Jacques Rousseau**.-

Parte de que el estado de naturaleza es un estado ideal y feliz, donde todos los hombres son iguales y no existe la propiedad privada, ya que todos pueden gozar de todo lo que la naturaleza ofrece en abundancia. El hombre feliz y bueno por naturaleza de Rousseau no está condicionado por la religión.-

Esa felicidad terminó cuando la población creció y las variaciones del clima originaron escasez de productos, y allí es cuando comenzó la lucha entre los hombres por los bienes escasos. Es en esta etapa, donde el ser humano se siente desprotegido e inseguro y necesita crear un estado a quien cederle sus derechos para lograr el bien común.-

El hombre que había nacido bueno y en libertad ahora se halla pervertido por la sociedad en la que vive, y encadenado, y necesita recuperar la libertad perdida.-

Pero el pacto se celebra en este caso entre la comunidad misma, cada individuo pacta con los demás, no con un individuo determinado, en renunciar a su libertad natural, y en someterse a la voluntad de la mayoría, haciendo nacer una sociedad de iguales, con una nueva libertad, la civil, que estará limitada por la decisión de la mayoría (*Nacimiento del Estado*).-

Las leyes son el resultado de la manifestación de esa voluntad general. Reconoce la existencia de un gobierno en ejercicio del poder ejecutivo, institución intermediaria entre el pueblo y quien ejerce el mando, para asegurar la libertad y ejecutar las leyes, y de un Poder Legislativo ejercido por el propio pueblo.-

El ser humano conserva su libertad moral, que lo hace dueño de su propia persona. El hombre tiene una voluntad individual, que a veces puede no coincidir con la de la mayoría, pero está obligado a obedecer la voluntad general, y si no lo hace debe ser forzado a hacerlo, ya que solo así él mismo podrá ser libre. Si cada uno hiciera lo que su voluntad le mande, avasallaría derechos de otros, y los suyos propios se verían peligrar por el mismo derecho de sus compatriotas.-

Esta teoría será clave para justificar el pensamiento que impulsó la Revolución francesa, contra el poder absoluto del rey, y el establecimiento de la democracia como sistema político. La democracia era para Rousseau un estado perfecto, pero que como tal, no podía darse en la práctica, lográndose solo un

acercamiento a ese estado ideal, y solo en los estados pequeños, podía darse como forma de gobierno. Para los medianos propone una aristocracia, y para los estados muy grandes, la monarquía. A causa de la publicación de su obra "*El Contrato Social*" fue expulsado de Francia.-

DIVERSOS TIPOS DE ESTADO

EL ESTADO LIBERAL

El Estado liberal surgirá a finales del s. XVIII y principios del XIX. Dominará poco a poco toda construcción política occidental. Como hitos, se destacan la Constitución norteamericana de 1.787 y la francesa de 1.791. Ambas supondrán la victoria de una determinada concepción del mundo, la burguesa, que se correspondía con una clase social maniatada por el Antiguo Régimen en su desarrollo económico.

1) Por el contrato social como medio de fundación de la sociedad civil.

2) La separación de poderes, a fin de evitar todo absolutismo. Se ingenian toda una serie de contrapesos que eviten una concentración de poder que pueda lesionar las esferas inviolables de los individuos. Estos poderes son el ejecutivo, el legislativo y el judicial. Locke formularía esta necesidad, pero su sistematización se deberá a Montesquieu, quien concibió la separación de poderes como medio para frenar el poder y garantizar la libertad individual. Esta característica se repetirá en todos los regímenes liberales.

3) Los derechos del hombre, que dibujan el límite de la acción del Estado, y otorgan valores a la concepción prácticamente formal del Estado liberal.

4) La soberanía nacional, concepto que traslada toda última razón decisiva al pueblo, concebido como nación o ente histórico.

5) El Estado constitucional, Estado reglado o subordinado a un conjunto de normas que posibilitasen el cumplimiento de los principios burgueses, la libertad, la igualdad y la propiedad. Se establecerá un concepto de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, aunque ello no implicaba una redistribución de la riqueza sino solo la abolición del privilegio y fueros especiales.

Surgirá el Estado de Derecho que tendrá en la Constitución rígida la garantía del ideal burgués. La ley será la fuente principal del derecho. No se admitirá la costumbre "contra legem" y los llamados principios generales del derecho no

hacen referencia a ningún Derecho Natural, sino que están inscritos en el mismo ordenamiento jurídico positivo para colmar las posibles lagunas legales. La primera ley, de la que derivan las demás normas, será la Constitución.

EL ESTADO MARXISTA

Lenin ofrecerá la siguiente interpretación del "Anti-Dühring": "el Estado burgués no se extingue, según Engels, sino que es destruido por el proletariado en la revolución. El que se extingue después de esta revolución es el Estado o semi-Estado proletario". Esta idea diferencia fundamentalmente el marxismo-leninismo con el anarquismo que pide la desaparición del Estado con la revolución. Lenin considera que debe instaurarse una "fuerza especial de represión de la burguesía por el proletariado" o dictadura del proletariado, a través de una revolución violenta, sin que pueda, con ello, defenderse la toma del poder por una minoría.-

De estas palabras podemos deducir que el marxismo-leninismo representa la interpretación pura de la democracia rusioniana, fuera de todo influjo liberal. ¿Sobre qué legitimidad descansa el poder soviético?. No he encontrado esta palabra en ninguno de los textos de Lenin, precisamente porque, en lógica, es consecuente con su materialismo histórico. La legitimidad obedece a un reflejo económico que justificaría un poder, y como tal, sirve siempre al interés del explotador. Desaparece la legitimidad, puesto que no debe existir poder, y la dictadura del proletariado no es más que una situación transitoria. Solo queda la violencia o fuerza como cuestión de puro hecho exigida por la necesidad. Nos dirá Lenin que la dictadura del proletariado es un poder que no se basa en la ley sino en la fuerza directa de las masas armadas , justificando la dictadura porque es preciso "una unidad de voluntad absoluta y rigurosísima". A tanto llegará esta fuerza, que Lenin llega a considerar a los Tribunales como expresión de ese poder.

"La actividad judicial es una de las funciones de la administración del Estado". "El tribunal es un órgano de Poder del proletariado y campesinos pobres... instrumento para inculcar disciplina". En cuanto a los caracteres del Estado socialista, podemos señalar siguiendo a Lucas Verdú: **a)** No existe un único Estado socialista; **b)** Es el único que prevé su desaparición; **c)** El Estado es consecuencia de las relaciones de producción. La Constitución no proclama aspiraciones ni ideales, es expresión de los avances reales de la clase trabajadora. Sus normas

orientadoras tienen un papel secundario. El derecho no vincula al poder político; **d)** Se niega el principio de separación de poderes, principio típicamente liberal. El Partido duplica y se superpone a los órganos del Estado. El órgano constitucional sobre el que descansa la unidad del poder es la Asamblea legislativa de la que surge la Jefatura del Estado. No está reñido con el federalismo, puesto que la unidad de poder se consigue a través del llamado centralismo democrático y la estructura jerárquica del Partido Comunista y **e)** Las Constituciones de los Estados socialistas recogen un catálogo muy semejante a los Estados demoliberales, pero su interpretación es marxista-leninista y el ejercicio de los derechos más políticos deben realizarse bajo el control del P.C. En la última etapa histórica de la U.R.S.S. cobrará todo su sentido la llamada "legalidad socialista", que establece una especie de Estado Socialista de Derecho, con sumisión al derecho, supremacía de la Constitución, control constitucional, jerarquía de fuentes, etc., y así quedará reflejado en el artículo 4,1 de la Constitución de 1.977.-

EL ESTADO FASCISTA

Mussolini, en su escrito "El Fascismo", dice que "el fascismo es una concepción religiosa" y también histórica ("fuera de la historia, el hombre no es nada"). Su motor será el Estado: "la concepción fascista es para el Estado", dentro del cual se desarrolla el individuo y la libertad: "para el fascista, todo está en el Estado y nada humano ni espiritualmente existe y a fortiori nada tiene valor fuera del Estado". Es el Estado el que hace posible la nación, le da una existencia efectiva y una voluntad al pueblo, y gracias a él se crea el derecho. *"El Estado Fascista, la forma más elevada y más poderosa de la personalidad, es una fuerza, pero una fuerza espiritual... es el alma del alma".-*

Concibe al Estado como persona jurídica y es titular de soberanía, actuando por medio de órganos. Estas ideas de han acomodado al régimen autoritario. Así, el Duce es "capo di governo", órgano del Estado en sentido jurídico, y concentra los poderes legislativo y ejecutivo por delegación, cuyos auténticos titulares son el rey y el parlamento. El Estado, según el fascismo, no se funda ni en la agrupación natural de los hombres, ni tampoco en la contractual. Sin Estado no habría pueblo, sería una masa amorfa; pero el Estado requiere del pueblo para no caer en la abstracción.-

El principal problema que presenta el Estado fascista es el de la ausencia total de alguna idea de legitimidad. La legitimidad no puede descansar en la fuerza. La teología política del concepto religioso del fascismo solo supone una secularización en aras de un Estado omnipresente, totalitario.-

EL ESTADO NACIONALSOCIALISTA

La ley es fruto de la actividad del Führer, como máximo intérprete de dicho ordenamiento vital. De ahí que el Estado nacionalsocialista, según los referidos autores, sea el auténtico Estado de Derecho. Se mantiene la existencia de derechos públicos subjetivos, aunque acomodados a la ideología nacionalsocialista, y también la distinción Derecho público y privado.-

El pueblo no se identifica con una raza, sino que es posible gracias a que las distintas razas que lo forman están emparentadas entre sí, teniendo cada una de ellas un valor semejante o complementario, aunque alguna de ellas -la nórdica- se configure como arquetipo y meta (norte) ideal.-

Aparecerá esta doctrina en las Leyes de Núremberg de 15 de Septiembre de 1.935. El pueblo, en sentido racial, está organizado en Comunidad. No es una "sociedad", que se caracteriza por la suma de individuos que se hallan yuxtapuestos. Sino una comunidad, donde los individuos se insertan orgánicamente dentro de relaciones de coordinación, gracias a la existencia de un espíritu objetivo del pueblo, el Volksgeist (no en el sentido que le daba la Escuela Histórica y Savigny, sino como espíritu del que participa cada personalidad comunitaria, y aun así rechazado por algunos autores, como Hoehn). Los individuos no actuarán en su propio beneficio, sino como "personalidades comunitarias" (Gemeinschaftspersöhnlichkeiten). Las relaciones entre las personalidades comunitarias son naturales; frente a las relaciones entre los individuos, que son contractuales. La Comunidad Popular es algo real; el Estado de Derecho es una construcción abstracta. Desaparecerán los derechos subjetivos para hablarse de situación jurídica de miembro de la Comunidad; dogmáticamente no puede existir, por ello, distinción entre Derecho público y privado. Finalmente, se niega que la Comunidad o el Estado puedan considerarse como personas jurídicas, pues esto significaría un ataque a su esencia comunitaria. La más auténtica aportación del

nacionalsocialismo será la conducción, la Führung, de cuyas necesidades se exigirá una revolución dogmática. Hemos hablado de Comunidad Popular y espíritu objetivo del pueblo. El conductor es aquel miembro de la Comunidad que, estando empapado del espíritu objetivo del pueblo, es capaz de captar en mayor medida el ordenamiento vital de la Comunidad, y por tanto, es el más capacitado para manifestar, formular y mantener aquel ordenamiento. La relación entre el pueblo y su conductor está basada en el lazo de camaradería nacida de una confianza recíproca, mostrando el conductor el camino a seguir, camino que el pueblo sigue formando su séquito (Gefolgschaft). El conductor no gobierna (en la Führung no existe relaciones de estructuras de mando/subordinación, sino relaciones de confianza), ni tampoco dirige (el Führer no es un dictador). Indica al pueblo el camino a seguir, sin necesidad de órdenes. De todo ello se deduce el carácter personal de la conducción, y también la distinción.-

El Estado no es más que un aparato. "*El Führer se servirá del Estado como de un instrumento para efectuar la Führung, puesto que él está fuera y por encima del Estado*". Las relaciones entre el conductor y el Estado son de naturaleza diferente a la que existe entre el conductor y el pueblo. Estas son de confianza mientras que las primeras se basan en la dirección; el conductor lo es del pueblo, pero será director, Leiter, del Estado.-

En la práctica, el régimen nacionalsocialista no sólo no llevó a cabo una auténtica revolución en materia de Estado, sino que las necesidades exigidas primero por la reestructuración económica y la revolución, y posteriormente por la guerra, crearon un Estado totalitario, es decir, un Estado que abarcará la Comunidad y la integrará en él, dentro de un orden práctico similar a la doctrina fascista. El totalitarismo alemán llegará mucho más lejos que el italiano: suprimirá los tribunales contencioso-administrativos y a través del Partido único intervendrá en todos los resortes de la vida nacional. Por otro lado, el fundamento del poder de A. Hitler se hallaba, más que en la Führung, en la Ley de Plenos Poderes de 1.933, prorrogada en 1.936 mediante plebiscito, (La noche de los cristales rotos) y en 1.940 y 1.944 por Decreto (por las necesidades de guerra). Esto queda corroborado por la decisión de Hitler al determinar su sucesión: nombró un Presidente y un Canciller, en línea con la antigua estructura de la República de Weimar (*cuya Constitución nunca fue derogada*).-

EL ESTADO DE DERECHO

El estado de derecho existe para proteger al individuo. Para algunos el estado de derecho es que impere la ley. Para otros que se respeten los derechos del ciudadano, para otros en fin que los jueces hagan valer los derechos y hay quien lo refiere a la libertad y la división del poder incluyendo elecciones, derechos humanos y poderes del estado independientes.-

Lo cierto es que todas esas cosas y muchas más forman parte del concepto que es un tejido imbricado de una serie de conquistas y refinamientos que el hombre ha ido incorporando a su vida en sociedad durante el transcurso de los siglos. La primera pregunta que vale hacerse es si el derecho es algo que se concede o que se tiene. Asunto que se presta a confusiones fáciles porque las dos cosas son verdad. Hay derechos que se tienen y no se conceden porque son inherentes a la persona humana. Estos son los llamados hoy en día derechos humanos. Nacemos con ellos porque somos personas. El Estado no nos hace el favor de concedernos esos derechos. Solamente los reconoce.-

Y hay derechos que surgen de nuestra vida en sociedad y de nuestras relaciones humanas que crean derechos que contratamos o que nos son concedidos. Y estos son los llamados derechos subjetivos que se llaman también derechos adquiridos. Así por ejemplo unas vacaciones de 30 días cada año es un derecho adquirido. Porque nacemos con derecho a que se respete nuestra vida y dignidad pero no nacemos con derecho a que se nos conceda un mes de vacaciones por cada 11 de trabajo. Si la sociedad por ley lo dispone para todos sus miembros, entonces, somos titulares de un derecho adquirido bajo el principio de igualdad ante la ley.-

Dentro de este contexto vamos dibujando cada vez más el concepto que nos ocupa. El derecho sea natural o adquirido por una ley o un contrato es en definitiva un espacio de acción reservado o abierto al ciudadano dentro de la colectividad social, bien porque se le respeta lo que es como persona, se respeta lo que posee o porque se le conceden los medios de defender lo que es o lo que adquirió con su esfuerzo.-

Como se dijo en una formulación clásica: el derecho es un interés jurídicamente protegido. Y ese interés no tiene que ser precisamente económico

pues comprende todos los aspectos de la actividad humana necesarios para su desarrollo integral. Pero hay un problema. Para proteger el interés jurídico hace falta el estado y su fuerza protectora.-

Al hablar del estado de derecho es inevitable tocar el tema de los derechos humanos. En el mundo en que vivimos se utiliza este discurso mayormente como cortapisa a los abusos del estado contra el individuo.-

En efecto, los derechos humanos tienen una particularidad: se ejercen contra el estado mayormente, mientras los derechos subjetivos se ejercen entre particulares. Los derechos humanos como innatos a la persona tienen varias características importantes.-

Son imprescriptibles, inalienables, inembargables y universales. O lo que es lo mismo no desaparecen por el desuso o por el transcurso del tiempo, no se pueden ceder o traspasar a otro, no se pueden coartar o cercenar y pertenecen a todos por igual.-

Su formulación moderna se encuentra en la declaración de la ONU de los derechos humanos fechada el **10 de diciembre de 1948**: "*La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*".-

Sí la hay, y se llama Ley Natural. Procede ahora explorar este concepto de ley natural y averiguar de qué se trata. Santo Tomás de Aquino cuyo tratamiento del tema pocos igualan decía que esa ley natural y sus preceptos se infieren del estudio de la naturaleza humana y de sus tendencias básicas que él definía así. El ser humano tiende a conservar su ser, a conservar la especie, a conocer la verdad y vivir en sociedad. El pensamiento filosófico occidental siempre manejó esta idea: Dios nos hizo a su imagen y nos hizo racionales y libres. El hombre al participar de la voluntad eterna no tiene una posición pasiva. Porque conoce la ley eterna participa en su plan aplicando la ley natural.-

Ese pensamiento está implícito en el primer artículo de la declaración de los derechos humanos: "**Artículo 1.-** *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*"; "**Artículo 3.-** *Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Quiere decir el ser humano tiende a la conservación de su persona o como dice Santo Tomás a*

conservar su ser”; **Artículo 16.-** Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Quiere decir: el ser humano tiende a la conservación de la especie y a que se proteja la célula social donde se procrea y se atiende a los hijos”; **Artículo 17.-** Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”; **Artículo 18.-** Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”; **Artículo 20.-** Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación. Quiere decir: el ser humano tiende a vivir en sociedad y a conocer la verdad pues eso implica el ser propietario del fruto del trabajo y a pensar libremente”.-

¿Qué es la ley en el Estado de Derecho?.- Sabemos que la ley la promulga el estado y que este tiene poder coactivo. Los derechos subjetivos adquiridos por contratación o concesión (aquéllos que no son derechos humanos emanados de la ley natural) existen dentro de la ley positiva que por así decir los contiene. Puede ser una ley superior o fundamental como la constitución o una ley ordinaria. Las constituciones contienen derechos humanos y derechos subjetivos. Las leyes ordinarias usualmente contienen o regulan derechos subjetivos. Los derechos subjetivos son los que nos encontramos a diario en nuestra vida en sociedad. Y por eso precisamos una definición de la ley que los establece.-

En su concepto clásico la ley es una ordenación racional dada por una autoridad legítima en beneficio de la comunidad. Ahora bien esta definición tiene sus consecuencias. Veamos. Si convenimos en que hay leyes inmutables que hay que respetar, (la ley natural) que el derecho es un interés jurídicamente protegido y que la ley positiva debe ser racional y en beneficio de la comunidad y no en su perjuicio,

entonces hay consecuencias importantes que han sido fuente constante de debate, y lucha política y legislativa a través del curso de la historia. Esa lucha y debate es el contrapunto constante entre justicia y ley.-

EL ESTADO DE HECHO

La mega tendencia que marcó el desarrollo político-histórico de América Latina y del Caribe durante todo el siglo XX, fue el pendular cíclico entre dictadura y democracia (*o más bien aperturas democráticas siempre inconclusas*) en el marco de una muy arraigada cultura y ética autoritarias en la mayoría de las gentes y de las instituciones.-

Los defectos, distorsiones y corrupciones de los ciclos democratizadores tuvieron como respuesta distintas formas y grados de dictaduras militares desde las más rudimentarias hasta las últimas de la seguridad nacional, las más organizadas y genocidas. La bien documentada historia de estas dictaduras muestra que nunca tuvieron capacidad de resolver las falencias de los procesos democratizadores y más bien agravaron y complicaron las distintas situaciones, dejando herencias muy onerosas para quienes tenían que reiniciar los procesos de democratización.-

Un tema reincidente en esto fue el de la corrupción. Los militares se concibieron y actuaron como los guardianes más severos contra la corrupción proveniente -según ellos- solamente de los civiles; terminaron en la peor de las corrupciones por aquello de que a poder absoluto es absoluta la corrupción, con un gravísimo desprestigio y desmoralización de las fuerzas armadas.-

Las décadas de los 80 y 90 han sido escenarios de aperturas democráticas en todos los países de América Latina y del Caribe, salvo el caso de Cuba. Por un momento se consideró que este nuevo ciclo democratizador era ya irreversible y que tendría una continuidad duradera. Organizaciones como la CLAT y otras siempre pusieron en duda esta lectura política.-

Estos procesos ingresan al siglo XXI con plomo grueso en sus alas, con más interrogantes e interpelaciones que respuestas para su sobrevivencia. En efecto, no sólo se han limitado a ciertos aspectos formales de la democracia (en casi ningún país existe un real estado de derecho), sino que han agravado sin precedentes la degradación de la calidad de vida de la mayoría de las gentes

atrapados en una dinámica perversa que incrementa sin cesar el número de pobres, hace más pobres a los pobres, más ricos a los ricos, elevando los niveles de exclusión social a porcentajes nunca vistos, concentrando como nunca en pocas manos ingresos, riquezas y poder económico en el contexto de la más grande desigualdad e injusticia social en el mundo de hoy.-

Todos estos procesos están fracturados por ausencia total de justicia social, satanizado esto por los ideólogos neoliberales que persisten en que la justicia social es camino de servidumbre y asesina de la libertad. La democracia es el único régimen político que necesita del apoyo popular para sobrevivir y para desarrollarse. Hoy, la mayoría de las gentes sufren un profundo desencanto y frustración y cada vez más rabia e iracundia explosivas. Nadie puede garantizar en estas condiciones la continuidad de los procesos democratizadores, aun más teniendo en cuenta que la cultura autoritaria sigue vivita y coleando en la mayoría de las gentes.-

Al llegar a este punto, cabe la gran pregunta: *¿Los defectos gravísimos de los actuales procesos de democratización tendrán como respuesta nuevamente la emergencia de nuevas dictaduras militares o civiles o cívico-militares?.*

Conclusión: El Estado es un instrumento de dominación de una clase sobre otra. Actualmente, tenemos a los empresarios, y a los trabajadores. Evidentemente, ahora el poder, el control del estado lo tienen los capitalistas, y convierten a los gobiernos en sus consejos de administración. Es decir, NO ES NEUTRAL, favorece a los capitalistas.-

En nuestro país (*República del Paraguay*) y en relación al punto exployado, nuestra Constitución Nacional prescribe en su artículo 1º cuanto sigue: ***“DE LA FORMA DEL ESTADO Y DE GOBIERNO. La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado social de derecho, unitario, indivisible y descentralizado en la forma que establecen esta Constitución y las leyes. La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana”.***-

DE LA PENA Y SUS TEORÍAS EXPLICATIVAS

Desde los inicios teóricos del derecho penal a fines del Siglo XVIII, uno de los problemas que más preocupó a los autores fue justamente la pena. Problema que ha estado ligado al carácter de derecho público del derecho penal y que ha dado origen a lo que se ha llamado derecho penal subjetivo.-

Precisamente por ello es por lo que se liga la teoría de la pena a la concepción del Estado por que, evidentemente, no es lo mismo concebir una pena en un estado absoluto que en un Estado de derecho y ni siquiera resulta igual dentro de las diversas formas evolutivas que ha tenido el Estado de derecho.-

Así **Nozick** refiriéndose a la concepción del Estado de derecho estrictamente liberal, ha señalado que el Estado (*mínimo, según su planteamiento*) aparece legitimado, y con ello la pena, cuando se circunscribe a las funciones mínimas de protección contra fuerza, robo, fraude, etc. Y que en cualquier otro caso su actividad, y la pena, aparece injustificada, como cuando usa su aparato coercitivo para lograr que algunos ciudadanos ayuden a otros, o para obtener que ellos omitan acciones que perjudiquen los intereses del propio Estado. Ciertamente esta concepción del Estado y su actividad -también la coercitiva- y por tanto, la pena cambia cuando se sustenta no ya en un Estado de derecho liberal, si no social.-

TEORÍAS ABSOLUTAS DE LA PENA:

En los que a las teorías absolutas de la pena se refiere, su contenido esencial aparece ya plasmado en el pensamiento de dos de los más grandes filósofos de la cultura europea, **Kant** y **Hegel**.-

Para **Hegel** la pena es la *negación de la negación del derecho*. Cumple entonces un papel restaurador o retributivo y por tanto según sea el quantum o la intensidad de la negación del derecho, así también será el quantum o intensidad de la nueva negación que es la pena.-

Este autor concibe al delito como negación del derecho, y a la pena como la negación de la negación, como “anulación del delito, que de otro modo sería válido”, y de este modo, como “restablecimiento del derecho”. Esta teoría no ve en la persecución alguna finalidad socialmente útil, sino que por medio de la imposición de un mal, la culpabilidad que el autor carga sobre sí mismo como consecuencia de sus hechos es retribuida, compensada, expiada en forma justa. La teoría retributiva

sostiene que se pena porque se ha pecado y no para que no se peque, y de este modo, se renuncia a la prevención. La individualización de la pena no es otra cosa más que la expresión de la reprochabilidad en monto de pena.-

Para **Kant** la pena es *retribución a la culpabilidad del sujeto*, es su único fundamento, por eso señala que si el Estado se disuelve tiene que preocuparse de que tal culpabilidad quede retribuida, pues de otra manera el pueblo se haría partícipe de ella (*encubridor*) y recaería tal culpabilidad también sobre este. En el mismo sentido se expresaron los más importantes representantes de la escuela clásica tanto italiana como alemana.-

Así para **Carrara** la pena solo tiene un fin en sí misma que no es otro que *el restablecimiento del orden externo de la sociedad* y siendo así, a la pena no se le pueden plantear otros fines, como el de amedrentamiento de los ciudadanos o el de conseguir su enmienda, lo cual podría ser muy loable y digno de ser perseguido, pero no hace al fin de la pena, esto es, aunque tales efectos no se consiguieran, la pena no dejaría de ser tal, se trata pues en estos casos de consecuencias meramente accesorias.-

Por su parte para **Bilding**, en Alemania la pena es “*retribución del mal por mal*”. De lo que se trata es justamente de confirmar simplemente el poder del derecho y para ello es necesario el sometimiento, aun por la fuerza del culpable.-

Para **Mezguer** la pena es *la irrogación de un mal que se adecua a la gravedad del hecho cometido en contra del ordenamiento jurídico*, es por tanto retribución y por tanto privación de bienes jurídicos.-

Para **Wellzel** la pena aparece presidida por el postulado de la retribución justa esto es “*que cada uno sufra lo que sus hechos valen*”. Se trata pues de un mal que se impone al sujeto culpable.-

Finalmente, para las teorías absolutas, considerando solamente su expresión retribucionista, por ser la más moderna, la pena es *un mal que recae sobre un sujeto que ha cometido un mal desde el punto de vista del derecho*. A la intensidad de una lesión a un bien jurídico protegido por el derecho, se responde mediante la lesión en medida similar sobre un bien jurídico del sujeto.-

Ahora bien – y es importante – esta concepción de la pena aparece íntimamente ligada a una determinada concepción de Estado, un Estado de derecho no intervencionista, meramente guardián. Es la concepción de un Estado mínimo. La

única función del Estado es evitar la lucha de todos contra todos, garantizar el *contrato social*, resguardar el orden social, en otros términos su propia existencia.-

Todo ciudadano sabe que lo que se va a juzgar es el mal cometido y que la medida de ese mal dará la medida de la pena. Con ello están dadas las bases de garantía de un Estado de derecho que continúan vigentes hasta nuestros días.-

TEORÍAS RELATIVAS DE LA PENA

Las teorías relativas o de la prevención se preocupan no del fundamento de la pena si no de para qué sirve la pena. Dos son las corrientes principales:

La **Prevención General** que como dice **Anton Oneca**, es una advertencia a todos para que se abstengan de delinquir y la **Prevención Especial** que es la actuación sobre el delincuente mismo ya sea enmendándolo para que en el futuro no vuelva a delinquir, o bien impidiéndole una actividad delictiva.-

Ambas concepciones implican también entre sí una diferente concepción del Estado de derecho y naturalmente ambas con el retribucionismo, sin perjuicio de encontrar desde esta perspectiva más semejanza entre el retribucionismo y la prevención general que entre esta y la especial.-

a) La **Prevención General**: ha sido sustentada entre otros por **Bentham**, **Schopenhauer** y **Feuerbach**, pero a quien se le concede la especial paternidad de este posición por la nitidez con que la expresó, es a **Feuerbach**.-

Para este autor se trata de prevenir en forma general los delitos, esto es mediante una intimidación o coacción psicológica respecto de todos los ciudadanos. *“El impulso sensual será eliminado en cuanto cada uno sepa que inevitablemente seguirá un mal a su hecho, que es mayor que el desagrado que surge del impulso no satisfecho hacia el hecho”*. Esta teoría se debate entre dos ideas: **1)** La utilización del miedo y **2)** la valoración de la racionalidad del hombre.-

En ese sentido señala **Roxin**: *“...el punto de partida tiene de modo totalmente general una tendencia al terror estatal. Pues quien quiere intimidar mediante la pena, tenderá a reforzar este efecto castigando lo más duro que sea posible”*.-

Al igual que el retribucionismo, la teoría de la prevención general marca el esfuerzo de los pensadores de su época por pasar de una concepción del Estado

absoluto a una del Estado de derecho. En ambos casos se sustituye el poder físico, el poder sobre los cuerpos, por el poder sobre el alma, sobre la síquis.-

En la base del pensamiento preventivo general no solo está el argumento de la racionalidad, sino también el de utilidad. Esto es, de que la pena tenga alguna utilidad para la sociedad, no solamente de plantear disquisiciones metafísicas sobre ella. Este fue el punto de partida que vino a separar al pensamiento del siglo XVIII del pensamiento positivista del siglo XIX.-

La pena retributiva resulta sin utilidad para la sociedad, pues no puede lógicamente eliminar el hecho producido ni tampoco impedir que tales hechos ocurran en el futuro, ya que no se lo plantea. Como es imposible eliminar el hecho ya producido, lo que a la sociedad le interesa lograr es impedir que otros hechos similares se produzcan en el futuro. Por lo tanto la pena debe tener una función utilitaria y ello se logra mediante la aplicación del criterio de prevención general.-

Prevención General significa prevención frente a la colectividad. De conformidad con ello la pena ni persigue el fin de retribuir la reprochabilidad del delincuente ni de evitar que el condenado cometa nuevos delitos. De lo que se trata es de motivar a los ciudadanos a un comportamiento conforme a derecho. Esta teoría ha sido representada en Alemania sobre todo por **Feuerbach**. Su principal mérito radica que se orienta ante todo hacia la paz jurídica de la comunidad, cuya garantía es la tarea fundamental del Derecho Penal; si quedaran impunes delitos graves ello estimularía a otras personas a cometerlos y eso debe prevenirse a través de la imposición de una pena justa. A pesar de sus méritos, la Prevención General ofrece dos puntos débiles: **1)** no proporciona limitación alguna al máximo de la pena y **2)** no promueve la resocialización del condenado. Además debemos tener en cuenta que no es la agravación de las amenazas penales, tal como es exigido por la opinión pública sino, la efectiva persecución y sanción penal, lo que hace posible éxitos preventivo-generales. (*Código Penal Paraguayo. art. 3º, última parte*)

b) La Prevención Especial: Los planteamientos de la prevención especial son de muy antigua data y aparecen también entre los autores iluministas. Pero lo importante es su aparición dentro del Estado de derecho como una posición sistemática y con clara influencia en la legislación.-

Su principal sostenedor fue **Franz Von Liszt**; según su concepción, la Prevención Especial se puede llevar a cabo de tres formas: asegurando a la

generalidad frente al autor penal mediante su encierro, intimidando al autor mediante la pena para no comisión de otros hechos punibles, y mediante su mejoramiento, protegiéndolo de la reincidencia. “la pena no tiene por finalidad la compensación de la culpabilidad por ella misma, sino que sólo está justificada si se manifiesta al mismo tiempo como medio necesario para el cumplimiento de la misión de protección preventivo especial del derecho penal”. La posición contraria a la Teoría de la Retribución consiste en la concepción de que la misión de la pena es únicamente disuadir al autor de futuros hechos punibles. El fin de la pena es, de acuerdo con esta teoría, la prevención, dirigida al autor individual (especial). Por ello según esta opinión se habla de “Prevención Especial” como el fin de la pena. La Teoría de la Prevención Especial es una teoría “relativa”, porque está referida a la finalidad de la evitación del delito (del latín, referre = referirse a). La pena debe ser útil. La prevención especial está orientada a desarrollar una influencia inhibitoria del delito en el autor.-

El desarrollo del estado durante el siglo XIX y sus continuas disfuncionalidades, con grandes crisis y levantamientos populares, pone de manifiesto la necesidad de una intervención mayor del Estado en todos los procesos sociales, incluso en los de tipo criminal.-

El hombre no puede concebirse ya como un ser bueno por naturaleza si no por el contrario sujeto a determinaciones. Luego, el criminal aparece proclive al delito e intrínsecamente perverso en razón de su naturaleza antropológica, biológica o social. La sociedad tiene que entonces defenderse contra él, para lo cual es necesario corregirlo o separarlo completamente de su seno. Se trata de llevar una defensa social contra los enemigos de la sociedad.

En tal sentido la retribución resulta inadecuada, pues se supone destinada a un ser libre e igual por naturaleza lo que es falso , pues los hombres no son libres y el delincuente tampoco es igual a un ser social, ya que está determinado al delito, es un peligroso social.-

Por otra parte también la prevención general resulta ineficaz, ya que se funda en la posibilidad de motivar, aunque sea por el miedo a los individuos y ello es imposible en el caso de los delincuentes, pues están determinados y carecen de racionalidad suficiente para sopesar los costos y beneficios del delito.-

Si se trata de intervenir en los procesos sociales es necesario diferenciarlos – a los delincuentes de los no delincuentes- y ello llevaría a la conclusión de que los delincuentes no son iguales a los hombres normales.-

Cada delincuente tiene su origen en procesos especiales y por lo tanto se debe actuar respecto de cada uno de ellos en particular o por lo menos respecto a grupos que presenten las mismas características con lo cual se llega entonces a la tipología criminal que estuvo en boga durante los siglos XIX y XX.-

Los autores que defienden la prevención especial por eso prefieren hablar de medidas y no de penas. La pena supone la libertad o la capacidad racional del delincuente y parte entonces de un criterio de igualdad general.-

La medida, por el contrario, parte de que el criminal es un sujeto peligroso, diferente del normal y al que hay que tratarlo según sus peculiares características peligrosas.-

Ni el castigo ni la intimidación tienen sentido, de lo que se trata es de corregir, de enmendar o rehabilitar, siempre que ello sea posible; sino de inocular.-

Ferri (*de la escuela italiana*) es su mayor exponente y dice: “*Que la sanción no tiene que infligir un castigo proporcionado a la culpa moral , si no proveer la más eficaz defensa social frente a delincuentes peligrosos, a fin de la reutilización más rápida de los menos peligrosos, que serían los más...*”

Por su parte **Dorado Montero** proclamaba el abandono completo del punición de los delincuentes y recomendaba actuar respecto de estos con medias tutelares. Su concepción iba más allá aún de la escuela positiva italiana, pero su derecho protector de los delincuentes en el derecho penal no tuvo acogida.-

El autor que logró universalizar la prevención especial fue **Von Liszt** (1882) quien sostuvo que la pena debía regirse por la prevención especial y que según si el delincuente era ocasional, de estado o bien habitual incorregible, la pena tendría por fin la intimidación individualmente considerada, la corrección o la inocuización.-

Por su parte **Marc Ancel** critica la concepción preventiva general como la retributiva por su carácter abstracto. Pero como de lo que se trata es de resocializar, reinsertar o reeducar al delincuente, la finalidad es pues su tratamiento, con todo lo complejo que ello pueda ser y exigiendo una actitud activa de parte de este, sin dejar de considerar que hay casos que no es posible resocializar.-

Polac en Alemania aboga por la supresión del derecho penal y su reemplazo por un derecho de medidas basado en la peligrosidad social del autor. **Klose** tomando como punto de apoyo la Ley Fundamental Alemana intenta llegar a la conclusión de que conforme a ella solo es posible en el futuro un derecho de medidas. Con **Von Liszt** la prevención especial logra gran trascendencia, pues ya sea como planteamiento unilateral o bien en combinación con criterios retributivos o preventivos – generales se observa en forma muy destacada en el Proyecto Alternativo de 1966 en Alemania.-

Entre las críticas a la prevención especial, **Córdoba Roda** señala que la resocialización solo significa reconocer como fin de un estado democrático la posibilidad de manipulación de los individuos por parte del Estado y con ello la falta de control y rediscusión de este, ya que las pautas de resocialización son determinadas por él y sus instituciones lo que puede significar en definitiva el totalitarismo de uno, de algunos o de la mayoría sobre la minoría.-

Entre otras críticas que impiden plantear de una manera amplia el criterio de prevención especial se tiene: **a)** hay una serie de delincuentes que no requerirían tratamiento, **b)** hay otros que no serían susceptibles de tratar pues no se conocen tratamiento para ellos (*los llamados incorregibles*). En cuanto a los corregibles, las estadísticas que hay sobre ellos es discutida en cuanto a si se ha logrado realmente su corrección.-

Para poner en práctica la prevención especial se requiere de establecimientos adecuados y consiguientemente el tratamiento queda reducido a un pequeño grupo de sujetos y aun con respecto a ellos hay dudas en cuanto a su eficacia y la supresión de la reincidencia que es lo que se persigue. En todo caso lo que si resulta contradictorio es que dentro de una prisión tradicional se pretende llevar a cabo un tratamiento resocializador. De ahí que el mandato constitucional de que la pena privativa de libertad resocialice y reeduce queda solo como un postulado para el futuro ya que es lo requeriría necesariamente establecimientos especiales que en la actualidad no existen.-

Dicho mandato resulta contradictorio, ya que la privación de la libertad al segregar al individuo de lo social evidentemente no puede pretender resocializar.-

Aspectos positivos: **a)** haber concentrado su interés sobre el individuo, tiene carácter humanista; **b)** despoja a la pena de su carácter mítico moralizante,

trata de volver a la persona nuevamente útil para la sociedad; **c)** es un planteamiento que se aviene con un Estado preocupado por la suerte de los individuos que lo componen; **d)** tanto para un Estado intervencionista como para un Estado social de derechos la prevención especial resulta una línea de pensamiento más adecuada que la de la retribución o la prevención general. A esto se debe el auge que tuvo a fines del siglo XIX y principios del siglo XX.-

TEORÍAS MIXTAS

Justamente por la razón del peso de las críticas a unos y otros criterios es por lo que la doctrina dominante ha tendido generalmente a proponer soluciones mixtas o eclécticas. Las más importantes aparecieron a partir de Von Liszt tratando de combinar un criterio fundamental retributivo con la aplicación de medidas. Este planteamiento de la doble vía en el derecho penal se le reconoce una naturaleza retributiva pero que en el caso de ciertos delincuentes estima necesario proceder con criterios preventivos especiales: *mediante medidas*.-

Este criterio ha tenido una enorme influencia en la legislación de los más recientes códigos contemporáneos (*por ejemplo el de nuestra República del Paraguay*) junto a las penas, medidas de seguridad.-

Critica: incompatibilidad entre la pena (*retribución*) y el tratamiento (*medidas*) entre el castigo y la resocialización sentidos totalmente diferentes del derecho penal y consecuentemente del contenido de la teoría del delito. Otra fórmula mixta, propia de un Estado de derecho garantizador en el sentido estricto liberal, es la que trata de combinar la retribución con la prevención general.-

Una tercera fórmula mixta es la que plantea el carácter esencialmente preventivo del derecho penal e intenta unir prevención general con prevención especial, dando mayor preponderancia al criterio de prevención general.-

Esta idea se plasmó en el proyecto Alternativo alemán de 1966, para el cual las penas y las medidas tienen por fin la protección de los bienes jurídicos y la reinserción del autor en la comunidad jurídica. Es decir el derecho penal sirve para mantener el orden de paz del derecho, necesario para los hombres y por ello hay que conformar sanciones de tal modo que permitan si es necesario y posible, la reinserción del condenado, y en eso no se encuentran diferencias entre penas y medidas.-

TEORÍA UNITARIA

Mediante una combinación de las tres ideas fundamentales de las teorías anteriores, pretende llevar a la práctica lo positivo de cada una de ellas eliminando sus aspectos negativos. La pena ha de ser limitada por el grado de reproche del autor, por lo que motivos de prevención general o especial no pueden llevar a imponer a nadie una pena mas grave que la que se corresponda con la del hecho cometido y con el grado de su reprochabilidad personal. Es en el grado de reproche donde pueden perseguirse los distintos fines de la pena, es decir, la retribución de la reprochabilidad, la resocialización y la prevención general del modo más equilibrado posible.-

ACTUALIDAD

LEGITIMACIÓN DOCTRINARIA DEL DERECHO A CASTIGAR. DE LA DEFENSA SOCIAL AL DERECHO PENAL MÍNIMO

Si se toma en consideración la evolución material de la pena, es posible observar una correspondencia entre los modelos políticos determinados en el curso de la historia y las formas de política criminal, que en cada caso han sido característicos y funcionales con el ejercicio del poder: el carácter expiatorio de la pena en las etapas místico – religiosas, el fin retributivo y ejemplarizante en los Estados absolutistas, y el carácter utilitarista (*prevención general y/o individual*) sostenido desde la instauración del Estado moderno (Cfr. Sandoval Huerta, 1982).

Asimismo, la teoría del derecho penal mínimo propone un modelo normativo que se legitima en razón del pacto constitucional. Como bien expresa **Ferrajoli**: *“Las dos finalidades preventivas (...) están conectadas sobre esta base: legitiman conjuntamente la necesidad política del derecho penal como un instrumento de tutela de los derechos fundamentales, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquél, en cuanto bienes que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos”* (Ob. Cit.: 335).

La pena, dentro de este modelo garantista, responde a una serie de principios, que se encuentran consagrados en los pactos y reglamentos internacionales. Dichos principios, según el esquema propuesto por **Ferrajoli**, se ajustan a dos niveles del problema sancionador: el cuándo castigar, que

corresponde al sistema de principios propios de la teoría del delito y principalmente a los principios de legalidad (*nullum crime nulla poena sine lege*), retributividad (*nulla poena sine crimine*) y culpabilidad (*nulla actio sine culpa*); y el cómo castigar, que se establece en un nivel de principios convencionales establecidos para la minimización del arbitrio penal en cuanto a la calidad y cantidad de la sanción, en relación a los criterios utilitaristas y humanistas de la pena:

- El principio de necesidad: fundamentado en que la pena debe ser la mínima de las posibles respecto al fin de prevención de nuevos delitos, así, la necesidad estaría establecida de acuerdo a la utilidad que el castigo representa.

- El respeto a la persona o principio de humanidad de las penas: basado en un criterio moral, el cual fue enunciado por **Kant** y **Beccaria** mediante la máxima de que ningún hombre y por consiguiente tampoco el condenado, debe ser tratado como un medio o una cosa, sino como un fin en sí mismo y siempre como persona. Así, el valor de la persona se impone como la limitación fundamental para la proscripción de penas crueles e infamantes.

- El principio de proporcionalidad: Su significado en el derecho penal moderno y contemporáneo es consecuencia de la evolución de las penas corporales hacia el advenimiento de las penas como privación de derechos (*pena privativa de libertad y pecuniarias*), que admiten la posibilidad de graduación y medición, es decir que logran llenar el presupuesto técnico de la cuantificación de la pena imposible de lograr en las penas aflictivas dada su indivisibilidad. La proporcionalidad de las penas, sin embargo, no constituye en sí un criterio objetivo de ponderación, ya que no existe una relación natural de causa efecto entre el delito y la pena. La valoración que se realiza en torno a este problema es por el contrario de carácter ético político, que, por otra parte, no ha sido suficientemente tratada al interior de la ciencia penal. En la actualidad existen al respecto dos criterios en los que se fundamenta tal cuantificación: el principio de lesividad de la conducta y el principio de culpabilidad que miden la gravedad del delito y el grado de responsabilidad. Según la teoría penal garantista, ambos criterios deben tomarse en cuenta para las predeterminaciones de los límites máximo y mínimo de la pena legal y en el mismo sentido para la fundamentación judicial de la pena en concreto; no obstante, es necesario, para lograr la consistencia de la proporcionalidad penal con los lineamientos garantistas, mantener en perspectiva que, en ningún caso, la pena

debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas.-

- El principio de la certeza de las penas: Ligado al principio de proporcionalidad de la pena, este principio implica la no modificación del término de la pena, en función de sistemas de cumplimiento o ejecución, supeditados a presupuestos correccionalistas según los cuales el único fin de la pena es la reeducación del condenado.-

LA REPROCHABILIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

El grado de reproche adquiere verdadera relevancia en la determinación de la pena, es decir, como gradación de la reprochabilidad. ROXIN sostiene que la reprochabilidad de la Teoría del Delito se distingue de la de la Determinación de la Pena: una pena adecuada a la reprochabilidad es una pena adecuada a los fines preventivos, por lo que este autor sostiene que es correcta la aplicación de la Teoría del Margen de la Libertad.

Las dos teorías más relevantes de cómo iniciar el proceso de determinación de la pena que resulte más adecuada son: **a)** La teoría de la pena exacta y **b)** la teoría del margen de la libertad.-

a) La teoría de la pena exacta: Punktstraftheorie niega la existencia de un “*marco de reprochabilidad*” y afirma, que la pena adecuada a la reprochabilidad es solo una. Considera que la reprochabilidad es siempre una medida fija y determinada y, por ello la pena correcta sólo puede ser una. Sostiene que solamente existe una pena adecuada a la reprochabilidad.-

b) Teoría del margen de la libertad: Spielraumtheorie que parte de la premisa que no es posible determinar la gravedad de la reprochabilidad en un punto exacto del marco penal establecido y que una pena adecuada a la reprochabilidad aun admite un “*marco de reprochabilidad*”. Esta teoría fue elaborada por la jurisprudencia alemana y puede ser considerada como claramente dominante. Sus sostenedores reconocen que la teoría no se encuentra en condiciones de establecer un monto determinado, sino que sólo es posible establecer un “*marco*”, que si bien puede resultar en impreciso, facilita al Tribunal llegar a la pena correcta.-

En cuanto a nuestro ordenamiento jurídico positivo, Constitución Nacional y Código Penal de la República del Paraguay, se prevé cuanto sigue:

Art. **20** Constitución Nacional.: “**Objeto de las Penas.**- *Las penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad. Quedan proscriptas la pena de confiscación de bienes y la de destierro*”.-

En tanto que en el Código Penal Paraguayo nn principio, el art. **1º** prescribe: “*Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción*”. La norma se halla sustentada en el Principio de Legalidad, previsto a su vez en la Constitución Nacional y responde al principio *Nulla Poena, sine lege stricta*, escrita y anterior al hecho.-

En tanto que el artículo **2º** de la ley penal hace referencia igualmente a la pena al señalar: “**1-** *No habrá pena sin reprochabilidad* y **2-** *La gravedad de la pena no podrá exceder los límites del reproche penal*”.-

Por otra parte, en forma general el artículo **3º** del Código Penal Paraguay prescribe cuanto sigue: “*Las sanciones penales tendrán por objeto la protección de los bienes jurídicos y la readaptación del autor a una vida sin delinquir*”.-

Y finalmente debemos remitirnos a las definiciones previstas en el art.**14** del C.P. que – valga la redundancia – define de la siguiente manera: conducta: como las acciones y omisiones; hecho antijurídico: la conducta que cumpla con os presupuestos del tipo legal y no esté amparada por un causa de justificación y reprochabilidad: la reprobación basada en la capacidad del autor de conocer la antijuridicidad del hecho realizada y de determinarse conforme a ese conocimiento.-

BASES DE LA MEDICIÓN DE LA PENA

El art. **65** del Código Penal Paraguayo establece las bases de la medición de la pena. La determinación de la pena puede ser definida como el acto mediante el cual el Tribunal fija las consecuencias de un delito. Ello afecta tanto a la decisión de la clase de pena que ha de imponerse, como a la cantidad de la que se señale; incluyendo la decisión a cerca de la suspensión de la pena. Se debe primeramente determinar el marco penal aplicable, que no presenta problemas para los autores de un hecho punible consumado. Sin embargo la cuestión cambia

cuando estamos en presencia de un concurso de delitos (C.P. art. 70) o ante un hecho punible en grado de Tentativa (C.P. arts. 26 y 27) y en caso de Complicidad (C.P. art. 31). Una vez asignado el marco penal concreto que corresponde al hecho punible, el Tribunal dispone de arbitrio para moverse dentro de dicho marco. Es la fase de la “Determinación Judicial de la Pena en Sentido Estricto”.-

EL SISTEMA DEL ART. 65 DEL CÓDIGO PENAL PARAGUAYO

Nuestro Código Penal establece que la Medición de la Pena se basará en la reprochabilidad del autor y será limitada por ella, es decir adopta por un lado la Teoría Retributiva y por el otro la Teoría Preventiva Especial cuando establece que se atenderán también los efectos de la pena de su vida futura en sociedad (*resocialización*). Asimismo debe tenerse en cuenta la Teoría Preventiva General pues las sanciones penales tienen por objeto la protección de los bienes jurídicos y la paz social.-

CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES PARA LA MEDICIÓN DE LA PENA

Las circunstancias a tener en cuenta para la medición de la pena son:

1) Los móviles y fines del autor: Deben ser tenidos en cuenta los motivos que incitaron al autor a la comisión del hecho punible que pueden ser estímulos externos (dificultades económicas) y estímulos internos (celos). En cuanto a los fines debe ser considerado el propósito que llevó al autor a realizar el hecho punible. La mayor o menor contrariedad a la norma de los motivos que impulsaron al autor a la comisión del hecho resultará decisiva para establecer el grado de reprochabilidad. Como regla general, puede decirse que la reprochabilidad de la conducta será tanto mayor cuanto más se aleje la intención del autor a la protección de un bien jurídico. Estímulos externos pueden ser dificultades económicas, convicciones políticas, coacción, etc. Móviles internos: odio, ánimo de lucro, codicia, compasión, ira, etc.

2) La forma de realización del hecho y los medios empleados: En este punto debe ser tenido en cuenta si el autor ha realizado el hecho punible con mayor o menor violencia hacia la víctima, es decir, debe tenerse en cuenta, por ejemplo, el grado de violencia utilizado. Debe ser tomada en cuenta también la intervención de varias personas en el hecho, pues esto representa un peligro mayor que el cometido por un autor único, ya que la existencia de un grupo facilita el logro de los objetivos

delictivos. Reiteramos, el hecho cometido por un grupo, representa un peligro mayor que el cometido por un autor único y la pertenencia a un grupo facilita a sus miembros el logro de sus objetivos. La intervención del autor en el hecho, cual haya sido su aporte o la pluralidad de intervinientes, son circunstancias particularmente apropiadas para caracterizar el ilícito. Por lo general, un hecho cometido por varios participantes revelará un ilícito más grave, en tanto ello represente un aumento del poder ofensivo o aumente la indefensión de la víctima. El hecho cometido por un grupo habitualmente representa un peligro mayor que el cometido por un autor único, y la pertenencia al grupo facilita a los intervinientes el logro de sus objetivos. En los casos de coautoría y complicidad deberá tenerse en cuenta el rol efectivo que haya desempeñado cada uno en el hecho concreto y su influencia para el progreso de plan de acción.

3) La intensidad de la energía criminal utilizada en la realización del hecho: Cuanto más obstáculos deba salvar el participante de un delito, mayor será su energía criminal. No sólo se refiere a las conductas activas sino también a las omisivas. Por intensidad, podemos entender como el grado de voluntad, despliegue físico o intelectual. Cuanto mayor hayan sido las dificultades que hayan tenido que superar para la ejecución del hecho, cuanto más haya perseguido su meta tanto mayor será su culpabilidad.

4) La importancia de los deberes infringidos: Se refiere a los casos de los delitos de omisión, cuanto más relevante sea la conducta que se esperaba que el autor desplegara, mayor gravedad tendrá el hecho.

5) La relevancia del daño y del peligro ocasionado: Para establecer esta circunstancia debe ser tomada en cuenta la Teoría de “La Extensión del Daño”, cómo por ejemplo, dando muerte a una persona se deja a una familia sin el sustento que ésta otorgaba a la misma. Se plantea la cuestión relativa a si sólo se encuentra abarcado el resultado típico o si también entran en consideración las consecuencias mediatas del hecho y la medida en que éstas también debieron haber resultado previsibles para el autor. Se exige que sólo se otorgue relevancia a aquellas consecuencias que tengan alguna relación con el fin de protección de la norma.

6) Las consecuencias reprochables del hecho: La jurisprudencia alemana sostuvo “quien culpablemente ha creado una situación cargada de riesgos, en cierta medida ha abierto el portón por el cual pueden ingresar desgracias

múltiples e indeterminadas, y si la desgracia ingresa, puede ser hecho responsable por ella en el ámbito de la determinación de la pena sin violación del principio de culpabilidad”. Por ejemplo, el autor hurta un maletín que contiene dinero, y en el interior hay, además, documentos: como consecuencia de su pérdida, la víctima pierde el trabajo. Es necesario que se trate de consecuencias que guarden alguna vinculación con el fin de protección de la norma (ej.: la incapacidad de realizar una labor remunerada como consecuencia de una lesión corporal). Evitar que la víctima pierda su trabajo no puede ser considerada, en principio, una consecuencia amparada por la norma que prohíbe el hurto. Para agravar la pena sólo se pueden tener en cuenta la afectación de bienes jurídicos “co-protégidos” por la norma.

7) Las condiciones personales, culturales, económicas y sociales del autor: Las condiciones personales del autor forma parte de la base del juicio de prevención especial. Deben tenerse en cuenta circunstancias tales como, situación familiar, profesión, origen social y sus ingresos, estas serán de importancia para determinar la capacidad del autor para reconocer la antijuridicidad del hecho y comportarse conforme a ese conocimiento, para ello, lo decisivo será el momento del hecho, mientras que para analizar las necesidades de prevención especial, las condiciones personales a tomar en cuenta serán las del momento de la sentencia.

8) La vida anterior del autor: Si bien no se admite el Derecho Penal de autor, a los fines de la Prevención Especial la vida anterior del autor es un punto de apoyo importante pues permitirá fundar el pronóstico acerca de los riesgos de desocialización. En general se acepta que la conducta precedente permite reconocer si el autor tuvo mayor o menor autodeterminación. Nuestro código no sanciona la reincidencia ya que rige el Derecho Penal de hecho y no de autor, la reprochabilidad se refiere a un hecho concreto y no a hechos anteriores.

9) La conducta posterior a la realización del hecho y en especial los esfuerzos para reparar los daños y reconciliarse con la víctima: En este punto debe tenerse en cuenta si el autor ha tratado de reconciliarse con la víctima y realizado esfuerzos para reparar los daños, procurando disminuir por lo menos los efectos de la conducta delictiva. Una conducta de rebeldía agravaría la situación del acusado sin embargo una demostración de arrepentimiento o colaboración con la justicia será atenuante. Dentro de esta condición debe tenerse en cuenta especialmente su comportamiento durante el proceso. en este sentido puede resultar agravante la

declaración de rebeldía y puede resultar atenuante la reparación del daño, el arrepentimiento, etc.

10) La actitud del autor frente a las exigencias del derecho y en especial, la reacción respecto a condenas anteriores o salidas alternativas al proceso que impliquen la admisión de hechos: De conformidad a nuestro sistema penal no es posible computar a la reincidencia como agravante. Se ha entendido que ello viola el principio de non bis in idem en tanto la mayor gravedad del segundo delito es consecuencia del delito anterior, que ya fue juzgado, en la medida en que la condena anterior es el presupuesto legal para la declaración de reincidencia. Se realiza aquí un doble juego de pena, primero se castiga por el hecho cometido y luego ese hecho vale para castigar más intensamente el segundo delito. Sin embargo coincidimos con PATRICIA ZIFFER que más bien se trata de que la condena o la pena sufrida determina una clase especial de autor, que viola los principios de un Derecho Penal de hecho, al crear una especie de Código Penal paralelo más grave para una calidad especial de autor, “los reincidentes”. Existe una tendencia generalizada a considerar que quien reincide luego de haber sido penado con anterioridad merece mayor censura que quien comete un delito por primera vez, sin que se alcance a explicar suficientemente porque la delincuencia anterior debe afectar la pena merecida por el autor por un hecho posterior. Se trata de un agravante de dudosa legitimación, sin embargo, algunos autores consideran que puede ser utilizada al momento de la medición de la pena.-

Para concluir debemos señalar que nuestro ordenamiento penal paraguayo prohíbe la *doble valoración*, es decir en la medición de la pena, no podrán ser consideradas las circunstancias que pertenecen al tipo legal.

Cuando el legislador estableció el marco penal, fijó los diferentes grados posibles de gravedad del delito. Para ello, tuvo que tener en cuenta diferentes circunstancias de hecho que marcan el fundamento para prohibir una cierta conducta. Todas aquellas circunstancias que ya han sido tomadas en cuenta por el legislador al establecer el tipo penal, o dicho de otro modo, todas aquellas circunstancias que fundamentan el ilícito, no pueden ser consideradas nuevamente al momento de fijar la pena para un hecho concreto. Esto es lo que en doctrina se conoce como “prohibición de doble valoración”, previsto en el art. 65, inciso 3º, del Código Penal Paraguayo. Por ejemplo, no es posible agravar un robo porque para el

apoderamiento se utilizó violencia o un homicidio porque el hecho “culminó” en la muerte de una persona, pues estas circunstancias son propias del robo y del homicidio, respectivamente, y tomarlas en cuenta implicaría sancionar dos veces por la misma circunstancia, violando así el principio de NON BIS IN IDEM.-

CONCLUSIÓN FINAL

A modo de conclusión, luego del relato posicionado en diversos aspectos de la Teoría de la Pena, como lo es su construcción filosófica amén de su concepción política y las nociones dogmáticas que se han construido en su entorno, solamente nos resta encaminar la anterior recopilación como sigue: Se afirma que debe existir un espectro de penas adecuadas al grado de reproche presente en la conducta del agente.-

Profundizando, podemos llegar a señalar que este “*espacio de juego*” (al amparo de la denominada: Spielraumtheorie), se rellenaría mediante las consideraciones preventivo especiales y generales.- Pero ésta teoría no se corresponde con todas las condiciones que normalmente se logran ubicar en la praxis, porque esos factores de medición de la pena, orientados desde la prevención, de modo alguno logran alcanzar la relevancia que cabría esperar, según nos lo indica el principio teórico.- En realidad, hoy día, en la praxis de los Tribunales, la medición de la pena determinada por la prevención desempeña más bien un papel marginal, y al respecto, nótese que incluso en los más graves crímenes se puede llegar a comprobar empíricamente que el pensamiento de la prevención se tiene en cuenta mucho menos de lo que cabría esperar conforme al ambicioso programa de la señalada Teoría del espacio de juego.

Que, conforme se tiene claramente orientado en las normativas pertinentes (*arts. 2do. y 65 del Código Penal Paraguayo*), el punto de partida legal para la medición de la pena nos remite al concepto de la **reprochabilidad** (*art. 14, inc. 1ro., num. 5to. Código Penal Paraguayo*), obteniéndose de la ecuación que: la medida de reproche en el autor es el presupuesto o fundamento de la métrica concreta de la pena.- Ahora bien, el análisis de la cuestión referida a los factores concretos de valoración, en que se descompone tal afirmación, resulta en un irrenunciable derecho de medición de la pena racional.-

Sin embargo considero, con total desapasionamiento, que aún no se encuentra del todo claro cómo ha de procederse, cobrando así preeminencia el enorme significado práctico del concepto de la punición individual (*precepto que debe emplearse en cada condena jurídico-penal*), llegando hasta a sorprender, el subdesarrollado estado en que, incluso a nivel jurisprudencial, se ubica aún esta discusión en la República del Paraguay.- Especialmente llamativo resulta también lo

poco que se han ocupado las exposiciones más antiguas de la operacionalización de la culpabilidad en la medición de la pena, ya que en el tiempo de vigencia del anterior Código Penal material, hoy abandonado, apenas se ha abordado el significado de la culpabilidad en la métrica de la pena y, por lo demás, sólo se desarrolló en la mayor parte de sus explicaciones sobre aquellas circunstancias de medición que eran concebidas como agravantes y atenuantes, criterio hoy en desuso.-

La métrica actual en el Código Penal vigente se corresponde más bien con premisas metodológicas, es decir, se adhiere a una forma de proceder inductiva que, ante todo, presumimos, busca ser sistematizadora de la jurisprudencia que podamos lograr construir, y ya no sólo exclusivamente dependiente de la prevención o sujeta a reflexiones teórico-abstractas.- Resulta necesario así, arribar al establecimiento de un verdadero centro de gravedad que se potencie en un análisis intensivo de la fórmula básica del art. 65 del Código Penal, en procura del beneficio en la enumeración minuciosa de los factores de incidencia en la pena, propendiendo a una teoría de la medición de la pena propia, basada en nuestra casuística, concepto ciertamente no muy fácil o rápido de lograr.

Finalmente, y al permitirme ponderar las expresiones vertidas por el Magistrado Doctor WALDIR SERVÍN BERNAL, docente del área penal y Miembro del Tribunal de Apelación en lo Penal de Asunción del Paraguay – gentilmente cedida en calidad de cooperación didáctica-, podemos rescatar que: *“...La imposición de una pena privativa de libertad resulta ser la mayor injerencia en un ciudadano, por parte del Estado. Nuestro Código Penal, en su art. 65, establece expresamente los criterios que orientan la decisión acerca de cuál es la pena más adecuada para cada caso. En la Medición de la Pena deben ser clasificados y ponderados todo tipo de información acerca del hecho y del autor, de manera a obtener la respuesta más equilibrada posible. En consecuencia la fundamental tarea de la Determinación de la Pena consiste en la identificación de los criterios que deben orientar la decisión y la fijación de cuáles son las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta y cuáles pueden ser descartadas en el caso; todos estos factores y su influencia sobre la pena concreta dependen en gran medida de la decisión previa de cuál es la finalidad de la pena dentro del sistema... .. Si el Derecho Penal debe servir a la protección de bienes jurídicos, y de este modo, al*

libre desarrollo del individuo y al mantenimiento de un orden social, se debe establecer qué conductas pueden ser amenazadas con pena por el Estado. La respuesta a la pregunta de cómo debe actuar la pena para cumplir con la misión del Derecho Penal, está dada por la Teoría del Fin de la Pena...”.-

Por último, así como en la entrada he referido al Marqués de Beccaría, Cesare Bonesana, nuevamente en este cierre extracto cuanto sigue: “...Es mejor evitar los delitos que castigarlos. He aquí el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir los hombres al punto de mayor felicidad, o al menor de infelicidad posible...”

BIBLIOGRAFIA

- 1) Constitución Nacional de la República del Paraguay de 1992
- 2) Código Penal Paraguayo. Ley 1160/97
- 3) **CESARE BOSENASA**, "*Tratado de los Delitos y las Penas*" (Valletta Ediciones – 2004), traducido.-
- 4) **ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA**, "*Historia de las ideas políticas*" (A-Z Editora, Enciclopedia Hispánica, Editorial Británica)
- 5) **JEAN TOUCHARD**, "*Historia de las ideas Políticas*" (Colección de Ciencias Sociales, Editorial Tecnos)
- 6) Enciclopedia Libre Universal
- 7) Las Revoluciones Burquesas (La Revolución Francesa – **E. J. HOBBSAWN**)
- 8) **HOBBS, THOMAS**, *Leviatán*, en FERNÁNDEZ PARDO, C. A. (comp.) (1977): "*Teoría política y modernidad*", Buenos Aires, Centro Editor de América Latina.-
- 9) **LOCKE, JOHN**. (1990) "*Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*", Alianza, Madrid
- 10) **MUSSOLINI, BENITO** (1993). *Scritti e discorsi*. La Fenice.
- 11) **DE FELICE, RENZO** (1995). *Mussolini il fascista*. Turín: Editoriale Einaudi
- 12) **C. MARX & F. ENGELS**, *Obras Escogidas* (en tres tomos), tomo II, Editorial Progreso, Moscú, 1974
- 13) **BONARD, ROGER** "El Derecho y el Estado en la doctrina Nacional-Socialista", Editorial Wandervogel
- 14) **NOZICK, ANARCHY** (*Anarchi, State and Utopia*, Basil Blakwell, Oxford 1974)
- 15) **HASSEMER, WINFRIED-MUÑOZ CONDE, FRANCISCO** (1989), *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*
- 16) **ROXIN, CLAUS** (1976), "*Sentido y límites de la pena estatal*"
- 17) **JESCHECK, HANS-HEINRICH** (1993), *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4a Ed.
- 18) **KANT, INMANUEL** (1989), *La metafísica de las costumbres*
- 19) **BACIGALUPO, ENRIQUE**, (1990), *Principios de Derecho Penal*
- 20) **JESCHECK, HANS-HEINRICH**, *Tratado de Derecho Penal*
- 21) **RIVACOVA Y RIVACOVA, MANUEL DE**, *Funcion y Aplicación de la Pena*, Ed. Depalma 1993
- 22) **ZIFFER, PATRICIA S.**, *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, Ed. AD-HOC SRL 1996

23) SOLDONA, QUINTILIANO, Nueva Penologia (Penas y Medidas de Seguridad) Ed. El Nando 1931

24) BENJAMÍN MIGUEL, Derecho Penal Tomo I, Parte General. Ed. Juventud

25) BENJAMÍN MIGUEL, Derecho Penal Tomo II, Parte Especial. Ed. Juventud

26) HORVITZ L., MARÍA INÉS. El Derecho de ejecución de penas

27) GUNTHER JAKOBS “Sobre la teoría de la Pena” – Traducción Manuel Cancio Melia

28) SERVIN, JOSÉ WALDIR “La medición de la pena en el Código Penal Paraguayo”