

**LA TEORÍA UNIFICADORA DIALÉCTICA DE ROXIN A LA LUZ DE
BECCARIA ***
por Andrés Botero Bernal **

INTRODUCCION

El fundamento de la pena ha sido un interrogante planteado a través de los años, al igual que preguntas que indagan por el cómo y el por qué se legitima su uso.

A lo largo de la historia han surgido diferentes concepciones tendientes a legitimar la acción punitiva estatal; entre ellas encontramos la expiación, la retribución, la prevención (tanto general como especial), las teorías de la unión y la unificadora dialéctica, entre otras.

Ni las teorías de la expiación, la retribución y la prevención lograron en forma separada dar cuenta del por qué el Estado se reservaba para sí la capacidad de castigar ciertas conductas y personas. Ante esta problemática, surge una teoría ecléctica - la de la unión- y otra que recoge los postulados de las concepciones tradicionales en diferentes estadios en que el Derecho Penal se nos da a conocer.

La teoría unificadora dialéctica se debe a Claus Roxin, jurista contemporáneo, pero esto no significa que de una u otra forma en el pasado no se haya hecho mención (por lo menos someramente) a dicha teoría. Esto es lo que se pretende hacer en esta disertación: Mostrar un Beccaria que nos legitima la pena por medio de la prevención general, de la retribución y de la prevención especial, cada una centrada en una instancia diferente, similar a como lo planteó Roxin. El verificar esta tesis no significa restarle mérito al trabajo de Roxin, quien concilió posturas que parecían contradictorias, identificó la supremacía de cada teoría en un momento determinado de la pena y propuso límites concretos y fuertes al *ius puniendi*.

Pues bien, para llevar a cabo lo propuesto es necesario realizar un análisis corto a cada una de las teorías tradicionales que han dado sentido y fin a la pena, obedeciendo, claro está, a diferentes concepciones del Estado; igualmente, descubrir lo propuesto por Roxin para superar la crisis teórica surgida de la incapacidad de legitimar y limitar la acción punitiva del Estado; luego, ya finalizando, debe remitirse a la obra de Beccaria, "de los delitos y de las penas" publicada en 1764, a la luz de las concepciones tradicionales y de la teoría unificadora dialéctica.

* Publicado en la RTFD el 11 de octubre de 2001.

** Profesor de Filosofía del Derecho y Secretario General de la Universidad de San Buenaventura (Medellín - Colombia). Abogado. Licenciado en Filosofía y Letras. Especialista en Docencia Universitaria. Doctorando de la Universidad de Huelva (España). Correo electrónico: botero39@hotmail.com

Por lo anterior, esta disertación tratará en la primera parte la legitimación y los límites de la pena estatal, y en la segunda un análisis de la obra de Beccaria en relación con la justificación y el fin de la pena.

I. LA LEGITIMACION Y LOS LIMITES DE LA PENA ESTATAL

Trataremos en un primer punto las teorías tradicionales, y como segundo la teoría unificadora de Roxin.

A. LAS TEORIAS TRADICIONALES

El sentido y los límites de la pena estatal son dos interrogantes planteados por todo aquel que ve el peligro de la actividad punitiva del Estado, de forma tal que en todas las épocas se ha preguntado: "¿Cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad a alguno de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, en su existencia social?"¹. A esta pregunta se han propuesto tres soluciones a saber: la retribución, la prevención especial y la prevención general. Pásese a explicar, ligeramente, cada una de ellas:

1. Para la retribución, el sentido de la pena estriba en que "la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal... la pena, pues, no sirve para nada, sino que lleva su fin en sí misma. Tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia"². Esta teoría sucede a la expiación como fundamento de la legitimidad de la pena, propia de los estados absolutistas que implican una concentración total del poder y un uso ilimitado de él, necesario para el desarrollo posterior del capitalismo³.

La concepción liberal del Estado trae consigo, como respuesta al sentido de la pena, la teoría de la retribución como la necesidad de restaurar el orden jurídico interrumpido, "la imposición de un mal por el mal cometido"⁴. La pena surge, entonces, como una necesidad moral

1. ROXIN, Claus. *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Traducción de Diego Manuel Luzon Peña. Madrid: Reus, 1976. p. 11.

2. Ibid, p. 12.

3. Al respecto ver: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1982. p. 115-119. Bustos considera al Estado absoluto como un estadio cuyo fin no es otro que la imposición del capitalismo, así la pena "no podía tener sino las mismas características y constituir un medio más para realizar el objetivo capitalista". No se comparte esta posición por dos razones fundamentales: la primera radica en el hecho que el Estado absoluto -como etapa histórica- no pretendió en ningún momento servirse intencionalmente como medio para la llegada del capitalismo, la segunda se funda en que el capitalismo se debe al proyecto moderno (resultado de la confluencia de la reforma protestante, la revolución francesa y la ilustración, que originaron a su vez los tres grandes núcleos organizativos de la modernidad: democracia, capitalismo e industrialismo). Sobre esto último, véase: BRUNNER, José Joaquín. "América Latina en la encrucijada de la modernidad". En: *Revista Foro*. No. 20 (1993). P. 95-112.

4. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Casa Editorial Bosh, 1975. p. 34.

derivada de un "imperativo categórico" como lo es la justicia para Kant, o bien para Hegel como una necesidad lógica: negación del delito y afirmación del derecho.

Es de recordar que en aquella época se partía de la base de la libre relación económica, por lo que la pena partirá igualmente de la aceptación del libre albedrío de los hombres, de la total capacidad de decisión de todo individuo (presunción de libertad en el obrar). Puede encontrarse en la Constitución de 1991 las siguientes normas que consagran la libre relación económica y la capacidad de decisión (suposición del libre albedrío): artículos 13 inciso 1°, 14, 20, 26 inciso 1°, 28 inciso 1°, 38 y 71, entre otros.

Bajo la teoría de la retribución, varios autores han pretendido encuadrar a Beccaria, lo que se pretende desvirtuar, pues, aunque Beccaria considere la pena como un mal (retribución) le añade un fin: el de la prevención.

2. La prevención especial "no quiere retribuir el hecho pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor. Ello puede ocurrir de tres maneras: corrigiendo al corregible...; intimidando al que por lo menos todavía es intimidable...; y haciendo inofensivo mediante la pena de privación de libertad a los que no son corregibles ni intimidables"⁵.

Para estas teorías, la pena no podía seguir siendo simplemente la restauración del orden jurídico o la intimidación general de los ciudadanos, debía ser el medio garante del orden social. El delito, más que una violación al orden jurídico, es un daño social y el delincuente es un ser peligroso para la comunidad.

Las teorías de la prevención especial y general constituyen las llamadas teorías relativas que atienden al fin que se persigue con la pena; en contraposición a las teorías absolutas que atienden solo al sentido, excluyendo toda idea de fin, encontrando entre estas últimas a la retribución⁶.

Estas teorías de la prevención se enmarcan en sistemas políticos determinados como los estados fascistas y los liberales intervencionistas. Recuérdese que es muy propio de los estados liberales intervencionistas⁷

⁵. ROXIN, Op. cit., p. 15.

⁶. Para mayor claridad ver: MUÑOZ CONDE, Op. cit., p. 34.

⁷. Ante la posible pugna entre liberal e intervencionismo acudimos a la explicación de Estado liberal intervencionista dada por Valencia Villa, el cual lo define como la "disciplina de la ley, el orden republicano bajo el dominio centralizado de la razón y del derecho... no es una negación de la democracia liberal sino más bien su traducción autoritaria al modelo europeo continental y a los regímenes civiles latinoamericanos", no excluye pues un esquema democrático de gobierno. Dichos gobiernos se caracterizan por el gregarismo y la solidaridad, a diferencia del individualismo y egoísmo racional

la intención manifiesta de apartar al delincuente de la comisión de futuros delitos.

El principal exponente de esta teoría fue Franz Von Liszt quien señaló al delincuente como el objeto propio del derecho penal⁸.

La crítica a esta concepción la hace Claus Roxin al encontrar en ella tres objeciones: La primera consiste en que tiende a dejar al particular a merced de la intervención estatal; como segunda señala que existe el riesgo de no imponerse la pena a los delitos si no existe peligro de repetición; y, por último, indica que si bien es cierto que la corrección indica un fin de la pena, en ningún modo contiene en si misma la justificación de ese fin⁹.

En Colombia, atendiendo a lo estipulado en el Código Penal y el régimen penitenciario, la pena tiene como una de sus funciones la resocialización y la prevención. Al momento de ejecutarse una sanción se atiende a la prevención especial, más ello no permite la imposición de penas ni medidas de seguridad acudiendo a la peligrosidad del delincuente o a situaciones predelictuales.

Es del parecer de la mayoría el que Beccaria no trata este aspecto, pero se pretende comprobar que sí lo hace; verbigracia, aprueba como medida de hecho y no de derecho la muerte de un ciudadano que "aun privado de libertad, tenga todavía tales relaciones y tal poder, que interese a la seguridad de la nación; cuando su existencia pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida"¹⁰, acude, pues, a la peligrosidad del delincuente y a la noción de defensa social.

3. Teoría de la Prevención General: Según esta concepción el fin de la pena es intimidar a la generalidad de los ciudadanos, y en la medida que lo logre se legitima el uso del *ius puniendi*.

Esta teoría tiene entre sus defensores a Von Feuerbach, el cual parte de la crisis social que surge cuando no se encuentran los mecanismos para internar a los individuos dentro de los intereses del grupo hegemónico, el cual no es más que la conciencia colectiva de

característico del Estado liberal clásico. VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de Batalla: Una Crítica del Constitucionalismo Colombiano*. Bogotá: Cerec, 1987. p. 34-51.

⁸. En América Latina encontramos a Zaffaroni, quien señala que el objeto de la pena es proveer la seguridad jurídica, la cual se logra por medio de la prevención penal que no es más que la prevención especial dotada de plasticidad, pluralidad de formas y sin atentar contra los derechos humanos; pero cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Es posible fijar límites racionales y concretos a la acción punitiva del Estado, sabiendo que este está facultado para castigar bajo la excusa de la defensa social y la peligrosidad del actor? ¿Quién determina o fija los parámetros a seguir para identificar el carácter de peligrosidad?. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Derecho Penal*. Primera edición mexicana. México: Editorial Cárdenas, 1986. p. 59-68.

⁹. ROXIN, Op. cit., p. 15-17.

¹⁰. BECCARIA, Cesare. *De los Delitos y de las Penas*. Bogotá: Temis, 1987. p. 35.

Durkheim, esto es: "el conjunto de creencias y de sentimientos comunes a la medida de los miembros de una misma sociedad, forma un sistema determinado que tiene su vida propia"¹¹.

El delincuente, para esta posición, es un hombre que atenta contra el sistema adoptado por la generalidad, y dicho acto dañino socialmente merece ser reprimido con tal que sirva de lección a los miembros de la sociedad, amenazándolos con la imposición de penas similares si copian la conducta del castigado.

Roxin encuentra las siguientes críticas a esta posición: En primer lugar, no define frente a qué comportamiento el Estado puede intimidar legítimamente, por lo que de la intimidación se termina en el terror; como segunda objeción, es discutible el efecto intimidador, ya que el delincuente -por lo general- actúa con la seguridad de no ser atrapado, lo que comprueba que no se deja influir por la amenaza estatal, lo que le lleva a afirmar que "cada delito es ya, por el hecho de existir, una prueba en contra de la eficacia de la prevención general"; en último lugar, ¿cómo se justifica el que a un individuo se le ponga un mal para que otros omitan cometer un delito?, esto puede atentar contra la dignidad humana consagrado como fundamento del Estado social de derecho¹².

Según el análisis efectuado en este trabajo, Beccaria alude en buena parte de su obra a la función preventivo general de la pena, mas no por ello desconoce la retribución y la prevención especial.

B. LA TEORIA UNIFICADORA DIALECTICA

Como ya se ha visto, ninguna de las teorías tradicionales resiste la crítica, debido a esto se ha intentado resolver el interrogante del sentido y límites de la pena acudiendo a una teoría ecléctica denominada teoría mixta o unificadora. Dicha teoría parte de la idea de retribución como base, a la que añaden el cumplimiento de fines preventivos, tanto generales como especiales.

Estas teorías mixta o unificadoras, resultan en un eclecticismo "que, queriendo contentar a todos, no satisface totalmente a nadie"¹³, ya que la mera adición o yuxtaposición de teorías no responde a la inquietud propuesta, sino por el contrario multiplican a tres los efectos sometidos a crítica¹⁴.

Claus Roxin intenta responder la pregunta anotada al inicio del trabajo con su teoría unificadora dialéctica, sin caer en eclecticismos paradójicos. De esta manera, escribe lo siguiente: "El derecho penal se

¹¹. Citado por: BUSTOS RAMÍREZ, Op. cit., p. 127.

¹². Cfr. ROXIN, Op. cit., p. 17-19.

¹³. MUÑOZ CONDE, Op. cit., p. 35.

¹⁴. Al respecto ver: ROXIN, Op. cit., p. 19-20.

enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando, imponiendo y ejecutando penas; y que esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado"¹⁵. Por su parte, Muñoz Conde nos describe la teoría en sus tres fases, la primera radica "en el momento de la amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general... pero si, a pesar de esta amenaza se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea retributiva. Finalmente, durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de la libertad, la idea de prevención especial"¹⁶, y los peligros propios de cada teoría sólo podrán ser superados con la integración armónica, progresiva y racional de los tres estadios del *ius puniendi* descritos por el Derecho Penal. Analícese, entonces, dichas instancias:

1. Las conminaciones de pena: El Estado debe asegurar a los residentes de su territorio las condiciones de una existencia que satisfaga sus necesidades vitales, lo que se logrará con la protección de los bienes jurídicos y el aseguramiento del cumplimiento de las prestaciones públicas primarias. De esta forma encontramos dos consecuencias importantes: el derecho penal es de naturaleza subsidiaria, "los recursos penales, por ser los más drásticos, tienen que ser los últimos"¹⁷; y la segunda radica en que el legislador no puede castigar conductas no lesivas ni perjudiciales de bienes jurídicos, sin importar de que dichos actos sean moralmente reprochables.

2. Imposición y medición de la pena : "Lo que se pone a discusión no es la adecuación del fin, sino la conformidad a Derecho del medio"¹⁸. La pena, al momento de imponerse o graduarse, no debe considerarse como la efectividad de la amenaza legal, con lo que se excluye la finalidad de la prevención general en este estadio. El castigo debe ser conforme a Derecho, es decir, al momento de imponerse la pena lo que se busca es la inviolabilidad del ordenamiento jurídico, que se plasma con la conocida frase de Hegel: "La pena es la negación de la negación del derecho". En pocas palabras la pena se justifica en su imposición por la salvaguardia del orden jurídico en la conciencia de la colectividad, lo que no es más que lo ya dicho por la teoría de la retribución: la imposición de un mal por el mal cometido.

3. La ejecución de la pena sólo puede estar justificada "si persigue esta meta en la medida en que ello es posible, es decir, si tiene como

¹⁵. Ibid, p. 20.

¹⁶. MUÑOZ CONDE, Op. cit., p. 36.

¹⁷. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental*: volumen I. Segunda edición. Bogotá: Temis, 1986. p. 33. Igualmente, Beccaria escribe: "No se puede llamar precisamente justa la pena de un delito, mientras la ley no haya empleado el mejor medio posible... para prevenirlo". BECCARIA, Op. cit., p. 74.

¹⁸. ROXIN, Op. cit., p. 26.

contenido la reincorporación del delincuente a la comunidad. Así, pues, sólo está indicada una ejecución resocializadora¹⁹. Es la propia Constitución Política de Colombia, la que en sus artículos 13 (último inciso) y 16 consagran como derecho del reo el ser resocializado, pero sin atentar contra la autonomía de la voluntad.

En la práctica la realidad de nuestro sistema carcelario no corresponde a lo que en teoría se enseña, es triste ver como nuestras cárceles son verdaderas universidades del crimen.

II. LA OBRA DE BECCARIA

Se tratará en este acápite, en un primer punto, Beccaria a la luz de la teorías tradicionales; y, como segundo, Beccaria a la luz de la teoría unificadora dialéctica.

A. BECCARIA A LA LUZ DE LAS TEORIAS TRADICIONALES

1. Teoría retributiva: Beccaria es catalogado como un pensador demoliberal al plantear principios que admiten las opciones pluralistas en materia política, como lo son el principio de legalidad, del debido proceso, dignidad humana, entre otros.

La filosofía demoliberal en el campo penal está asociada a la escuela clásica, defensora de la teoría de la retribución. Es así que la pena se da como una necesidad lógica (Hegel) o moral (Kant), lo que no excluye que su fin pueda ser preventivo general y/o especial.

Un lector poco intrépido podría afirmar que Beccaria es un defensor de la teoría retribucionista, pero se encuentran los siguientes apartes de su obra que ponen en entredicho esta afirmación: "Es importante que no quede impune ningún delito manifiesto, pero es inútil delatar a quien haya cometido un delito que está sepultado en las tinieblas. Un mal ya realizado y para el que no hay remedio, no puede ser castigado por la sociedad política más que cuanto influya sobre los demás con la seducción de su impunidad"²⁰; "los delitos menores y oscuros deben quitar con la prescripción la incertidumbre de la suerte de un ciudadano"²¹; y así pueden seguirse encontrando apartes que aclaran que Beccaria, si bien reconoce que la pena es un mal -"y precisamente porque es un mal que se impone al ciudadano, hay que circunscribirla, limitarla..."²²-, no comparte el parecer de Kant y Hegel en cuanto a la necesidad de la imposición del castigo como imprescindible para restaurar el orden jurídico y el imperativo de justicia violado por el delito, de tal forma que Beccaria considera que no se justifican las penas para

¹⁹. Ibid, p. 31.

²⁰. BECCARIA, Op. cit., p. 22.

²¹. Se pide aquí la prescripción extintiva del proceso penal y de toda imputación, siempre y cuando el delito sea menor. Ibid, p. 27-28.

²². Ibid, p. XLV.

delitos que no cumplirán su función intimidadora, ni para aquellos de categoría menor transcurrido un lapso de tiempo y mucho menos para los que han quedado en las tinieblas. Recuérdese que para el autor italiano "el fin de las penas no es el de atormentar y afligir a un ser sensible, ni el de deshacer un delito ya cometido"²³, es (y se espera no forzar aquí el pensamiento demoliberal) el hombre como tal pero enmarcado en una sociedad.

2. Con respecto a la prevención especial, el consenso doctrinario señala que Beccaria no lo alude, pero debe remitirse a diferentes apartes de su obra que hacen mención explícita a una teoría preventivo especial con respecto a la imposición de penas y su ejecución. Ya se había anotado que Beccaria considera pertinente la muerte de un hombre cuando la Nación con ello recupera su libertad, enajenada por la peligrosidad del reo. Igualmente, se encuentra en ciertos pasajes referidos al destierro y a la infamia que son claros ejemplos que demuestran el asomo de prevención especial en el autor. En cuanto al destierro se advierte: "Quien perturba la tranquilidad pública, quien no obedece a las leyes... debe ser excluido de la sociedad, es decir, debe ser desterrado"; y, más adelante, agrega: "parece que el destierro debiera ser impuesto a quienes, acusados de un delito atroz, tienen contra sí una gran probabilidad, pero no la certeza, de ser reos"²⁴; la imposición de la pena de destierro obedece a la calidad de "posible reo de delito atroz", y peor aun, a quien perturbe con una conducta moral la tranquilidad pública. En relación con la infamia, Beccaria la define como "el signo de la desaprobación pública que priva al reo de la pública estimación, de la confianza de la patria y de la casi fraternidad que la sociedad inspira"²⁵, la cual no es impuesta por la ley sino por la moral de la conciencia colectiva, en pocas palabras, que radica en la calidad del sujeto el ser víctima de la infamia.

Examinando el momento de la ejecución de una pena, Beccaria no hace mención precisa sobre la necesidad de resocialización, pues, al partir del libre albedrío considera que el reo no volverá a delinquir al temer repetir el mal sufrido anteriormente (destierro e infamia).

3. Con referencia a la prevención general Beccaria es muy amplio en su obra, basta con sólo citarlo. Explicando el origen de las penas escribe: "Se necesitaban motivos sensibles, que bastasen para desviar el ánimo despótico de cada uno de los hombres de volver a sumergir en el antiguo caos las leyes de la sociedad. Esos motivos sensibles son las penas"²⁶. Acuñe posteriormente, compadeciéndose tanto con la prevención general como con la especial, lo siguiente: "El fin (de la pena), no es otro que el de impedir al reo que realice nuevos daños a sus conciudadanos y el de apartar a los demás de que los hagan iguales"²⁷. La

²³. Ibid, p. 32.

²⁴. Ibid, p. 42.

²⁵. Ibid, p. 44.

²⁶. Ibid, p. 4.

²⁷. Ibid, p. 32.

pena se justifica en tanto busque apartar a los hombres de delinquir, pero limitada por los principios demoliberales; esto es fácilmente observado en todo el transcurso del texto del italiano.

Se observa, pues, como Beccaria alude a las tres teorías que intentan responder por separado el por qué se legitima la pena. Sólo resta preguntarnos si la retribución y la prevención (tanto general como especial) están unidas a diferentes estadios del Derecho Penal (tal como lo propone la teoría unificadora dialéctica de Roxin), a la luz del texto de Beccaria.

B. BECCARIA A LA LUZ DE LA TEORÍA UNIFICADORA DIALECTICA

Ya se ha visto a lo largo de esta disertación como Beccaria alude a las tres concepciones tradicionales que legitiman el uso de la pena; ahora, debe estudiarse si compagina la teoría unificadora dialéctica con la obra del italiano.

Beccaria identifica claramente las tres instancias penales, la imposición de la pena, la intimidación con el castigo a los demás y su ejecución en la persona del reo.

Con respecto a la imposición es claro que la pena es un mal, un "terrible castigo". La pena debe ser equilibrada al delito cometido: "debe elegirse en tal forma que, guardada la proporción, produzca la impresión más eficaz y duradera de los ánimos de los hombres y la menos atormentadora sobre el cuerpo del reo"²⁸. Igualmente, Beccaria distingue la pena de su finalidad. La pena, como ya se anotó, es un mal y su medida radica en los delitos, los cuales a su vez se miden por "el daño de la sociedad"²⁹; su finalidad en cambio es la de impedir al reo que realice nuevos daños y el de apartar a los demás de cometer delitos, con el fin de garantizar que la sociedad, producto del acuerdo (tesis contractualista), pueda continuar como tal. Al momento de imponerse la pena plantea un respeto por los derechos inalienables del individuo, fruto de la porción de libertad que no enajenó el individuo en el contrato social, es por ello que no se legitiman las penas definitivas (como la de muerte), ni las que someten a sufrimientos graves al reo (como la tortura). Beccaria sólo en casos excepcionales justifica la imposición de penas sin atender el carácter retributivo, como lo es la muerte en caso de una peligrosidad tal del individuo que amenace seriamente a la sociedad, la infamia (que igualmente excepciona al principio de legalidad al afirmar que "no está en el arbitrio de la ley"³⁰) y el destierro; y excluye la utilidad de la pena para castigar delitos quedados en el olvido o que prescribieron. Para la teoría unificadora dialéctica, al momento de la imposición prevalece el orden retributivo que descarta de plano la ejecución de la pena de muerte por el

²⁸. Ibid, p. 32-33.

²⁹. Ibid, p. 53.

³⁰. Ibid, p. 44.

mero hecho de la peligrosidad, igual sucede con la infamia y el destierro que hoy día son rechazados al ser considerados castigos inhumanos y crueles; con respecto a la no justificación de la pena comparte esta teoría de Roxin los argumentos del italiano en relación con la prescripción, mas los dados en lo tocante con el delito caído en el olvido.

Ahora bien, Beccaria considera que es la pena la que intimidará a los ciudadanos a no cometer delitos, es decir, antepone la imposición del castigo a la intimidación. Lo contrario sucede en la teoría unificadora dialéctica la cual consagra como primer estadio del Derecho penal, tal como se presenta, con las conminaciones de pena, con la ley penal.

Con respecto al momento de la ejecución Beccaria escribe: "La cárcel es, pues, la simple custodia de un ciudadano... y esa custodia, esencialmente penosa, debe durar el menor tiempo posible, y ser lo menos dura posible"³¹. Como ya se explicó anteriormente, al partir del libre albedrío se considera que siempre habrá otra forma de actuar diferente a la de delinquir (y si no la hay, entonces no podrá imponerse la pena), es por ello que la cárcel no tiene porque tener una función correctora, a lo menos buscará adaptar laboralmente al reo al explotar económicamente su mano de obra en uno u otro oficio. Pero esto no significa que no podamos hablar de prevención especial al momento de ejecutarse la pena tal como lo consagra Beccaria, ya que señala al delincuente como un peligroso social y en busca de la defensa de la comunidad es que debe ser apartado en un centro donde se explotará la mano de obra así desocupada buscando con ello internarla nuevamente al aparato productivo social, y que por medio de ese castigo impuesto, ya sea pecuniario o privativo de la libertad, no piense nuevamente en delinquir; tal vez sin quererlo, Beccaria sí hace alusión, aunque en forma superficial, al concepto de corrección y resocialización.

Claro está que son visibles dos discrepancias entre la teoría unificadora dialéctica de Roxin y la propuesta de Beccaria. La primera radica en el orden lógico de los estadios del Derecho Penal, tal como se da a conocer al ciudadano. Para Beccaria primero está la imposición de la pena, segundo la intimidación con ella a los demás y por último su ejecución; para Roxin primero se encuentran las conminaciones penales, segundo su imposición y medición y por último la ejecución. Así para Beccaria lo que intimida fundamentalmente es la pena, para Roxin es la ley.

La segunda discrepancia consiste en el principio al cual se adhieren para presuponer la culpabilidad del autor del delito. Beccaria parte del libre albedrío el actuar del hombre, donde las "causas que excluyen la culpabilidad deberían encontrar como fundamento la ausencia en el autor de dicha posibilidad de actuar de otra forma"³², lo que excluye de plano

³¹. Ibid, p. 45.

³². MIR PUIG, Santiago. Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y

algún tipo de determinismo en el obrar del delincuente (en caso de existir no podría ser condenado). Para Roxin la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, es decir, "más allá de lo que corresponde a la responsabilidad de un hombre concebido como libre"³³ aunque la declara como inadecuada para fundamentar la potestad punitiva del Estado, sin embargo sirve para limitarla; deja pues en suspenso la cuestión del libre albedrío.

CONCLUSIONES

A lo largo de esta disertación, que inició con una explicación ligera sobre las teorías de fundamentación y legitimación de la pena, se mencionó la posición de Roxin, quien ha logrado algún consenso en torno a su propuesta.

Pero esta teoría encuentra antecedentes remotos en obras como las de Beccaria. Es cierto, claro está, que existen varias diferencias entre las posiciones de Roxin con las de Beccaria en cuanto la fundamentación de la pena se refiere, pero igualmente es válido señalar que existen similitudes entre ambas.

En consecuencia, no será posible señalar, y nunca fue ésta la pretensión de la presente disertación, que Beccaria ya había planteado una teoría unificadora en cuanto la fundamentación y la legitimación de la pena. Sin embargo, si puede afirmarse que la interpretación tradicional sobre la posición de Beccaria en relación con la pena ha sido injusta (por no decir que pobre), y que en este autor italiano pueden observarse aspectos similares a los presentes en la propuesta unificadora dialéctica de Roxin.

BIBLIOGRAFIA

BECCARIA, Cesare. *De los Delitos y de las Penas*. Bogotá: Temis, 1987. 102p.

BRUNNER, José Joaquín. «América Latina en la encrucijada de la modernidad», *Revista Foro*. No. 20 (1993). P. 95-112.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1982. 185p.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental: volumen I*. Segunda edición. Bogotá: Temis, 1986. 378p.

Democrático de Derecho. Segunda edición. Barcelona: Bosch, 1982. p. 93.

³³. ROXIN, Op. cit., p. 28.

MIR PUIG, Santiago. *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Segunda edición. Barcelona: Bosch, 1982. 108p.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Casa Editorial Bosh, 1975. 192p.

ROXIN, Claus. *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Traducción de Diego Manuel Luzon Peña. Madrid: Reus, 1976. P. 11-36.

VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de Batalla: Una Crítica del Constitucionalismo Colombiano*. Bogotá: Cerec, 1987. P. 34-51.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Derecho Penal*. Primera edición mexicana. México: Editorial Cárdenas, 1986. 857p.