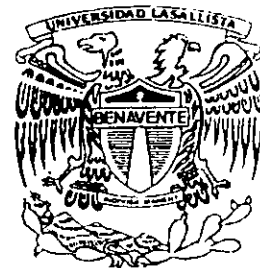


879309



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE
FACULTAD DE DERECHO



13
2es.

**INCORPORADA A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**

CLAVE 8793-09

INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

SALVADOR CHAVEZ MENDOZA

259056

CELAYA, GTO.
**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

ENERO DE 1998.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO

**INCORPORADA A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**

CLAVE 8793-09

INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

T E S I S

Que para obtener el Título de

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta

SALVADOR CHAVEZ MENDOZA

Celaya, Gto.

Enero de 1998

I N D I C E

INTRODUCCION

CAPITULO I.- EL IUS PUNIENDI.

1.- La concepción filosófica del derecho positivo.-	1
2.- La pena como expresión del poder público.-	6
3.- Naturaleza jurídica de la sanción.-	12
4.- El principio de legalidad y la justicia penal.-	17

CAPITULO II.- DE LA PENA.

1.- Teorías finalistas de la pena.-	22
2.- Prevención general y prevención especial.-	25
3.- La prisión como factor necesario.-	34
4.- La pena, la sanción y la punición.-	36

CAPITULO III.-LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.

1.- El delito como presupuesto de la pena.-	42
2.-La individualización judicial legislativa.-	46
3.-La punición individual.-	50
4.-Culpabilidad de autor y culpabilidad de hecho.-	54

CAPITULO IV.-LA REFORMA DEL CONCEPTO A PARTIR DE 1993.

1.- Que hacer con la pena.-	63
2.- Desarrollo de los sustitutivos de la prisión.-	69
3.-Imprudencia de la prisión preventiva.-	77
4.-Propuesta de reforma legislativa integral sobre las penas sustitutivas de prisión.	84

CONCLUSIONES.-	89
----------------	----

BIBLIOGRAFIA.-	93
----------------	----

I N T R O D U C C I O N

Al momento de aplicar una sanción, el juzgador se convierte en el sujeto más desamparado en la faz de la tierra, sobre todo cuando sólo y ante las constancias que integran un proceso penal tiene que decidir sobre la libertad de una persona quien con su conducta transgrede la normatividad penal. Ahí el juez y su conciencia se unifican para un propósito: castigar al delincuente.

Entonces el juez con su conciencia hace un examen reflexivo sobre los hechos que planteados ante su autoridad lo obligan a emitir un juicio, ya condenando o ya absolviendo, pero en suma, decidiendo la suerte del sentenciado, pero no únicamente lo va afectar en su libertad, sino también su familia resentirá esa decisión judicial, lo que es más, dentro del grupo social donde se desenvuelva tendrá un estigma, esto significa que, a veces, la pena se vuelve trascendental.

De este modo, para individualizar la pena -a mi juicio- deben atenderse más a las características que dan motivo al acto penalmente relevante, que no a la personalidad misma del autor, habida cuenta que en nada se infiere la peligrosidad de una persona a partir del conocimiento de su edad, su estado civil, su grado de instrucción y su oficio, entre otras cosas, puesto que esos factores tan solo nos servirían para aquilatar la condición socio-económica del sujeto activo, pero en nada sirven para advertir su animosidad en el momento de la comisión del delito.

Esta es precisamente la razón de mi inquietud, estimo más aceptable que el juzgador se preocupe por conocer los móviles de la acción principal, por que, por supuesto, no es lo mismo matar por una motivación depravada, que matar al que yace carnalmente con la cónyuge, o al que mata por imprudencia, etc., también aquí es importante conocer la capacidad de readaptación del sujeto actuante, el riesgo que él mismo corre al ejecutar la acción, su capacidad de querer y entender la realización de esa conducta, el daño que ocasiona a la víctima, en fin una serie de consideraciones que se acercan más objetivamente al conocimiento de la personalidad del sentenciado, lo que a la postre redundaría en una mejor graduación de su antisocialidad o como dice la ley de su culpabilidad.

Por eso considere pertinente tener que dividir el presente trabajo de tesis en una serie de cuatro capítulos. a saber: el primero, al que denominé "El ius puniendi" tiene por objeto conocer la razón filosófica que inspira al Estado como entidad jurídica a castigar a los miembros de su sociedad que conculcan sus leyes, lo que a la postre no lleva a la necesaria concepción de la pena como un modo de expresión del poder público, pero a esto debemos conocer la naturaleza jurídica de la sanción, y finalmente comprender que todo castigo debe estar enmarcado en un principio de legalidad y de entera justicia penal.

"La pena" es el título del capítulo segundo donde vamos a descubrir que ha dejado de ser ya el instrumento intimidatorio del Estado para reprimir una conducta penalmente relevante, ahora ya la pena, es entendida como un medio de control social, que pone frente a sí la prevención general frente a la prevención especial a modo de conocer su efectividad, sin olvidarse que a veces la prisión es necesaria, sólo que es menester también para una mejor comprensión de los capítulos siguientes, la diferencia entre los conceptos de pena, punición y la sanción.

En el capítulo tercero, que importa el punto total de mi tesis decidí llamarlo: "La individualización de la pena", donde habremos de adentrarnos al estudio básico del modo en que el juez resuelve y decide el quantum de la pena bajo una serie de reglas prefijadas en el propio Código Penal, a partir de que sabemos ya previamente el legislador ha hecho la individualización de aquellos valores que la sociedad exige como necesarios para la armonía social, de tal manera que se culmine con el exacto análisis de lo que la doctrina tiene tan en boga como lo es la famosa conceptualización de la culpabilidad de acto sobre la culpabilidad de autor.

En el capítulo cuarto se contiene la parte propositiva de mi investigación, de ahí el nombre de "La reforma del concepto de pena a partir de 1993", sin duda se hará necesario recordar que en el año apuntado el Derecho Penal fue transformado sustancialmente, a partir de las interrogantes como: el qué hacer con la pena, cómo se han desarrollado los sustitutivos de la prisión

hasta llegar a confirmar la innecesidad de la pena de prisión preventiva cuando se contempla la existencia de un sustitutivo y concluir con una reforma integral sobre la pena de cárcel.

Quizás la conclusión más importante gira en torno a concebir que para individualizar la pena, más importante resulta el acto y no la personalidad del autor, que ya no debemos hablar de peligrosidad sino de culpabilidad; que ya no existe un castigo como pena, sino la rehabilitación como fin de la pena, que es más importante la prevención del delito que la punición aplicada al ejecutor.

Pero esa y otras premisas quedarán a su consideración y por supuesto, a la crítica constructiva. Aunque también es cierto, a final de cuentas satisfacen mi curiosidad y espero, también, la de mis sinodales, sé perfectamente que es apenas un intento propositivo pero seguros pueden estar deriva de mi experiencia profesional en la procuración de justicia..

CAPITULO PRIMERO

EL IUS PUNIENDI

SUMARIO 1.-La concepción filosófica del derecho positivo 2.- La pena como expresión del poder público 3.- Naturaleza jurídica de la sanción. 4.- El principio de legalidad y la justicia penal.

LA CONCEPCION FILOSOFICA DEL DERECHO PUNITIVO.

"Desde los tiempos más remotos hasta nuestros días, todas las sociedades han poseído un sistema de penas. De carácter privado o público, animadas por un sentido de venganza o establecidas para la protección de la ordenada vida comunitaria, o para la reforma y rehabilitación de los culpables, con períodos de inhumana dureza o con etapas de carácter humanitables, con finalidad feroz o moderada, ha existido siempre, en todos los pueblos y en todos los tiempos".(1)

Pero conformarse con la enunciación de un hecho sin siquiera asomarse a sus principios, y aceptarlo como una realidad inobjetable que debe cumplirse inexorablemente so pretexto de que se trata de vana disquisición, implica negar que la estructura más práctica tiene una lógica interna cuya raíz se explica filosóficamente. ¿Por qué se castiga?, ¿Quién ésta legitimado para hacerlo? y, más aún, ¿En qué se basa la facultad punitiva?

Se trata de saber, como enfáticamente lo apunta Carrara, si ese hecho, repetido durante tantos siglos y en virtud del cual se despoja de los más sagrados derechos a una criatura humana, contra su voluntad, es un abuso de la fuerza o el ejercicio irrecusable de un derecho.

Para contestar a estas interrogantes nos basta con adoptar una postura cómoda y simplista que afirme que se castiga porque en el mundo fáctico se presenta un acontecimiento que altera un orden jurídico, que es el Estado quien debe salvaguardar ese equilibrio, y que es una ley

sancionada por una autoridad la que lo legitima. es necesario, por contrapartida, buscar su fundamento verdadero. porque tal como lo decía Bertrand Russell, el solo hecho de llegar a definir un concepto implica ya asumir una corriente filosófica.

Cuando el hombre apareció en la faz de la tierra, sintió la necesidad de comunicarse y convivir con sus semejantes, pero por su misma naturaleza, pronto descubrió que las diferencias en la manera de ser y de pensar de sus congéneres, le ocasionaban constantes enfrentamientos que lo obligaron a crear un orden armónico que rigiera pacíficamente su diario devenir.

"Por imperativo de vida, el derecho a castigar, también llamado *ius puniendi* o *ius gladii* (Maggiore y Papini), sigue a las sociedades humanas a lo largo de su historia. Considerado como un derecho individual o como un poder del Estado, la verdad es que la sanción ha permanecido como un conjunto de sentimientos a los que Ferri llamó *justicia penal*".(2)

Joaquín Francisco Pacheco afirma que el derecho de castigar es uno de esos axiomas sentidos antes de ser justificados, y que se imponen, sea cual fuere el grado de civilización, de manera imperceptible.

"El fundamento de la potestad atribuida al poder social para restablecer la normalidad jurídica, mediante el castigo del delincuente, antes que las leyes escritas, estaba grabado en el corazón del hombre. era percibido por su conciencia y su razón lo presentaba al entendimiento como una norma fundamental de conducta en la convivencia de la vida colectiva".(3)

Adviértase que esta atribución es inseparable de la vida misma. pero no en todas las épocas se ha justificado de igual manera, e incluso ha habido quienes no la han considerado como un derecho. sino como un deber. El derecho a castigar implica un reconocimiento del binomio

delito-delincuente en que la infracción de la ley penal amerita una consecuencia directa. esto es, la pena misma o sea. frente a toda acción corresponde una reacción, en la caso, de orden social.

Existe una variadísima gama de teorías que intentan dilucidar la génesis del ius puniendi que, en mi opinión, quedan reducidas a dos grandes grupos enarbolados por maestros italianos. el primero, al fijar la atención en el aspecto objetivo de la pena, enseña que las posiciones adoptadas son absolutas y relativas. según esta tenga en si misma razón de ser o éste motivada por un hecho extrínseco: en cambio, el segundo, desde un punto de vista subjetivo, sostiene que el castigo no puede tener más que dos verdades, es decir, o bien procede del derecho del individuo, o bien de la sociedad.

Maggiore, expone de la primera doctrina y citando la fórmula de Séneca, afirmando que se castiga porque se ha pecado -punitur quia peccatum- (fin en si mismo), o se castiga para que peque -punitur ne peccetur- (hecho ajeno), pero admite que como la pena nunca puede considerarse como un fin sino como un medio. filosóficamente es más correcto dividir las escuelas en naturistas y espiritistas (o idealistas), según incidan en el orden material o natural, o influyan en el ámbito ético y metafísico trascendente.

Es obvio que esta teoría, fundada en un presupuesto individualista, tiene franca aplicación, pero sería grotesco, en el otro sentido, que el Estado estuviera en guerra contra los criminales, súbditos suyos y sobre los cuales ejerce plena soberanía. En puridad, éste castiga al delincuente, no porque tenga que defenderse de él, sino porque con su acción criminosa ha lesionado las leyes expedidas para proteger al pueblo y ha pasado por alto la autoridad que la sociedad le ha otorgado.

A mi parecer sin mayor argumento, Carrara critica acérrimamente el carácter ético-pedagógico de esta postura, al escribir que "desnaturaliza la pena al confundirle el derecho punitivo con la utilidad y al hacerlo derivar de un interés social". También desapruero que quienes

objetan estos conceptos digan que hay que castigar, aunque se demuestre que la pena no ha corregido ni a un solo transgresor de la ley, ni ha impedido un solo delito. Creo que a la función punitiva debe vincularse el propósito de rehabilitación.

Puede mencionarse también, como parte del espiritualismo: la llamada teoría de la retribución, cuyo postulado esencial establece que "al bien le sigue el bien, y al mal el mal", y en sus definiciones se descubren tres elementos u ordenamientos de leyes (sea divino, moral o jurídico), una acción que se adecua a él o lo transgrede, y una sanción que afirma de nuevo el orden violado, retribuyendo con el bien, el valor del cumplimiento, y con el mal, el desvalor de la transgresión. Por ser eminentemente jurídica, será objeto de estudio en la sección correspondiente.

La otra gran división teórica a que ya me referí la constituyen las posturas que tratan de explicar el origen del ius gladii atendiendo al sujeto del que procede; de este modo, las ideas individualistas de Locke se contraponen a las de Puffendorf, quien durante largos años se le debió la creencia de que este derecho nace de la asociación de sujetos que forman la población del Estado.

El filósofo inglés afirma que todo derecho debe satisfacer, como contenido necesario, la facultad de su propia defensa, porque de otro modo no tendría en sí mismo la facultad de garantizar su eficacia. Por otra parte, en virtud de que el hombre está investido de inteligencia y voluntad y, por lo tanto de dignidad y voluntad, su naturaleza le da poder para hacer valer sus derechos. De igual modo, el Estado como entidad jurídica describe los instrumentos a través de los cuales ha de establecer sus mecanismos de defensa frente a sus propios destinatarios.

Así entonces, conceptualiza la idea de su pensamiento en la premisa que a continuación se transcribe: "para conocer el origen del derecho a castigar, es necesario investigar previamente en qué condiciones han sido colocados los hombres por la naturaleza. Y después de establecer cuáles son estas condiciones y qué otras, las de la libertad y la igualdad perfectas, reguladas

por la ley de la razón. prohíben a los hombres dañarse, se observa que para los casos en que dicha ley fuese violada. la misma naturaleza provee a cada individuo del derecho de castigar al autor de la violación. en efecto, cada uno posee un poder sobre sus semejantes; poder no absoluto ni arbitrario, sino guiado por la razón".(4)

Como corolario. se proclama que ante el transgresor de la ley surgen dos derechos: el de exigir la reparación del mal sufrido y el de suprimir el delito e impedir que se comenten otros; este último compete al poder civil, y constituye el verdadero y propio *ius puniendi*.

Nótese que para esta posición, el origen del derecho está en el individuo mismo. y la sociedad lo ejerce sólo como representante suyo, y que éste, al igual que a los demás asociados, aunque no hayan sido afectados directamente, les interesa la tutela del ofendido, para que de ellas surja la defensa de todos y cada uno contra futuras agresiones similares.

Exactamente de forma opuesta, el jurista alemán Puffendorf indica que el *ius punitonis* tiene su origen en la sociedad como un hecho espontáneo, producido por la asociación misma. Este autor explica que, descartando las teorías que dan relevancia a la voluntad divina o aquellas que identifican el derecho de castigar como un poder meramente natural, el problema consiste en dilucidar de que modo el fundamento penal se constituye de acuerdo con un contrato social, porque le surgió la duda de si se trataba de transferir al poder social alguno de los derechos originarios del estado de naturaleza. o más bien de un derecho nuevo y diverso de aquellos, que emanaba después de la formación del agregado político. Enfáticamente concluye diciendo que "en el mundo moral un cuerpo colectivo puede poseer, en virtud de la unión de todos los miembros que lo componen, alguna facultad de que se encuentren desprovistos los miembros singulares.

"Tal como lo discurre Carrara la autoridad social ejerce el *ius puniendi*, porque lo hace con mayor fuerza, seguridad y eficacia de la que podría emplear el individuo aislado; pero

la suma de los derechos de cada asociado, que hace más poderoso su ejercicio, no cambia la naturaleza del derecho originario porque sigue siendo siempre el mismo *ius gladii* que preexistía en el sujeto".(5)

Como bien pudimos observar en este apartado, cualquiera que sea nuestra idea del *ius puniendi*, esta siempre obedece a una doctrina filosófica.

LA PENA COMO EXPRESION DEL PODER PUBLICO.

Se atribuye a la palabra pena un origen controvertido, como advierten los autores. Correa de Araujo quien al respecto comenta: "algunos entienden que el vocablo pena se deriva del latín *poena*, y otros del griego *ponos*, que significa castigo, dolor, suplicio, etc. Según algunos más, proviene de la palabra *punya*, del sánscrito, que significaba purificación. Hay también que suponer que procede del verbo *ponere* (poner) y del sustantivo *pondus* (peso) simbolizando así la forma del proceso en el juicio criminal".(6)

El examen precedente de la historia de la pena a mostrado la manera de castigar de acuerdo con los distintos conceptos que de la pena se formaban los pueblos. Concluyo que, hasta fines del siglo pasado, la pena tenía como propósito la retribución y la prevención. Por consiguiente, en relación con la persona del reo se trataba de un castigo infringido por el mal que se había hecho. Solamente a partir de las enseñanzas de la escuela positiva, exceptuándose algunos pronunciamientos aislados del pasado, se pasó a admitir la función recuperatoria de la pena como ocasión para el tratamiento de quienes se revelaron inadaptados a la vida social.

No podría engañarme sobre el carácter lógico de la pena, que importa, sin embargo, poco, ni acerca de su aptitud finalista, su teología, que es lo verdaderamente interesa. En aquel sentido se explica su condición retributiva, en sí misma neutral, por más que aloje, de hecho, todo el esfuerzo de la vindicta.

Es se quiera o no, una correspondencia ciega, sin tono, frente a la alteración formal que implica el delito. Sanción jurídica, afin de cuentas, es ese acto coactivo condicionado, que Kelsen decía, o esa consecuencia de derecho que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado, que García Maynez apunta. Importa que en la normatividad, concretamente la penal, su violación tiene aparejada una sanción.. Surge aquí una tesis "incolora" de la pena, mecanica, que obra externamente por la fuerza de la lógica, y que en efecto conduce a sancionar al ultimo delincente, aun cuando al minuto siguiente a la ejecución el mundo desaparezca.

El delito acarrea la pena; la justicia exige el castigo. De aquí que Kant escribiera: "es necesario, ante todo, que este castigo, como tal, es decir, como un mal, sea justo por sí mismo, es decir, es necesario que aquél a quien se castiga pueda confesar, aun cuando no espere ninguna gracia, que lo ha merecido, y que su suerte está perfectamente conforme con su conducta.

"La justicia es, pues, la primera condición de todo castigo como tal, y la esencia misma de este concepto. La bondad puede indudablemente unirse a él, pero aquel que por su conducta merece ser castigado, no tiene el menor derecho a contar con ella: el castigo es una consecuencia de los principios de legislación moral: "es el crimen en sí digno de ser castigado, es decir... trae consigo la pérdida de la felicidad".(7)

En ese mismo orden de ideas, la retribución taliónica -la efectividad o la simbólica- es perfecta, aquí se propondría: si el delito afecta la integridad biológica, social, con la prisión o el destierro, la moral, al través de la infamia o del "estigma"; la patrimonial, por el conducto de la multa, la confiscación o el decomiso.

La idea retributiva: de que a todo mal corresponde otro de igual naturaleza, concertada con preocupaciones pragmáticas, se reitera por numerosos autores. Se dice, así: "la retribución... siempre conserva su íntimo sentido retributivo, su esencia de castigo"; y además: "la

retribución como paradigma de justicia es una idea universal arraigada firmemente en la conciencia colectiva que secularmente reclama el justo castigo del culpable, concepción altamente propicia a los intereses sociales, que conserva y vigoriza en las masas populares el sentido de justicia y da a la represión penal un tono moral que la eleva y ennoblece".(8)

Abolidos los castigos corporales y limitada la pena a la persona delincuente, se adoptaron paulatinamente algunas innovaciones. Como penas principales quedaron solamente el encarcelamiento y la multa. Lado a lado con estas, a modo de sanciones de marcado carácter individualizador surgiendo las penas accesorias no restrictivas de la libertad. Y de un modo suplementario, las medidas de seguridad detentativas y no detentativas. Se introdujeron sustitutivos penales tendientes a impedir el encarcelamiento del condenado a penas de corta duración

El sursis, la probation, la libertad condicional, la fianza, el perdón judicial, aparecen en casi todos los Códigos penales de los pueblos civilizados. Más recientemente se introdujeron otras medidas para evitar la innecesaria manutención del sentenciado en la cárcel, medidas entre las cuales se cuentan los presidios abiertos, la prisión-albergue y la prisión domiciliaria.

Ahora bien, es admitido universalmente el derecho del Estado a castigar cuando se transgreden las normas establecidas que permiten la convivencia social. Ha sido siempre utilizado el derecho penal como el aparato represivo para conservar el orden.

El ius puniendi representa una potestad cuya titularidad es compartida por los tres poderes del Estado. Así, al Poder Legislativo le corresponde amenazar con penas a los autores de conductas infractoras de las normas. El Poder Judicial se ocupa de aplicar las penas en los casos concretos, luego del correspondiente proceso penal. Al Poder Ejecutivo (entiéndase la autoridad administrativa) le corresponde la ejecución de la sentencia condenatoria y el cumplimiento de las penas, aunque las ideas innovadoras actuales tienden ya a la judicialización de las penas.

El Derecho Penal no es la única fuerza represora o punitiva dentro de nuestra sociedad, pero sí la más visible y la más tétrica. Hay un concepto más amplio que abarca el control de los individuos de un conglomerado: el control social, y éste es básico para la existencia del derecho penal, es decir, el disciplinamiento de los individuos que conforman grupos sociales en función del respeto debido a las reglas del juego de determinados intereses.

El problema está en el cómo fundamentar las sanciones penales, aplicarlas y limitarlas, para que las garantías del individuo sigan respetándose.

El derecho penal reprime o sanciona el delito donde éste se manifiesta pero no donde se produce; no ataca las causas porque esto no está dentro de sus funciones, sino que está dentro de las de control social, o sea, el sistema social donde el derecho penal se incluya.

Un Estado de Derecho es el que cuenta con un orden jurídico y norma en él su estructura y funcionalidad, sobre todo el que respeta los derechos humanos. Dentro de ese Estado Democrático de derecho, no es compatible un sistema penal totalitario o autoritario que se manifiesta, en sus diferentes niveles y aspectos, como extralimitación del ius puniendi, y consecuentemente como el observante de los derechos humanos.

Siempre que se maneje la vigencia del Estado de Derecho y Democrático estará presente la idea de que el Poder Penal no es absoluto, sino limitado, y que su ejercicio sólo se legitima si se orienta en beneficio del hombre y no en su perjuicio. Lo anterior no lleva a la condicionante de que el poder punitivo del Estado necesariamente debe tener un límite a su accionar, porque de lo contrario nos llevaría a un régimen arbitrario.

En un Estado de este tipo, democrático y de derecho como el nuestro, rige la idea de que en las decisiones políticas debe prevalecer la voluntad mayoritaria de la población, con lo

cual los legisladores quienes en definitiva tienen la función de decidir cuando, en que casos y como puede imponerse una pena, sólo pueden legitimar su proceder en la medida en que para ello tome en cuenta las manifestaciones de los diversos sectores de la población. En otras palabras, los diputados y senadores deben ser objetivos y razonables.

Se expreso ya que el Estado será legitimado para adoptar las medidas necesarias con el fin de prevenir y reprimir las conductas delictuosas; hay que recordar que el Derecho Penal deberá intervenir como último recurso.

No le corresponde presidir toda conducta de los ciudadanos, ya que para ello el Estado cuenta con otros recursos y medidas no punitivas.

Aunado a lo anterior esta el principio del bien jurídico, pues la tutela penal debe utilizarse solamente para bienes jurídicos esenciales que permitan un desarrollo armónico en sociedad. Otros bienes de menor importancia deberán estar protegidos por legislaciones secundarias y con sanciones de tipo administrativo. No se trata de educar a través de conocimiento de las sanciones penales existentes, ni de gobernar con el Código penal en la mano.

"La imposición de una pena sólo esta justificada allí donde el comportamiento prohibido perjudique de manera insoportable la coexistencia, libre y pacifica de los ciudadanos, y no sean adecuadas para impedirlo otras medidas jurídicas y político sociales menos radicales".(9)

El Derecho Penal debe partir de una culpabilidad de acto y no de autor, ya que el juicio de reproche se hace por los hechos propios contrarios a la norma específica del Derecho Penal (acto típico), y contrario al ordenamiento jurídico en su totalidad (aspecto antijurídico). Porque para

imponer la sancion importa más la naturaleza del acto ejecutado que la personalidad del autor, se olvidan entonces el concepto de peligrosidad por el de culpabilidad.

En cuanto al principio de culpabilidad como fundamento para imponer una pena, hay que entenderlo a partir del fundamento del juicio de reproche hecho al autor del ilícito: haber podido obrar de manera diferente, reconociendo que tenía la libertad de escoger entre actuar conforme o contrario a lo dispuesto por las normas.

En este momento, este principio aparece como la garantía del fundamento de la aplicación de la pena, en cuya virtud solo puede ser aplicada por hecho anterior, imputable a dolo o a culpa, a persona que conociendo lo que debía hacer y la significación jurídica de lo que hacía lo hizo a pesar de todo, pudiendo haber hecho otra cosa.

El Estado interviene a través de su cuerpo legislativo con el fin de proteger bienes jurídicos, individuales o colectivos, fundamentales para una vida ordenada en comunidad, de hecho es el cuerpo legislativo quien se encarga de crear tipos penales a los que asocia una sanción contra quién los ataque o los ponga en peligro; con lo cual se intenta proteger a la sociedad. El organo legislativo debe ajustarse a lo que nuestra Constitución indica para el proceso de formación de leyes penales, quedando clara en todo caso la fijación de la pena para cada tipo penal.

Estructurar un sistema de sanciones es un verdadero problema al que deba enfrentarse el legislador que renueva o crea un Código penal. No podrá olvidar los principios de prevención general y especial en el momento de incorporar la sanción a la conducta típica en particular, intentando lograr con ella fines reconocidos.

Ciertamente, el Estado debe velar por su autoconservacion mediante instrumentos jurídicos y legales que ademas preservan los derechos individuales de sus componentes,

sin embargo, también debe contar con el poder coactivo suficiente y racional para conservar la armonía social y, el castigo debe ver en ese sentido no solamente por el sufrimiento sino de pugnar por la rehabilitación del sancionado.

NATURALEZA JURIDICA DE LA SANCION.

La Constitución nuestra ley suprema, es fuente del Derecho Penal porque los principios en ella contenidos constituyen directrices generales, a las que el legislador tiene que ceñirse; muchas de sus normas poseen un valor normativo concreto y están destinadas a la generalidad de los habitantes del país.

Una disposición penal que se declarara contraria a la Constitución perdería su fuerza obligatoria erga omnes, y porque en ella existen principios jurídicos fundamentales para el derecho penal, como el propósito general de la seguridad jurídica, al que le sigue el de readaptación social del infractor.

Estos principios están presentes en la triple proyección del régimen punitivo: el sistema sustantivo, el sistema adjetivo y el sistema ejecutivo. En los tres casos destaca la preocupación por la legalidad, como demostraré más adelante.

El principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, con toda la deseable claridad dicta: nadie puede ser castigado por una acción u omisión que en el momento de su comisión no fuere punible según el derecho punitivo tanto en el plano nacional o internacional. Tampoco puede imponerse una pena más grave que la que tuviera asignada la acción punible en el momento de su comisión.

Encuentro el fundamento constitucional de las sanciones en su doble perspectiva: la legalidad incriminadora y sancionadora, que abarca también el principio de nulla poena sine iudicio. Es un principio de tipicidad respecto a la conducta declarada punible, y también en un principio de atribución legal, por lo que hace a la pena o medida de seguridad de hecho ilícito. La sanción debe cumplir un cometido: la resocialización del sujeto, pero también e importante la prevención de futuras conductas delictivas.

El principio que prohíbe que una conducta sea sancionada o su penalidad agravada con una ley posterior a su comisión, a la que se conceda efectos retroactivos. De aquí se sigue el carácter estrictamente legal del delito, la continuidad del Derecho Penal y la prohibición de la integración judicial, en particular la referida a la analogía.

En la mayoría de las ramas del derecho, la analogía es un excelente medio de búsqueda del derecho: sin embargo, en derecho penal se prohíbe en tanto repercute en perjuicio del reo. Así, el artículo 14 constitucional dispone en su párrafo tercero lo siguiente: "en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata".

Otro de los principios que corresponde recordar en este momento, contenido también en nuestra ley suprema es el de humanización e individualización de la pena. El derecho moderno terminó con los castigos crueles y la herencia de la culpa, ahora se proclama la sanción redentora o readaptadora; en otras palabras la humanización de la pena y que algunos doctrinistas románticamente llaman la edulcoración de la pena.

El derecho mexicano toma principalmente del Derecho Constitucional anglosajón la prohibición de las penas crueles, refiriéndose no sólo a las inhumanas y degradantes, sino también a la mutilación, la infamia, las marcas, los azotes y el tormento, las inusitadas y trascendentales.

la multa excesiva y la confiscación de bienes (artículo 22 Constitucional reformado el 28 de diciembre de 1982).

En la misma línea se sitúa la disposición del Código penal referente a la premisa de que "la responsabilidad no pasa de la persona y bienes de los delincuentes excepto en los casos especificados por la ley."

Corresponde aquí hacer alusión a que el Estado moderno detenta como facultad exclusiva el poder de sancionar y readaptar al delincuente, surgiendo así el proceso público como único método para discernir la responsabilidad penal y las consecuencias jurídicas que nacen de ella.

Los artículos 16, 18 y 20 Constitucional surgen de un principio fundamental en materia penal, el de *nullum delictum, nulla poena, sine lege*, por lo que se entiende que solo los hechos tipificados en la ley como delito son susceptibles de sancionarse penalmente.

Conviene recordar que no todos los delitos consignados en nuestro derecho positivo conllevan la pena privativa de libertad, y sólo tratándose de ilícitos que lleven asociada dicha sanción, el sujeto será privado de su libertad deambulatoria.

Siguiendo con el principio de legalidad, en ese apartado me corresponde decir que el mencionado principio *nulla poena sine lege*, no abarca la ejecución de las penas, tal como más adelante podrá verse sino únicamente, a que la conducta punible será la descrita en el ordenamiento penal.

El artículo 18 constitucional indica que "sólo por delitos que merezcan pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que destinare para la

extinción de las penas y estarán completamente separados". Nada más este primer párrafo se ha mantenido hasta nuestros días sin modificación.

Con el tiempo las entidades federativas comenzaron a adoptar normas sobre ejecución penal hasta desarrollar un sistema penitenciario que incluye en la actualidad leyes de ejecución, reglamentos institucionales y actos administrativos.

Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, y la educación como medios para la readaptación social de los delincuentes. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares de los destinados a los hombres para tal efecto.

Los gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán establecer con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal. La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

En nuestro país, a partir de los últimos años la pena (y las medidas de seguridad con la reforma al Código Penal publicada en el Diario Oficial el 13 de enero de 1984), tiene como función lograr la readaptación del sentenciado o en palabras de Sergio García Ramírez: "ahora se carga el acento en el designio readaptador de la sanción, que deviene en medicina del espíritu y factor de conciliación (axiología o solo conductual) entre la sociedad y el infractor" o sea, que la pena debe tener una finalidad eminentemente readaptatoria y dejar de ser, en el lugar de su ejecución un sitio de podredumbre humana, en que sus habitantes pierdan toda dignidad".(10)

Esto es acorde con el Derecho Penal contemporáneo, que se define por el respeto cada vez mayor a la libertad individual, la restricción del principio de autoridad y el reconocimiento de la dignidad humana.

Así el ordenamiento jurídico punitivo se ha transformado, y con este, el concepto de sanción, así se ha evolucionado de la pena castigo, a la pena fin y al mismo tiempo pena protección.

Congruente con esto el artículo 19 constitucional en la parte final, disponen que todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.

Como he expuesto, las prohibiciones, obligaciones y requisitos están destinados a normar la conducta tanto de las autoridades judiciales encargadas de ordenar dicha detención y de quienes la llevan a cabo así como de aquellas que tienen a su cargo la ejecución de esta medida cautelar y de la pena resultado de la sentencia.

Las leyes penales conciben la pena como castigo proporcionado a la gravedad del hecho de la culpabilidad del autor. La orientación de readaptación social que la Constitución quiere darle a la pena, debiera entenderse como una de las finalidades hacia la que debe dirigirse la ejecución de la pena privativa de libertad.

En resumen no podemos engañarnos del carácter lógico de la pena, que importa, sin embargo, poco, ni acerca de su aptitud finalista, su teleología, que es lo que verdaderamente interesa, surge así entonces, una tesis incolora del concepto de pena, que obra extremadamente por la

fuerza de la lógica, y que en efecto conduce a sancionar al delincuente. La justicia es pues, la primera condición de todo castigo como tal y la esencia misma de este concepto.

Aunque más importante que la sanción misma lo es precisamente la prevención del delito, pero aun no contamos con una adecuada política criminal que nos lleve al establecimiento de programas de esta naturaleza, sobre todo porque sería llevar a cabo un proceso de educación a todos los niveles de la sociedad. La pena debe tender a la resocialización del sujeto, a su regreso al grupo social cuyas leyes transgredió, que aunque importe un contrasentido el enseñar a vivir en libertad estando en cautiverio.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA JUSTICIA PENAL.

Aparecen en el proceso una cadena de vinculaciones en múltiples formas de relación que dan orden por imperatividad normativa y equilibran y limitan mutuamente derechos y obligaciones. La totalidad de las actuaciones en el proceso deben caracterizarse por su claridad, distinguirse por su precisión, destacarse por su autenticidad en el dato y sobresalir por la exactitud, tanto en el fondo como en lo circunstancial.

Debe en el proceso haber brevedad en su expresión y todo cuanto contribuya con el conveniente sistema para enjuiciar, desechando fórmulas rutinarias y el engorro burocrático, para abrir paso a la celeridad de la ley procesal y así aligerar la violenta situación moral en que se encuentra el procesado cuando ingresa en el palenque del proceso, pero siempre bajo la protección jurídica, la diligencia y celo de la ley como algo esencial del proceso y como absoluto ideal, mientras termina el conflicto y se resuelve el tema del mismo.

Así pues, el ius puniendi sin el proceso estaría desprovisto de efectividad; porque el derecho penal para realizarse, necesita, de manera inevitable, ser declarado a través de una

exigencia de extrema rigidez y de imparcialidad en el juicio, que pone fin al momento histórico de inmenso dramatismo del proceso y a la tremenda emoción de la tragedia de su protagonista, o sea, la sentencia cuya legalidad es ontológicamente insoslayable y cuya fuerza analítica debe tener una tónica mavestática y la gallardía de una convicción moral y la pulcritud de la certeza jurídica.

Entre el derecho penal y el procesal penal se destaca una relación íntima. El primero proporciona el principio necesario que es la figura delictiva, el segundo atiende a la necesidad de actualizarlo, darle vida y eficacia por medio de las categorías procedimentales, en constante sucesión de su itinerario.

Del mismo modo que es conveniente determinar los atributos y peculiaridades de personas o cosas para poder distinguirse de los demás, también es útil señalar características del proceso, como las de toda entidad, y que a continuación describiré, al menos en lo que se refiere al llamado: principio de legalidad.

"El primer reten del poder -y acaso, el único entre los de índole objetiva, porque los demás lo serían de cultura, de emoción, casi de talante y por ello subjetivos e irremediabilmente personales- se halla la garantía o principio de legalidad, arco de los derechos humanos en toda esta región, que busca la iuridicidad continua, sin vados ni soluciones, pero que acepta el arbitrio en la exploración de la personalidad".(11)

Aquí el derecho penal y el enjuiciamiento criminal se reservaron los primeros pasos, muy prestigiados pero casi fantasmales, inútiles sin la legalidad ejecutiva. A la cárcel entonces, se encomendó el momento de la venganza desenfrenada, tras la barricada de cautelas, respetos, audiencias, y compromisos del Código Penal y de sus consecuencias jurídicas inmediatas; así la jurisdicción jugaba como pausa para reparar las fuerzas del Estado y meditar, entre tanto, sobre nuevas artesanías del sufrimiento.

Un Estado de Derecho con un orden jurídico inconcluso, lo es de derechos a medias o de medio derecho, y esta división por mitades llega el momento en que solo existe, como mitad verdadera, el derecho del Estado al castigo, pero no el derecho del cautivo.

La norma de la tipicidad penal -*nullo crimen nulla poena sine lege*- pudo y debió tener un amplísimo alcance, que ya estaba explícito en sus términos: embargo, reposo en el establecimiento de la pena, que es donde generalmente concluyen las preocupaciones del jurista y se detiene el ejercicio de la toga. Hoy, para que haya derecho del penado habrá de construirse la escala jurídica bajo un principio de legalidad ejecutiva con carta propia de ciudadanía entre las instituciones judiciales.

"La legalidad es ontológicamente necesaria. Se ajusta a las exigencias de la lógica y se nutre de las sugerencias de la equidad. Debe decirse que la ley jamás aprisiona la libertad de apreciación del juez, porque haría difícil la exégesis para su aplicación. El juez no está sobre la ley pero tampoco debajo de la misma, conserva su categoría autónoma y está en paralela situación a ella, porque también atiende a la conservación del orden público."(12)

La ley es una descripción de como se realizará el proceso en el futuro, luego, el principio de la legalidad consiste en que todo procesado debe ser declarado inocente o culpable de acuerdo con las formas legítimas del procedimiento que se rige por la norma.

Lo importante de este principio lo destaca el hecho de haber sido elevado a la categoría de índole constitucional. Y así tenemos la garantía de legalidad y la de seguridad jurídica en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y las de seguridad jurídica y exacta aplicación en el 14, debiendo decir lo mismo del 19 y 20.

El principio de legalidad en el proceso consiste, en consecuencia, en que por ningún motivo, una vez iniciado, debe desviarse, porque sería un atentado a la estructura técnica del mismo.

Los derechos del penado no son sólo los mismo del hombre libre, vistos entre rejas, amurallados, puestos con desgano en un catalogo de derrotas o reducidos a un estado de salvaguardas mínimas, porque la vida en cautiverio desnaturaliza. Estos derechos del penado, por decirlo de algún modo tienden a conservar la identidad del reo pero deben prosperar lo mismo que la prisión.

La nueva legalidad penitenciaria ha erigido su justicia distinta y propia que asegure la pureza de la gestión ejecutiva del Estado, y en este sentido evite o contenga el golpe de la administración; que garantice la racional disciplina del prisionero y de esta suerte precava frente al contragolpe del reo y que, en suma, se asocie al proceso de readaptación y lo afiance, lo que es tanto como decir: que fomente la congruencia entre la cárcel y sus propósitos.

La más interesante expresión de esta búsqueda de nuevos planos de la justicia, para dar al preso lo suyo, radica en los jueces de vigilancia o de la aplicación de las penas, que explícitamente toman en sus manos una doble atención: proteger los derecho humanos y preservar la técnica del tratamiento.

La judicialización de las penas con todo lo que consiente e inconscientemente implica, constituye la reacción más esforzada del Derecho frente al dominio que a solas ejerce la criminología en la prisión.

Finalmente creo que los conceptos del principio de legalidad y de la justicia penal envuelven la más dura idea de lo que es el marco ideal de la fase ejecutiva del Derecho Penal.

CITAS BIBLIOGRAFICAS PRIMER CAPITULO

- 1).- Cuello Calón Eugenio., La Moderna Penología., Editorial Bosch, Barcelona., 1958, Pág. 15.
- 2).- Huacuja Betancourt Sergio., La Desaparición de la Prisión Preventiva., Editorial Trillas, México, 1989, Pág. 16.
- 3).- Sánchez Cortes Alberto., Un Ensayo Sobre el Derecho a Castigar., Tesis Profesional., Universidad Veracruzana, Jalapa, 1940, Pág. 28.
- 4).- Fausto Costa., El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía., Utha, México, 1953, Pág. 89.
- 5).- Carrara Francesco., Programa de Derecho Criminal., Parte General., Editorial Temis, Bogotá, Vol. II, 1973, Pág. 50.
- 6).- Huacuja Betancourt., Ob. Cit. Pág. 22.
- 7).- Crítica de la Razón Práctica Trad. A. García Morente, Edición Nacional, México, 1955, Pág. 178-179.
- 8).-Cuello Calón., Ob.Cit. Pág 59
- 9).- Sánchez Galindo., Ob. Cit. Pág. 11.
- 10).- Sánchez Galindo. Ob. Cit. pág 68.
- 11).-Huacuja Betancour., Ob. Cit. Pág 63
- 12).- Huacuja , Ob. Cit. Pág 78

CAPITULO SEGUNDO

DE LA PENA

SUMARIO: 1 - Teorías finalistas de la pena 2.- Prevención general y prevención especial 3.- La prisión como factor necesario
4. La pena, la sanción y la punición.

TEORIAS FINALISTAS DE LA PENA.

Durante mucho tiempo se ha considerado que la pena, en su sentido meramente retributivo, mantiene una vinculación estrecha con la concepción tradicional de culpabilidad. Actualmente, una pena, en tanto que mal que sirve para retribuir la culpabilidad de la gente de hecho delictivo, no puede considerarse como validado en el margen de un derecho penal moderno, más cercano a los conceptos dogmáticos, que sino pueden comprobarse empíricamente, si por lo menos se muestren independientes de estimaciones metafísicas.

No hace falta un análisis profundo para comprobar que una pena -cual mal que ella represente- por la que se retribuye la culpabilidad de quien ha delinquido, esta más próxima al concepto moral de castigo, que al estrictamente jurídico.

Ya se sabe que imponer una pena, como consecuencia jurídico penal por el hecho típico y antijurídico constituye una acción absolutamente terrena.

Si la pena ya no es ese mal del que hablan los defensores de las teorías retribucionistas sino, por el contrario una grave e imprescindible necesidad social, los postulados que fundamentan este concepto se sumergen en una profunda crisis que tienen sus antecedentes en la época de la ilustración. "Esta crisis de la pena retributiva como bien ha señalado alguien, no es sino la crisis de la misma idea de reflexión en cuyo nombre tantos males se ha causado al ser humano".(13)

Aunque se reconozcan fines preventivos sean generales o especiales para la doctrina tradicional la pena es concebida como un mal que se debe imponer al autor de un delito para que expie su culpabilidad. Esto no es otra cosa que la concepción retributiva de la pena.

Como es de suponer, con el cambio de las justificaciones y funciones de la pena la culpabilidad como categoría dogmática jurídica se vio igualmente conmovida en su esencial composición y expiración. Es evidente la necesidad de analizar las diferentes explicaciones teóricas que la doctrina ha dado a la pena.

Un estudio pormenorizado de cada una de las distintas teorías de la pena o su función, excede los límites que nos hemos propuesto en este trabajo, estos objetivos son, ciertamente presentar las características más importantes de algunas formulaciones teóricas hechas sobre la pena como reacción estatal.

Con este cambio el concepto de culpabilidad se ve considerablemente modificado en su finalidad y consideración doctrinaria la actual crisis de la concepción tradicional de culpabilidad, se relaciona con la aparición de nuevas orientaciones en el sentir y función de la pena estatal.

Por razón de su obviedad no insistiré en la utilización que hace el Estado del Derecho Penal, es decir de la pena, para facilitar y regular la convivencia de los hombres en sociedad.

Pena y Estado son conceptos relacionados entre sí. El desarrollo del Estado lleva consigo el de la pena. La culpabilidad consecuentemente, como fundamento de la sanción jurídica, ha tenido que adaptarse necesariamente a tales cambios. Bustos Ramirez y Hormazábal han señalado que la pena debe analizarse, para una mejor y más amplia comprensión, teniendo en cuenta el

marco socioeconómico y la imperante forma de estado en que tiene desarrollo tal sistema sancionador".(14)

Tenemos pues, que si el Estado a lo largo de la historia ha presentado una gran variedad de formas constitutivas, y la pena evoluciona a la par de las formas estatales, igualmente la culpabilidad asume formas distintas en una época histórica que en otra.

Estado. Pena -su retribución sentir y finalidad- v culpabilidad, conforma conceptos cambiantes. Entre los tres existen ligazones bastantes fuertes. En efecto, es evidente la relación entre una teoría determinante de Estado con una teoría de la pena, y entre la función y finalidad de la pena con el concepto dogmático de culpabilidad que se haga valer. Al igual que evoluciona la forma del Estado, el Derecho penal, tanto en el plano general, como en cada uno de sus conceptos fundamentales. De aquí se aprecian las palabras de Von Litz cuando dijo que por el perfeccionamiento de la teoría de la culpabilidad se mide el progreso del Derecho Penal, acertada afirmación que pone el acento en uno de los puntos centrales de la ciencia jurídico penal: la culpabilidad, concepto de cuyo estudio surge la decisión de imponer o no el castigo estatal.

Un concepto dogmático como el de culpabilidad requiere, a juzgar por la delicada e importante función de una justificación lo más clara posible del porque y para que de la pena. Siendo así, es importante destacar, que la moderna dogmática de la culpabilidad busca criterios para precisar el concepto de poder general en un campo próximo: el de los fines de la pena.

Evidentemente, los fines de la pena como teorías que indican la misión que tienen la pena pública, son un medio adecuado para concretar el juicio de culpabilidad. Una concreción de este juicio desde el punto de vista de los fines de la pena promete una armonización del sistema jurídico-penal, que son objeto hoy de los más graves ataques por parte de los críticos del Derecho Penal.

Con el examen de las distintas teorías que explican el sentido, función y finalidad de las penas se reconstruye la evolución del concepto dogmático de culpabilidad. La vinculación entre pena y culpabilidad nos exige detenernos para examinar los contenidos de cada una de las teorías por lo menos, de las teorías absolutas, teorías relativas y teorías de la unión. Analizaré también otras modernas teorías de la pena: las de prevención general positiva, limitadora y fundamentadora, o la teoría diferenciadora.

2.- LA PREVENCION GENERAL Y LA PREVENCION ESPECIAL.

Entre los defensores de una teoría preventiva general de la pena se encuentran entre otros, Bentham, Filangieri, Schopenhauer y Feuerbach. Siendo éste último autor el formulador de la conocida teoría de la coacción psicológica, una de las primeras representaciones jurídico-científicas de la prevención general. Esta teoría es básica en cuanto a las explicaciones de la función del Derecho Penal. A continuación explicare en que consiste.

"La teoría sostenida por Feuerbach, mantiene que es a través del Derecho Penal que puede darse una solución al problema de la criminalidad. Esto se logra, por un lado, mediante la conminación penal, es decir, con la amenaza de injustas contra las que reaccionará; y, por otro lado, con la ejecución de la pena impuesta, dejando con ello patente su disposición a cumplir con la conminación mencionada".(15)

"El planteamiento del iniciador de la moderna ciencia del Derecho Penal significó, en su momento, una inteligente fundamentación del derecho punitivo. En efecto, según concibe la pena Feuerbach ésta es una amenaza de la ley contra los ciudadanos para que se abstengan de cometer delitos es, pues, una (coacción psicológica) con la que pretende contrarrestar el fenómeno delictivo. Ya no se contempla solamente la parte, muchas veces cruel, de la ejecución de la pena (que en el presente

caso sólo sirve para la confirmación de la amenaza), sino que se antepone a su ejecución la conminación penal".(16)

De acuerdo con lo anterior, se presumía que él hombre "racional y calculador" se encuentra bajo una coacción, que no actúa físicamente, como una condena a la que debería quedar atado para evitar con toda seguridad el delito, sino psíquicamente, haciéndole pensar que no merece la pena cometer el delito que se castiga.

Un análisis de las relaciones entre Derecho Penal y las diferentes configuraciones político-sociales del Estado, queda evidentemente fuera de los márgenes que se tienen propuestos. A pesar de esto, la vinculación entre pena y Estado reclama de, por lo menos, dedicarle alguna reflexión por breve que sea.

El presupuesto antropológico supone un individuo que en todo momento puede comparar, calculadoramente, ventajas y desventajas de la realización del delito y de la imposición de la pena. Esta se apoya, pues, en la razón del sujeto en la lucha contra los impulsos o motivos que se presionan en favor del delito y ejerce una coerción psicológica frente a los motivos contrarios a lo dictado por el derecho. De estos presupuestos, como se ve se desprenden algunas críticas a la concepción preventiva general de la pena.

Antes de pasar a mencionar las objeciones hechas contra la fórmula de la prevención general, debo agregar que son dos ideas básicas en que se finca esta teoría: la idea de la intimidación o de la utilización del miedo. Y la ponderación de la racionalidad del hombre.

Tales han sido las ideas fundamentales de que se ha valido esta teoría para no caer ni en el terror ni el totalitarismo absoluto. Tuvo, en efecto, que reconocer necesariamente "por

una parte, la racional absolutamente libre del hombre, lo cual es una ficción al igual que el libre albedrío y, por otra parte, un Estado absolutamente racional en sus objetivos, lo que también es una ficción.

Para la teoría de la prevención general, la amenaza de la pena produce en los individuos una especie de motivación para no cometer delitos. Frente a esta postura, encaja muy bien la crítica que se ha hecho en contra del supuesto poder actuar racional del hombre, posibilidad que se sabe imposible de demostrar. De otro lado, la teoría en cuestión no toma en cuenta un aspecto importante de la psicología del delincuente: su confianza en no ser descubierto.

De lo expresado se infiere que el buscado temor que debe infundirse al delincuente la amenaza por la imposición de una pena, no ha sido suficiente para impedir realizar el acto delictivo.

Hablar aquí de los delincuentes llamados habituales, de los profesionales, etc., sería desviarme de mi meta, pero son de mencionarse por tanto que con las conductas delictivas por ellos realizadas ponen en entredicho la mencionada motivación de las normas penales para su no violación. Esta es otra de las objeciones a la prevención general.

"La teoría que examino no ha demostrado los efectos preventivos generales proclamados. Es posible aceptar que el hombre medio en situaciones normales sea influido por la amenaza de pena. Sin embargo, la experiencia lo confirma, no sucede así en todos los casos, ahí están por ejemplo, los delincuentes profesionales, los habituales, o los impulsivo-ocasionales. En resumidas cuentas, como se ha dicho por ahí, "cada delito es ya, por el hecho de existir, una prueba en contra de la eficacia de la prevención general".(17)

La teoría de la prevención especial busca evitar la comisión de delitos pero, a diferencia de la teoría de la prevención general, el objetivo perseguido no se dirige hacia el grueso de la comunidad de individuos, sino únicamente al delincuente en particular, para que no vuelva a cometer delitos.

Son varias las corrientes que defienden una postura preventivo-especial de la pena. Por ejemplo, en Francia es de señalarse la teoría de la Defensa Social de Marc Angel; en Alemania, esta teoría es conocida desde los tiempos de Von Liszt, y en España fue la escuela correccionalista, de inspiración Krausista, la postulante de la prevención.

Independientemente del interés que pueda representar cada una de estas corrientes, la opinión dada en su momento por Von Liszt ha propiciado el comentario de algunos penalistas en el sentido de un "retorno a Von Liszt". Pero, para entender este comentario, es necesario hacer mención somera de los planeamientos del penalista vienés.

"Del contenido de su "Programa de Marburgo" se extraen los argumentos que a la postre lo encuadrarían como seguidor de la línea de la pena en sentido preventivo-especial. Según Von Liszt, la necesidad de pena se mide con criterios preventivos-especiales de acuerdo con los cuales la aplicación de una pena obedece a una idea de resocialización y reeducación del delincuente, a la intimidación de aquellos para quienes no sea necesario lo anterior y, también, para neutralizar a los incorregibles".(18)

"La tesis anterior se resume en tres palabras: intimidación, corrección e innocuización. De este modo, para Von Liszt la función de la pena y del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos mediante la incidencia de la pena en la personalidad del delincuente con la finalidad de evitar ulteriores delitos".(19)

El delincuente, como miembro enfermo de la misma, ha de ser extirpado, aunque se intente su recuperación pero sin olvidar que si ésta fracasa habrá de ser definitivamente excluido del cuerpo social recurriendo si es preciso a la pena de muerte o a la privación de libertad indefinida.

Se desprende de la invocación anterior una notoria representación organicista de la sociedad, donde más importante que el individuo es la supervivencia de la sociedad, o mejor dicho de un tipo de sociedad en la que el individuo cumple su función, más que nada, como fuerza de trabajo, y en donde cualquier sintoma de rebeldía, traducida en transgresiones al orden represivo existente, era considerado como un atentado contra las bases fundamentales de dicha organización social.

Hoy en día son conocidas las condiciones de explotación en que vivieron hombres, mujeres y hasta niños en el despeje de la era industrial. La segura inconformidad que la situación descrita traía aparejada, represento, sin duda un peligro potencial para el nuevo orden establecido.

A partir de este momento, el interés jurídico-penal va no sera el de restaurar el orden jurídico o la intimidación general de los miembros del grupo social. La pena, de acuerdo con este nuevo panorama debía materializarse en otro sentido: la defensa del nuevo orden, la defensa, pues, de la sociedad.

"Se trata -lo explican Bustos y Hormazábal- de consolidar el nuevo orden, no sólo de establecer un control general como el de la retribución y de la prevención general, sino de intervenir directamente sobre los individuos. El delito o es la contravención del orden jurídico, sino primero y antes que nada daño social, por ello defensa social, y el delincuente es un peligro social (un *anormal*) que pone en peligro el nuevo orden".

Cierto es que la teoría de la defensa de la sociedad, expresada como prevención especial, representa de alguna manera el Estado capitalista. También es verdad que los problemas relacionados con la legitimidad del Estado capitalista como certeramente dice Bustos Ramírez se centra principalmente en la imposibilidad de explicar de modo solvente el porque de la explotación del trabajador y el porque de su sistema represivo de control.

Retomando el análisis de los fines perseguidos por la prevención especial, señalaré que esta no busca la intimidación del grupo social ni la retribución el hecho cometido. Sus objetivos se dirigen, concretamente, hacia aquél individuo que ya delinquiró que no vuelva transgredir las normas jurídico-penales.

De tal argumentación, los partidarios de la prevención especial prefieren hablar de medidas y no de penas. Según dicen, la pena implica la libertad o la capacidad racional del individuo, partiendo de este modo de una idea de igualdad general. La medida supone que el delincuente es un sujeto peligroso o diferente al sujeto normal, al que hay que dar un trato de acuerdo a su peligrosidad. Obviamente, el castigo a la intimidación carece de sentido. Lo que se pretende es corregir, resocializar o inocuizar.

Al igual que sucede con la prevención general, también la prevención especial es blanco de las objeciones doctrinales. Sin embargo, algunos méritos si se le han reconocido. Por ejemplo, a los positivistas debemos por un lado la destrucción del mito indeterminista, la explicación con bases más científicas de las que hasta entonces se usaban del hecho delictivo, y también algo verdaderamente trascendental como la colocación del individuo, y no del delito como instituto jurídico, en el centro de la problemática que atañe al Derecho Penal.

En este sentido, la teoría de la prevención especial adquiere un carácter humanista, al buscar un encuentro con el hombre real.

Desde el punto de vista político-criminal, la prevención especial aparece justificada en tanto que, se dice, también es una forma de prevenir los delitos al evitar de que quien haya delinuido lo vuelva hacer, y en esto consiste la función preventivo-especial y, en cierto modo, la del Derecho Penal en su conjunto.

Al mismo tiempo que con la ejecución de la pena se cumplen objetivos de prevención general, esto es, de intimidación, con la pena privativa de libertad se busca la llamada resocialización del delincuente. A este respecto, ha de señalarse que en muchos ordenamientos penales, los fines preventivos-especiales, entendidos en su orientación resocializadora (llamada también como de readaptación social, socialización o reinserción) han sido adoptados y recogidos expresamente en sus textos constitucionales, lo que constituye de alguna forma un argumento más a favor de la tesis preventivista especial.

Un aspecto importante es el que se refiere a la medición de la pena, para lo que la prevención especial juega un importante papel, más y cuando se busca determinar las agravantes o atenuantes que concurren en un hecho determinado. La prevención especial, al concentrar sus efectos en la concreta personalidad del delincuente esta permitiendo conocer las circunstancias personales que llevaron a ese individuo a cometer el hecho delictivo, facilitando con ello una consideración sobre las posibilidades de aplicar a su favor algún sustitutivo penal como la libertad condicional o la condena condicional.

"Las aportaciones de la tesis de la prevención especial evitan, sin embargo, las argumentaciones que en su contra se hacen desde diversos puntos. Se ha dicho por ejemplo, que los fines de la prevención especial serían ineficaces o se verían anulados ante aquel delincuente que, a pesar de la gravedad del hecho delictivo por el cometido no requiera de la intimidación reeducación o innocuización, dado que no existe peligro alguno de que reincida, con lo cual en estos casos llevarían a la impunidad del autor".(20)

Otro aspecto de la prevención especial duramente criticado ha sido el que se refiere a una idea de resocialización del delincuente. En un principio, esta idea tuvo una gran acogida en los círculos jurídicos. A pesar de ello, no fueron pocos los planeamientos críticos que se le opusieron, dejando al descubierto importantes deficiencias relacionadas con su contenido concreto.

Incluso la terminología usada no es unánime: se habla de la reeducación, de la reinserción social, de la readaptación social, de la socialización, etc. Aludiendo con todas estas denominaciones una supuesta función de mejora incorrección asignado ha ejecución de las penas y medidas privativas de libertad.

La resocialización presume la existencia de un proceso interactivo y comunicacional entre individuo y sociedad a cuyas medidas debe adaptarse el individuo. La propia naturaleza humana obliga a este intercambio, dicho de otra forma, a la convivencia social. Pero ni siquiera las normas sociales pueden determinar unilateralmente el proceso resocializador.

"Las normas sociales son algo inmutables y permanentes, a lo que el individuo deba adaptarse obligatoriamente, sino el resultado de una correlación de fuerzas sometidas a influencias mudables. Hablar, por tanto, de resocialización del delincuente sin cuestionar, al mismo tiempo, el conjunto normativo al que se pretende incorporar, significa aceptar como perfecto el orden social vigente sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito cometido".

El respeto necesario a la libertad del individuo a tener cualquier creencia o ideología se ve opacado de una resocialización entendida en el plano moral, es decir, en el aspecto interno del individuo. No es legítima, de ninguna manera, la pretensión del Estado de imponer a los ciudadanos un cierto tipo de valores morales. Entendida de ese modo, la resocialización llevaría a una "absurda y peligrosa manipulación de la conciencia individual y siempre dejaría sin resolver la cuestión

de cual de los sistemas morales vigentes en la sociedad debe tomarse como sistema de referencia al que deba adaptarse el individuo, salvo que se tenga ya por conocida la respuesta en el sentido de que es obvio que la resocialización deba referirse al sistema de valores de la clase dominante"(21)

La imposibilidad de llevar a la práctica la idea resocializadora del delincuente también es aprobado desde el tratamiento penitenciario, instrumento o medio utilizado para la consecución de la resocialización. Constituye una bien intencionada suposición asegurar que por medio de tratamiento penitenciario, entendido como un conjunto de actividades dirigidas a conseguir la reeducación y reincursión penal de los penados, el interno se convertirá en una persona respetuosa de la ley penal y que, además, por mediación del tratamiento surgirán en el actitudes de respeto así mismo, y de responsabilidad individual y social, con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad.

Lo anterior no deja de ser en realidad, sólo una buena intención ya que no es acertado pensar, desde ningún tipo de vista, que se pueda reeducar o resocializar a una persona para la libertad, en condiciones de no libertad lo cual, a todas luces, entraña un contrasentido.

3.- LA PRISION COMO UN FACTOR NECESARIO.

La historia de la prisión es uno de los pasajes más siniestros de la historia humana, tal como Howard, Beccaria y Bentham lo señalaron en su tiempo, la iniquidad, la corrupción, el sadismo, la crueldad y la estupidez han sido su signo, y las grandes luminarias son grandes excepciones, pues no es fácil encontrar ejemplos como el Charenton de Pinel, el Norfolk de Montenoche, la Valencia de Montesinos o la Toluca de García Ramírez y Sánchez Galindo.

O sea, como ya lo afirmo un famoso mexicano: "sería utópico aspirar a suprimir la prisión sin encontrar un sustitutivo que la reemplace con eficacia. Lo que hace imprescindible suprimir el absurdo sistema de encierro y la morboso promiscuidad en que, por lo general, viven los presos".(22)

Ciertamente hablar de la abolición de la prisión es utópico, al menos en nuestros días, la prisión desempeña aún una función necesaria para la protección social contra la criminalidad. Aunque sus resultados como medio de reforma del penado han sido hasta ahora pocos satisfactorios, es innegable que el tratamiento reformador sólo es aplicable bajo un régimen de prisión, además que la prisión intimida a los delincuentes y a los no delincuentes y es un medio irremplazable al menos temporalmente, cuanto dura la reclusión en el establecimiento penal, la perpetración de nuevos delitos.

Querer resolver los arduos problemas que esta pena plantea por medio simplista y tajante de proponer la abolición, es excesivo, es una pretensión ilusoria que corre pareja con la que pretende la abolición de toda pena.

En las prisiones nada se justifica que vaya más allá de la mera privación de la libertad corporal.

La tarea en prisiones debe responder, con toda una trincheria técnica, a un pragmatismo enterado, emocionado, orientado y eficaz. La vida en reclusión debe ser orientada técnicamente por la administración penitenciaria, siguiendo siempre los cauces naturales, al interno ha de permitírsele desarrollarse en un ambiente que le sea más adecuado, buscando su ubicación natural, por ello y ante la gran variedad de contexturas humanas -de cultura, costumbres, edad, económicas y demás- circunstancias que solo absurdamente puede negarse, debe tenerse especial cuidado para no caer en el falso concepto de la uniformidad carcelaria, y es menester propiciar la creación de ambientes distintos, porque no todos los prisioneros son iguales.

La prisión, que en nuestros días sigue siendo impugnada y envejecida, la pena cuantitativa cualitativamente más importante es la sede precisa de ese extraño movimiento, de este aparente escrupulo social: ocultar los presos al mundo y el mundo a los presos.

La cárcel como micro ciudad que recibe, refleja y extrema los hechos de la vida exterior es una expresión radical de la existencia y del régimen prevaleciente fuera de ella. Por eso tuvo razón Angela Davis al afirmar que según el principio consagrado por el tiempo el nivel del progreso general o el retraso de cualquier sociedad nos está dado por sus prisiones.

Es evidente que el sistema penitenciario, como marco en el que se agita, en última instancia, el hecho de la represión, y las cárceles y penitenciarías, que la concretan agudamente, surgen bajo determinados supuestos, dinámicos todos ellos, que ahora conviene recordar: el delito y sus transformaciones, los conceptos mudables acerca del delincuente, los cambios formales o sustantivos de la pena.

Por todo lo anterior debemos destacar, con creciente fuerza que readaptación no es el modo alguno conversión, nuevo nacimiento, nueva personalidad, si no son solo, modesta y justamente aptitud de no delinquir, ajuste penitenciario.

En suma, hasta ahora la pena de prisión seguirá siendo un 'mal necesario' pero solo en la medida que aún no logremos encontrar el sustitutivo idóneo que nos permita alcanzar mejores resultados, pero siempre en respeto de la dignidad del procesado o del reo.

4.- LA PENA. LA SANCION Y LA PUNICION.

Existen muchas formas de reacción social, la más grave es, sin duda, la reacción social jurídicamente organizada, y dentro de ésta, aquella que está estructurada en forma penal, a la que llamaremos "reacción penal".

La reacción penal ha sido tratada indiferenciadamente, como un todo, sin apreciar que tiene varios componentes. Parece evidente que se ha venido denominando como "pena" a

tres entes diferentes entre sí, lo que lleva a equivocaciones en cuanto a su finalidad y legitimación. Para evitar la confusión, habrá que designar tales entes con un nombre diverso que nos permita un mejor análisis lógico, estos términos son: Punibilidad, punición y pena.

Porque para no caer en el mismo error de la mayoría de los tratadistas de llamar indistintamente pena tanto a las sanciones contenidas en la norma penal como en aquella aplicada por el juzgador y sobre todo a aquella sanción ejecutada dentro de las prisiones, lo que impone distribuir tales fases en que se manifiesta la reacción estatal entre estructuras diferentes, cada una de las cuáles corresponde a la intervención que tiene cada órgano del Estado en la administración de la justicia penal.

a.- La punibilidad:- es la amenaza de la privación o de la restricción de bienes para el caso que se realice algo prohibido o se deje de hacer algo ordenado.- Esta amenaza debe estar consignada en la ley y corresponde al llamado principio de legalidad.

En el marco de un Estado moderno "se encuentran tres momentos históricos, uno en que el legislador para asegurar las condiciones de la existencia de vida en común de los gobernados, valora siguiendo los impulsos de la vida social, que bienes jurídicos son dignos de ser tutelados y crea a través del acto legislativo el esquema, la hipótesis y el tipo del delito acompañado de sus respectivas sanciones, por medio de las cuáles se protegerán los bienes que, a través de ese acto se elevan a la categoría de institución jurídica lo que asegura el orden establecido".(23)

Consecuentemente, el análisis de la sanción penal en abstracto encontrada en la norma jurídico-penal no es más que el examen de la misma y de los elementos que la integran: el tipo y la punibilidad.

Sin punibilidad, la norma jurídica estaría vacía y se convierte en la reacción específica del Estado contra los actos de la conducta humana calificados como antijurídicos o contrarios al derecho.

A través de la punibilidad se efectúa la prevención general de los delitos, por su carácter disuasivo e intimidatorio.

b.- La punición:- es la fijación al caso concreto de la amenaza escrita en la ley. Esta función debe ser propia del poder judicial, esto es, principio de competencia.

Aquí es el juzgador quien fija la particular y concreta privación de bienes del auto del delito, tomando en cuenta la magnitud de su culpabilidad en el hecho por el cual es responsabilizado.

De esta premisa se advierte, que la punibilidad precede a la punición. No habría castigo legal, si el legislador no creara primero la sanción abstracta en la que señalará en un marco punitivo el quantum mínimo y máximo de la privación o restricción de bienes que se debe aplicar a aquel o aquellos que violen el mandato legal, la punición golpea al autor en su concreta individualidad, determina en él un sufrimiento en correspondencia al inferido al sujeto pasivo.

La punición es una reacción justa y no una venganza desproporcionada, la punición es una expresión de la justicia que se funda en un momento racional en contraste con el momento pasional de la venganza.

La punición, no es más que el reproche que el juez dirige al sujeto activo del delito, por no haber omitido la acción antijurídica mientras podía omitirla, de haber formulado una voluntad antijurídica en vez de una voluntad conforme a la ley; de haber proferido un desvalor al valor protegido por la norma penal. Por ende la responsabilidad penal y la punición se desarrollan en tres

parámetros: la imputabilidad, como la libertad consciente de tomar una posición frente a los valores del derecho punitivo y determinarse o abstenerse de cometer el delito, el segundo, la posibilidad del conocimiento de lo injusto, entendida como la acción voluntaria dirigida a la violación de una norma, como la voluntad movida por una razón que no es la obediencia al imperativo contenido en la ley penal, sino al egoísmo y al arbitrio, y, finalmente, la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma, explicada como la posibilidad de adecuar la conducta a la norma, es decir, la posibilidad de obrar en forma diferente ha como lo hizo".(24)

En este sentido, la pena encuentra en la culpa no solo su justificación sino también su fin, en el sentido de que aquella debe concretarse y actuarse en modo tal que haga posible el arrepentimiento del reo. Por ende, la pena en ese sentido es la medicina del alma que sirve para purificar mentalmente al reo.

c.- La pena:- es la efectiva aplicación de la sanción enunciada por la ley y pronunciada por el juez.

La pena es la real privación o restricción de bienes al autor del delito que el Poder Ejecutivo lleva a cabo para la prevención especial, determinada jurídicamente en su máximo y en su mínimo por ciertas condiciones temporales y personales del reo que la sufre. El Estado trata de cambiar la conducta de vida o la personalidad del hombre delincuente a través del tratamiento penitenciario, cuya justificación ontológica es la transformación de los reos y su recuperación para que no cometan más daños a la sociedad.

"Pero, si el tratamiento penitenciario, se impone por la fuerza legal y física, como sucede hoy en día, éste fracasará por violar la esfera de privacia del individuo, que es una de las garantías individuales, pues nadie puede obligar al adulto a cambiar sus puntos de vista o su modo de vida a través de un castigo".(25)

La legitimación de la punibilidad se encuentra en la obligación que tiene el gobernante de proteger determinados bienes que son indispensables para la convivencia en sociedad.

La legitimación de la punición se la da al juez la efectiva agresión a los bienes jurídica y penalmente tutelados, es decir, la comisión de una conducta tipificada como delito.

La legitimación de la pena se desprende de la comisión de un delito, la sentencia legaliza la ejecución, pero no la legitima, prueba de ello es la figura del indulto en los casos de probada inocencia.

Como puede observarse, se ha eliminado la retribución como finalidad de la reacción penal, quedando como una mera histórica.

CITAS BIBLIOGRAFICAS CAPITULO II

- 13).- Revista de Investigaciones Jurídicas.. Facultad de Derecho.. Universidad de Guanajuato. Boletín No. 46. Abril Junio. Pág. 53.
- 14).- Investigaciones Jurídicas.. Ob. Cit. Pág. 54.
- 15).- Investigaciones Jurídicas.. Ob. Cit. 75.
- 16).- Investigaciones Jurídicas.. Ob. Cit. 75.
- 17).- Investigaciones Jurídicas.. Ob. Cit. 77.
- 18).- Investigaciones Jurídicas.. Ob. Cit. 81.
- 19).- Investigaciones Jurídicas.. Ob. Cit. 82.
- 20).- Investigaciones Jurídicas.. Ob. Cit. 87.
- 21). Investigaciones Jurídicas.. Ob. Cit. 90.
- 22). González Bustamante. Juan José. Colonias Penales.. e Instituciones Abiertas.. Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales. México. 1956. P. 42.
- 23).- Norval Morris.. El Futuro de las Prisiones.. Editorial Siglo XXI. México. 1978. Pág. 32.
- 24).- Norval Morris.. Ob. Cit. Pág. 34.
- 25).- Norval Morris.. Ob. Cit. Pág. 36.

CAPITULO TERCERO

LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

SUMARIO: 1.- El delito como presupuesto de la pena 2.- La individualización judicial y legislativa 3.- La punición individual 4.- Culpabilidad de autor culpabilidad de hecho.

1.- EL DELITO COMO PRESUPUESTO DE LA PENA.

En la Constitución Política vigente en los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 14 se establece: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

En dicho artículo se limita la posibilidad de cometer una injusticia, en el sentido de sentenciar indebidamente a una persona por un delito inexistente. Esta concreción realizada por el juez tiene que ser exacta, de la norma al hecho delictivo. En realidad, se trata de una garantía de seguridad jurídica para los gobernados, resumida en el principio de legalidad: *nulum delictum sine lege*.

A partir de la aportación de la escuela clásica del derecho penal, se tiene una idea clara del delito. En sí, delito significa desviación, abandono del camino recto de la ley.

Esta escuela da a conocer determinados postulados característicos: la igualdad de derechos de todos los hombres; el libre albedrío existe en los hombres y trae como consecuencia la imputabilidad, es decir, la responsabilidad moral y jurídica de sus actos. Entonces se entiende de imputabilidad, dentro de la cual se encuentran por causas diversas las personas cuya voluntad está afectada o disminuida.

Para la escuela clásica, el delincuente es una persona normal, por lo cual se le exige responsabilidad de sus actos ilícitos al violar precisamente la ley penal que los señala. Sin

embargo, en la actualidad, los penalistas, aunque reconocen el valor de la doctrina de la escuela de Carrara, consideran que su concepción del delincuente ha sido superada.

En cambio, "los exponentes de la escuela positiva, con un ánimo diferente en el que se trataban de aplicar métodos de ciencias naturales al derecho, elaboraron otras tesis, no menos interesantes: limitaron sus estudios a la observación del delincuente, y establecieron el axioma "no hay delitos, sino delincuentes". Con esto trataron de suplir al delito como presupuesto de la pena, y pusieron en su lugar al delincuente. Particularmente Ferri niega la existencia del libre albedrío y exagera todavía más, porque no admite cualquiera de las otras acepciones de libertad. Así, la imputabilidad la basan en el hecho social incluidos todos los individuos, y, como consecuencia niegan la inimputabilidad".(26)

El delincuente es una persona anormal, de ahí que Lombroso y Garófalo dedicaran largo tiempo a la clasificación de los delincuentes. El delito se comprende sólo como fenómeno natural y social. La educación es un factor importante para impedir el desarrollo de la criminalidad; a su vez, la noción sociológica del delito no es aceptada totalmente dentro de la misma escuela. Su autor, Rafael Garófalo, relaciona los elementos del delito natural con su clasificación de los delincuentes, y busca congruencia entre ellos.

Ahora bien, parece que uno de los problemas centrales es el referente al libre albedrío. Como dice correctamente Ignace Lepp,

La libertad no debe confundirse con libre albedrío, como con frecuencia lo hacen tanto partidarios del determinismo y también los de la libertad. El libre albedrío es el poder que tiene el hombre de elegir entre dos cosas o dos actos igualmente posibles... Hay también situaciones concretas que no dejan lugar alguno al libre albedrío: el condenado a muerte no puede elegir entre la

vida y la muerte. No deia por ello ser libre, pues tiene la posibilidad de aceptar, de soportar el sufrimiento o la muerte, o de revelarse.

Sin embargo, Enrico Ferri rechazó incluso cualquier otra posibilidad de libertad humana. Particularmente, se considera errónea su postura, así como la de quienes creen que la libertad humana es absoluta, porque la libertad está más allá de un absoluto: sencillamente, es una realidad cotidiana concentrada en el ámbito humano. En este mismo orden de ideas, la existencia del derecho, específicamente del penal, sin el libre albedrío no tiene sentido porque las normas jurídicas están encaminadas a sujetos libres. El ser humano es intrínsecamente libre, y se deben tener en cuenta los factores externos que influyen en la conducta humana. Aquí se entiende la aportación de la escuela positiva.

Desde mi punto de vista, el error que comete la escuela positiva es tratar al derecho como única ciencia natural y dar a los factores biológicos y psicológicos una importancia exagerada, de modo que menosprecia al delincuente a tal grado que es no sólo una persona anormal, sino también una marioneta del destino. Efectivamente, y en esto estoy de acuerdo, las situaciones económica, social, política y geográfica, sin olvidar de la herencia biológica y de los acontecimientos históricos, influyen en la conducta humana, pero sin determinar o anular el libre albedrío.

No todos los delincuentes obran con los mismos fines. En algunas legislaciones, como la mexicana, a los enfermos mentales no se les considera delincuentes, ni se les recluye en una cárcel, sino que se les somete a tratamientos psiquiátricos. Por otro lado, una persona puede delinquir por razones estrictamente económicas, y no por ello será una persona anormal. Ortega y Gasset ayuda a englobar esta idea al afirmar: "Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo". Si recuerdan las palabras de Aristóteles, los hombres son animales sociales, y al vivir en sociedad se demarcan circunstancias que forman parte de los hombres; sin ser todo, tampoco hay que excluirlas.

No estamos determinados, como pensaría Baruch Spinoza, ni condenados a ser libres, como escribiría siglos después Jean Paul Sartre. "El hombre es libre albedrío".

Si no existiera la delincuencia, sería necio sostener una polémica que ha durado toda la permanencia del ser humano en la Tierra, como la pena de muerte.

En Iberoamérica, una de las causas más evidentes de la delincuencia es la desintegración familiar. Al respecto, la familia es la célula social por excelencia. Si se daña por la falta de la madre o del padre, esto necesariamente repercutirá en la formación de los hijos. Si a ello se agrega el alto índice de analfabetismo, el desempleo aunado a la inflación y la influencia de los medios de comunicación, se advertirá que tales factores son decisivos para propiciar la criminalidad. Si se pudieran mejorar dichos aspectos, seguramente se lograría una contribución importante en la lucha contra la delincuencia.

Tampoco se debe soslayar el régimen penitenciario, porque en verdad se pretende que existan centros de readaptación, a fin de que los individuos, después de cumplir su condena, se reintegren a la sociedad. Los reclusorios tampoco deben considerarse una plena garantía en la readaptación de los reos; sin embargo, la otra parte de la difícil tarea está contenida en la sociedad.

La persona que desea volver a ser útil al desempeñar un trabajo honesto, empieza a tener serios problemas cuando se le rechaza por haber cometido un delito. Entonces se encontrará en la misma situación caótica que pudo tener anteriormente. Aunque tenga el derecho al trabajo, garantizado debidamente en la Constitución Política, no se integrará a la sociedad, de modo que esto se convierte en un círculo vicioso.

El verdadero origen de la delincuencia está en los problemas mencionados. La pena de muerte se restringe a los amargos frutos; en consecuencia, no es la solución idónea para disminuir el índice de delincuencia.

La mayoría de los psicólogos han considerado que los delincuentes son inadaptados. El psicoanálisis ha ayudado en alguna medida a conocer la naturaleza del delincuente, y aunque los principales psicoanalistas no están de acuerdo en varios temas, sus ideas no han pasado inadvertidas.

En el fondo, la Comisión Redactora del Código Penal vigente tiene razón cuando estableció: "No hay delincuentes, sino hombres".

2. LA INDIVIDUALIZACION JUDICIAL Y LEGISLATIVA

Si al legislador corresponde elaborar las leyes y sus respectivas sanciones, el juez es el único órgano llamado a interpretarlas y aplicarlas al caso concreto.

"Por ello, cuando manifestamos que la punición es un acto en el cual concurre instantánea y simultáneamente en el ánimo del juzgador todo el bagaje de conocimientos jurídicos, criminológicos y su experiencia de vida al imponer un castigo adecuado al hombre que hallare responsable de un hecho antijurídico, sin duda afirmamos una cosa cierta, porque en verdad no existe en la tierra un acto de tanta trascendencia ética como el hecho de que un hombre juzgue a su semejante, independientemente del poder con que se encuentre investido".(27)

Y no puede ser de otra manera, pues el típico caso de una injusticia imperfecta lo ejemplifica el procedimiento punitivo. El procedimiento se ha dispuesto para buscar y establecer la verdad jurídica del caso que debe coincidir, en el momento del juicio, con la verdad histórica del hecho. La culminación del juicio será en declaración de culpabilidad o inocencia y la imposición de las penas concretas al sentenciado.

Esta serie de actos, a los ojos de la víctima o víctimas, es un rito incomprensible pues se otorgan al acusado toda una serie de garantías procesales que contrastan con su

improceder y su actuación inconsecuente. Por otro lado, el juez penal debe allegarse de las pruebas aportadas por las partes, de los elementos necesarios para emitir una sentencia justa. La justicia pues, la finalidad deontológica ha alcanzado, el ideal de todo fallo humano que aspira a preservar la paz social, al dar a cada uno de ellos, reo y agraviado, lo que merecen.

En estos términos, parecería que la función del juez fuese la operación sencilla y muy simple. Cuando se le presenta un caso, debe extraer los hechos más importantes del problema, luego encuadrarlo dentro de la disposición legal apropiada y razonar porqué ésta es aplicable al caso. Debe observar en suma el principio de legalidad y la debida fundamentación y motivación exigida a todo acto de autoridad. Si trata de suavizar el rigor de una ley en un caso difícil, debe excluir de su obrar toda clase de consideraciones extrajurídicas.

La discrecionalidad judicial restringida al mínimo de cuotas sancionadoras le impide, a su vez, imponer un pena que traspase estos límites.

Pero aun cuando obedezcan cuidadosamente las reglas procesales y se observen correctamente las normas de individualización judicial, se puede llegar a un resultado equivocado: un hombre inocente puede ser declarado culpable, y un culpable puede ser puesto en libertad; o bien al responsable de un delito se le puede imponer una sanción demasiado severa o una demasiado leve.

En tales casos, hablamos de un error de la justicia surgido de una combinación fortuita de circunstancias que hacen fracasar el fin y la función judicial. Aún cuando estos errores no constituyen la regla general sino la excepción, el dogma de la infabilidad del juez ha perdido vigencia. Hoy, los errores de la justicia se atribuyen al factor humano y no a la norma, y para corregirlos se han establecido los remedios jurídicos que tienden a revocar o modificar las

de terminaciones equivocadas. Por medio de los recursos de apelación y a través de la impugnación en la vía constitucional, ejercidos sucesivamente, se pueden corregir los errores judiciales".(28)

Partiendo de estas premisas, centraremos nuestro estudio en los errores relativos a la imposición de sanciones. Pienso que si existen errores en la actividad jurisdiccional que dan lugar a sentencias dispares, esto se debe a los siguientes factores: 1.- Diferencias existentes entre los jueces en particular; 2.- Diferencias entre el procedimiento adoptado con los procesados, aun cuando éstos sean juzgados por el mismo delito y en presencia de los mismos factores; 3.- Diferencias relativas al tipo de delito, especialmente en los patrimoniales, en los cuales se impondrán las diferentes sanciones en razón del valor del objeto desapoderado; y 4.- Las disparidades de sanciones entre los códigos penales estatales y el Código penal federal".(29)

Todo esto hace pensar en lo delicado de la función jurisdiccional y en la importancia de la selección de la persona destinada a interpretar la concreta voluntad de la ley. Esta selección se puede inspirar en varios criterios y principios que a su vez, podrían dar lugar a diversos problemas y límites encontrados.

Toda la historia de la jurisdicción pasada y presente muestra, en efecto, los grandes intereses que siempre han girado alrededor de la nominación del juez penal: intereses de carácter moral y jurídico, inspirados en la exigencia de una recta administración de justicia que se ejerce en la vida social y por el control de un poder sobre el otro, pues al lograr la docilidad del Poder Judicial, éste resolverá los casos según los designios del Ejecutivo en turno y dejará a un lado las garantías individuales del gobernado.

Existen otros factores relacionados con la administración de justicia que influyen en el órgano juzgador al ejercer el ius puniendi judicial, como son la forma del juicio (sumario u ordinario), la sobrecarga del trabajo, el tipo de abogado defensor y la reacción de la opinión pública.

En un juicio sumario, debido a la escasa importancia del delito cometido y la punibilidad de hasta dos años de prisión reservada para dichos delitos ilícitos, es de esperarse que el juez federal termine por imponer una medida alternativa a la detención: sustitución de la pena privada de libertad por multa o, en virtud de la confesión del imputado tanto en indagatoria como en el proceso, que el juez termine por imponerle la pena mínima o una cercana a ésta.

No sucede así en un procedimiento ordinario, en el cual la buena o cuidadosa defensa de un abogado particular hará que el juzgador revise cuidadosamente el expediente para dictar una buena sentencia, pues es de antemano sabe que el resultado será apelado por una de las partes y que no solo tal determinación estará en juego, sino también su prestigio de funcionario ante sus superiores que conocerán finalmente de aquella decisión.

La sobrecarga de trabajo en un juzgador hace que el juez del conocimiento, al momento de sentenciar, soslaye ciertos detalles que lo puedan inducir a cometer deslices jurídicos, con la íntima convicción de sus superiores, al revisar el asunto, sabrán comprender su situación.

Sin embargo, es precisamente el factor humano el más relevante de ellos para hacer surgir la disparidad de sentencias, porque al ser un hombre mortal quien juzgue a otro ser humano, invariablemente las decisiones tomadas están impregnadas de su huella, de sus emociones y vaivenes, pues aun cuando sus virtudes públicas superen a sus vicios, el juzgador no deja de ser infalible y cometer errores de apreciación que salen a relucir cuando un observador no interesado compara las sentencias dictadas por el mismo juez en un lapso de tiempo no muy amplio, o bien las confronta con otras emitidas por sus colegas en diferentes partes de la República.

El hecho de que el factor individual fue uno de los parámetros que más influyeron en la disparidad de sentencias, lo demuestra otra investigación personal llevada a cabo sobre el problema de la determinación de sentencias que presentan diferencias individuales de enfoque entre los distintos jueces y magistrados federales, como razón principal de las decisiones judiciales.

3.- LA PUNICION INDIVIDUAL.

"El proceso de aplicación de las sanciones de un proceso relacionado con el poder discrecional del juez, del cual he expuesto en el capítulo relativo a la individualización judicial, sólo que el tema que ahora abordare se referirá a la aplicación en concreto de este poder discrecional, a la racionalidad del mismo y a los límites dentro de los cuales un ordenamiento moderno en un estado de derecho mantiene el ejercicio de poder conferido al juzgador".(30)

Ante todo, distinguimos un poder de interpretación discrecional de la norma jurídico-penal y otro poder de aplicación de las sanciones en la misma.

El poder de interpretación puede concernir a la hipótesis normativa, a las consecuencias relacionadas con la norma, a las circunstancias exteriores de ejecución del delito o a las peculiaridades personales del delincuente.

El código punitivo aludido no define qué se entiende por adulterio, domicilio conyugal o escándalo, éstos son elementos normativos de naturaleza civil y moral que tendrá que interpretar el juez de acuerdo con su cultura y filosofía de la vida.

Cierto es que la jurisprudencia ofrece la judicatura la alternativa de articular dichos términos bajo ciertos criterios establecidos, pero en muchos otros casos, en los cuales no existen precedentes judiciales, ser su recta interpretación de la norma positiva que ira formando nuevas tesis que quizás derogarán viejos criterios, los reformarán y harán surgir jurisprudencias nuevas de acuerdo con la dinámica social del derecho.

Se da un ejemplo típico de poder discrecional de interpretación de la norma en la misma hipótesis normativa analizada. "El juzgador, al aplicar al cónyuge culpable la sanción secundaria de privación de derechos civiles hasta por seis años, deberá interpretar que derechos

civiles serán restringidos, desde luego, algunos de ellos serán los relacionados y derivados del matrimonio mancillado, a saber, la pérdida de la patria potestad de los hijos o los derechos de tutela, etc.; más no sería correcto por ejemplo, disminuir o suspender aquellos que no guarden relación con la institución del matrimonio".

"Cuando el juez debe determinar en concreto la duración de la pena, estamos frente al típico ejemplo de poder discrecional de aplicación de las sanciones, que será el tema central de este capítulo: esta discrecionalidad puede extenderse desde la aplicación de las sanciones en los tipos fundamentales o básicos, en concurso de personas y delitos, hasta la unicuación en caso de tentativa, así como cuando decida aplicar o no una circunstancia subjetiva como lo es la reincidencia o habitualidad".(31)

Podría hablar de un poder discrecional de selección si las penas fueran alternativas, indeterminadas o si existe un catálogo de sanciones dentro del cual se pudiera aplicar una de ellas, de acuerdo con el tipo de personalidad del autor del injusto, discrecionalidad que auguro el juez penitenciario deberá tener cuando en nuestro ordenamiento positivo exista esa figura jurídica; sin embargo, actualmente el principio de legalidad no lo permite.

Esto implica que ese ejercicio discrecional no es amplio sino limitado legalmente por los tipos establecidos por el legislador. He aquí entonces uno de los límites de dicho ejercicio: "El juzgador o tribunal no podrá suavizar el rigor de una ley aplicada al caso concreto con el fin de favorecer al reo, sino que estará obligado a moverse dentro de un marco punitivo, dentro del mínimo y máximo de cuotas sancionadoras impuestas por otro poder del Estado: el Legislativo."

Presupuesto lógico de los límites de dicho ejercicio de poder, lo constituye la obligación de motivar el acto, lo que ordena a la discrecionalidad es un elemento base del poder-deber que tiene el juez. Aún cuando el juzgador tiene el deber de motivar sus determinaciones, no está

obligado por la propia ley a seguir ciertos criterios o indicios de evaluación antes que otros. Una vez que motiva su resolución, puede extraer las fuentes de su convencimiento de cualquier elemento que aparezca idóneo para explicar el porqué de ese juicio de punición.

"Para los efectos de punición, podemos dividir estas circunstancias en objetivas y subjetivas. Son circunstancias objetivas aquellas que conciernen a la naturaleza, la especie, los medios, el objeto, el tiempo, lugar y cualquier otra modalidad de la acción, la gravedad del daño o del peligro corrido, o bien las condiciones o la calidad personal del ofendido. Constituyen circunstancias subjetivas aquellas relacionadas con la intensidad del dolo o el grado de la culpa, las condiciones y las características personales del culpable, la relación entre éste y el pasivo del delito, o bien aquellas inherentes a la persona del responsable como son la imputabilidad, la primoincidencia, la reincidencia y la habitualidad".(32)

Cuanto más dañosa aparezca la modalidad de la conducta, cuanto más riesgosos sean los medios para realizarla, tanto más grave será el delito y, por lo tanto, más alta deberá ser la pena impuesta. Entre más grave sea el daño o puesta en peligro del bien jurídico, tanto más grave será el delito y más alta será la pena. Entre más intenso sea el dolo o la gravedad de la imprudencia, tanto más grave deberá ser la pena.

Se toma en consideración la conducta precedente, los antecedentes y condiciones personales del agente. Imaginemos por ejemplo, que el procesado es un joven que vive en una zona altamente criminógena de la ciudad de México, o en el barrio de San Miguel o el Coecillo de la ciudad de León, Gto., donde la realización de ciertos delitos contra la vida e integridad corporal o contra el patrimonio constituye no tanto una manifestación de antisocialidad, sino una manifestación de conformismo respecto de las reglas del grupo social.

En estos casos, existe una predisposición natural del delito, toda vez que es más fácil que realice el delito el joven de aquellas zonas criminógenas, que una persona que no se mueve

dentro de esas condiciones de vida familiar o social. Por lo tanto, la capacidad criminal de aquel individuo será menor que la de un sujeto que no está predispuesto al delito socialmente por vivir este último en zona cuyos habitantes tienen una capacidad económica y un nivel de vida medio-alto.

"Si en nuestro ordenamiento positivo a la pena se le asigna la función de reacción, la sanción se debe aumentar, porque es probable que esta persona cometa en el futuro nuevos delitos y la punición hará que no vuelva a reincidir en ellos, pues el tiempo que pase en la prisión le hará recapacitar sobre su error y habrá tiempo para reforzar sus mecanismos de defensa".(33)

Ahora bien si el juez cree que la función de la pena es principalmente retributiva, entonces es claro que la pena aplicada debe ser menor, porque no hay duda de que el grado de culpabilidad de aquel sujeto es menos intenso y sobre todo menos personal de cuanto lo puede ser el hecho de predisponerse al delito por parte de una persona que no tiene ninguna o tiene escasa inclinación, o que ha vivido en un ambiente que no solamente no lo inclina sino que tiende a disuadirlo de cometer el ilícito: esto quiere decir que este individuo tiene necesidad de una reeducación menor, porque el joven proveniente de una zona altamente criminógena que roba para demostrar que ya es plenamente adulto, no es una persona antisocial en relación con la cultura o el ámbito en el que se desenvuelve, sino solamente respecto del ordenamiento estatal.

Luego entonces, cuando al tenor del artículo 52 tomamos en cuenta los antecedentes y condiciones personales, así como la conducta precedente, evidentemente para la consumación del delito se presenta como un hecho que invoca una responsabilidad personal menos intensa respecto de quien, en cambio, ha nacido y crecido en un grupo y en una zona que lo inhibe o disuade de cometer ilícitos penales.

Diferente consideración tiene en cuanto la relación con la educación, ilustración y costumbres de otro individuo que es profesionista, vive en una zona media o alta económica

y culturalmente, y revela una capacidad criminal alta, debido a la reafirmación continua de los valores sociales recibidos a través de su vida, lo que se traduce en diversos mecanismos de defensa que opondría al impulso criminal, por lo cual le es exigible con mayor razón una conducta adecuada a la norma prohibitiva.

El análisis de las conductas especiales en que se encontraba el sujeto activo en el momento de la comisión del delito, aparece relevante para los fines de la aplicación de las sanciones, sobre todo cuando se trata de hechos cometidos bajo el influjo del alcohol o de alguna otra droga, y que estas sustancias actúan como factores desencadenantes que desinhiben al individuo de sus mecanismos de defensa y lo impelen a cometer actos que en su estado normal sería incapaz de realizar.

La edad del delincuente revelará al juzgador que bajo control de impulsos que tienen los jóvenes en relación con los adultos o con la personas que han entrado a la tercera edad, los hace merecedores de una sanción menor que la aplicada a aquellos que debido a su experiencia calculan el riesgo de su conducta.

En cambio, la reincidencia y la habitualidad en el delito son circunstancias agravantes subjetivas, porque como antecedentes y condiciones personales del activo, son indicativas de una mayor intensidad del dolo, tomando en cuenta que aquel individuo que después de haber cometido un delito, recae otra vez, muestra una firmeza de querer transgredir la norma jurídica penal y, por lo tanto, demuestra una peligrosidad social mayor que un primoincidente.

Los vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, son circunstancias que aparecen como agravantes en la punición, ya que revelan en el individuo, de igual modo, una mayor intensidad del dolo al traicionar la confianza nacida de estas relaciones interpersonales.

4.- CULPABILIDAD DE AUTOR Y CULPABILIDAD.

La imposición de un castigo por parte del Estado requiere, bajo el paradigma de un Estado civilizado, es decir de Derecho, la comprobación de la culpabilidad del autor del delito. Esta culpabilidad, para ser tal, debe cohnar los requerimientos de sus elementos integradores.

"Fundamentalmente son tres los elementos de la culpabilidad: a) Imputabilidad o capacidad de culpabilidad, b) Conocimiento de la antijuridicidad, y c) Exigibilidad de un comportamiento distinto". (34).

Es imprescindible que se acredite la imputabilidad o capacidad de culpabilidad. Dentro de este elemento caben todos aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del individuo para motivarse por las normas jurídicas. Cuando no tenga el individuo las suficientes facultades psíquicas para poder ser motivado racionalmente no habrá culpabilidad.

También es indispensable el conocimiento de la antijuridicidad del hecho realizado. Entiendo que la norma penal sólo puede motivar al individuo que se comporte de una manera u otra cuando éste conoce, a grandes rasgos, el contenido de las prohibiciones normativas. Siendo así, en el supuesto de que el autor de un hecho típico y antijurídico ignora que su acción está prohibida por la ley penal, se entiende que la norma no le motiva y por ende su hecho delictivo no puede serle atribuido a título de culpabilidad.

Por otra parte, no cabe duda que las exigencias normativas pueden ser en un momento dado incómodas, y hasta difíciles, pero nunca se exigirán que sean heroicas. Esto es así que como elemento también importante de la culpabilidad se menciona el de la exigibilidad de un comportamiento distinto. Las normas jurídicas tienen un ámbito de exigencia fuera del cuál no puede demandarse del individuo responsabilidad alguna.

Esta exigibilidad, a pesar de que se rija por patrones objetivos, constituye un problema individual: es el autor concreto, en el caso concreto, que tiene que comprobarse de un modo u de otro. Ahora bien, cuando la obediencia de la norma sitúa al individuo fuera de los límites de la exigibilidad no sólo faltará ese elemento, sino también la culpabilidad.

La doctrina penal contemporánea reconoce hoy en día la importancia de los elementos anteriores. La ausencia de alguno de ellos impide la integración de la culpabilidad, y sin esta noción fundamental de la teoría del delito no hay fundamento para la imposición de una pena.

Bien sabido es que uno de los conceptos jurídico-penales que más han llamado la atención de los penalistas es la culpabilidad. Probablemente la razón de esto sea la función determinante que tiene en la teoría del delito, esto es: fundamentar la aplicación del castigo estatal. El número de explicaciones teóricas en torno a la culpabilidad es basto, aunque llaman la atención la tesis psicológica y normativa, a la postre adoptadas por múltiples legislaciones.

Dentro de ese amplio universo de formulaciones, las interrogantes ¿culpabilidad por el hecho individual? o ¿culpabilidad de autor o por la conducta de la vida? han rondando la mesa del jurista. Las argumentaciones a favor y en contra de cada una de estas ideas son interesantes, luego la adopción de tal o cual planteamiento cobra importancia en atención a las probables consecuencias que pueda tener para el individuo.

Como principio rector del Derecho penal contemporáneo se menciona el de responsabilidad por el hecho, que se opone definitivamente a la posibilidad de castigar el modo de ser o el carácter del autor del delito. Frente a este principio, indiscutible a estas alturas se opuso el de un derecho penal de autor utilizado ampliamente por los juristas nacionalsocialistas.

Mientras el Derecho Penal de hecho propone la exigencia de tipicidad de los delitos, el derecho penal de autor valora altamente los tipos de autor. Luego, unos castigan el homicidio, el robo, el fraude (tipos de conducta), y los otros castigan al "homicida", al "ladrón", al "defraudador" (tipos de autor).

Si la pena como consecuencia jurídica por la comisión del delito reclama, para su aplicación, la existencia de una culpabilidad cabalmente integrada por los elementos

mencionados. el que me ocupa aunque sea brevemente del t3pico que analiza la pertinencia de adoptar una culpabilidad de autor o una por el hecho cometido, justifica la elaboraci3n de este trabajo.

Tales son las disyuntivas que durante mucho tiempo han mantenido ocupados a los penalistas. Es l3gica la preocupaci3n que despierta el aceptar una u otra propuestas dadas las consecuencias que cada una de ellas se derivan y que tienen repercusi3n, no solo para la construcci3n dogmática del Derecho penal, sino tambien para la aplicaci3n de 3ste a los miembros de un grupo social que han infringido la norma jurídica.

"Dos son las diferencias b3sicas que existen entre la culpabilidad por el hecho individual y la culpabilidad de autor (tambien denominada tendencial, caracteriol3gica y por la conducta de la vida): en la primera, el reproche de culpabilidad se hace por la comisi3n de un hecho determinado prohibido por el Derecho. En la segunda, el juicio valorativo se refiere a la personalidad propia del sujeto que realiza el hecho y su desarrollo".(35)

"Independientemente de las diferencias que guardan entre sí, estos dos conceptos comparten el hecho de que el juicio de culpabilidad se extiende a la total personalidad del autor y a su desarrollo, ese hecho o acontecimiento aislado y particular deja de ser lo que conforma fundamentalmente la determinaci3n de la pena, estimándose como decisivo el "ser así" del autor y el "haberse convertido en lo que es".(36)

En la culpabilidad por el hecho lo que se reprocha al individuo es su acto, en la medida que pudo autodeterminarse en el caso concreto. Pero no se trata de cualquier hecho, sino de aquel que reune ciertas características, a saber: que sea típico o contrario a la específica norma jurídico-penal, y antijurídico o contrario al total ordenamiento legal. Con la ausencia de estas características no puede hablarse de la existencia del propio juicio de reproche.

En la culpabilidad por conducción de la vida, de personalidad o de carácter, por otro lado, lo que se reprocha al individuo no es lo que hizo sino lo que él es, decir, su personalidad misma que presenta varias modalidades:

a) Para la culpabilidad de carácter se trata, precisamente, de un defecto del carácter, o como lo explica Eberhard Schmidt: la culpabilidad "es tanto más grave más peligroso es el autor y cuanto más antisocial nos parece su carácter". Lo anterior conduce, opina acertadamente Moreno Hernández, a una confusión entre culpabilidad y peligrosidad, más aún si se incluye el principio de la prevención especial.

b) Para la culpabilidad por la conducción de la vida, se responsabiliza al hombre por su proclividad al delito, al que se considera como "el resultado del modo en que el sujeto condujo su vida, y la culpabilidad es en realidad el reproche a esta conducción de la vida del individuo".(37)

La teoría de la culpabilidad por la conducción de la vida sobrepasa la pura responsabilidad del hecho concreto y abarca el reproche la decisión de la vida, es decir, sobre la demostrada posición del autor mediante el hecho frente a las exigencias sociales. Aquí la culpabilidad debe verse como "el juicio de desvalor ético-social que alcanza a la total personalidad del autor"; y aún más, "en el concepto de culpabilidad de carácter, por tanto, la peligrosidad del autor se caracteriza como su culpabilidad sin tener en cuenta de que causas proviene y sin preocuparse de si puede formularse al autor el menor reproche por su propio carácter".

Puede darse también y esto ocurre con cierta frecuencia, que la entidad real de la culpabilidad por el hecho provenga, precisamente, de las personales características del autor. Es necesario señalar que una importante tarea reconocida internacionalmente por las modernas administraciones de justicia, consiste en investigar la personalidad del delincuente, por lo que puedo

afirmar no caben las críticas sobre la imposibilidad procesal o jurisdiccional de investigar dicho aspecto, siendo esto posible siempre y cuando se respete íntegramente la dignidad de los ciudadanos.

Dentro de las importantes críticas que se han opuesto a la culpabilidad por la conducción de la vida o de autor, puedo mencionar, por ejemplo, la hecha por Jiménez de Asúa. Según el conocido catedrático español, la aparente novedad de esta teoría sólo es rescatable a partir de los fundamentos filosóficos que la sustentan: la fenomenología y el existencialismo. Por lo demás, en su opinión esta teoría exhibía una orientación bastante marcada hacia el nacionalsocialismo. Bockelman, defensor del concepto que analizo, decía que "no es el hombre en cuanto actúa sino, en cuanto es, en cuanto se presenta de un determinado modo", razonamiento éste que sirve de apoyo a Jiménez de Asúa para disvalorar la propuesta.

"A pesar de que la culpabilidad por el hecho individual es la que se ha aceptado por buena parte de la doctrina, tanto más si el Derecho penal contemporáneo es un Derecho Penal del hecho, luego la culpabilidad habrá de entenderse también como culpabilidad del hecho, no han faltado las consideraciones respecto a una concepción que vincule ambas teorías: es decir, una teoría de la unión de la culpabilidad por el hecho con la conducción de la vida. Tal es la posición de Jescheck para quien el núcleo de este concepto unitario de la culpabilidad radicaría en la culpabilidad por el hecho aunque, eventualmente, el Derecho penal tendría que contar con la culpabilidad de autor."(38)

Evidentemente, aquellos factores que no tengan vinculación con el hecho tampoco podrán ocupar lugar alguno en un concepto jurídico-penal de culpabilidad quedando, pues, excluidos los conceptos de culpabilidad de autor ya que sobrepasan la culpabilidad de autor relacionada con el hecho concreto, y en esto la doctrina se manifiesta críticamente: "los conceptos comprendidos en la culpabilidad de autor desde un punto de vista caracteriológico (culpabilidad de carácter y de la personalidad), disposicional (culpabilidad o disposición o tendencia) y psicológico (culpabilidad por la conducción o decisión de la vida), son extraños al Derecho Penal.

No sobra razón al dicho crítico de Bustos Ramírez ya que, es bien cierto que quien acoge una culpabilidad por la conducción de la vida está, en cierto modo, situándose bastante cerca de los enunciados peligrosistas, defendidos en su momento por el positivismo, consistentes a partir de una supuesta tendencia del autor a la comisión de delitos en vez de considerar el hecho cometido. En otras palabras, al unir culpabilidad de voluntad con culpabilidad por la conducción de la vida, como sostiene Bustos Ramírez, se estaría "vulnerando la función garantizadora que cumple la culpabilidad, esto es, de responder por algo determinado, por el hecho cometido, y no por la conducción de la vida".(39)

"¿Qué es, si no, la culpabilidad por la conducción de la vida que una culpabilidad moral?. Sin duda ambas nociones, culpabilidad moral y culpabilidad jurídica, son conceptualizaciones diametralmente opuestas que, si bien pueden coincidir, el prisma mediante el que analizan el proceder humano es diferente en cada caso. Incluso podemos decir que la culpabilidad jurídica es solo "una culpabilidad moral apreciada con criterios jurídicos". Sin embargo, esto no garantiza que una culpabilidad por la conducción de la vida pueda ser considerado como criterio jurídico-penal legítimo, y ello por la sencilla razón de que el reproche moral hecho al autor se basa en su decisión, indemostrable empíricamente, o por un modo de vida que se opone a la axiología social imperante; así pues, reprochar jurídicamente desde lo punitivo no podrá hacerse sino solo por la realización de un acto antijurídico frente al que se oponga una pena, procurando con esta evitar la repetición del hecho. Considero que no puede, en ningún caso, fundamentarse este reproche estatal en algo de tan difícil demostración como lo es la facultad de autodeterminación".(40)

Aun aceptando que la culpabilidad por la conducción de la vida sea una especie de culpabilidad moral, no es aceptable desde mi perspectiva jurídica. Al mundo del Derecho penal interesa exclusivamente la culpabilidad jurídica, la culpabilidad por el hecho aislado. El juicio que sobre la persona hace cualquiera de las culpabilidades de autor trasciende los límites de los estrictamente

juridico para "invadir peligrosamente el ámbito de la moral, concediendo al Estado una temible arma que convierte a la justicia en un auténtico terror penal".

Estoy convencido de que en ningún momento y bajo ninguna justificación puede el Estado incursionar, con o sin limitación, es decir, de ninguna forma, en la personalidad de los ciudadanos por muy grave que haya sido la conducta delictiva por éstos realizada. Hacerlo implicaría la violación de garantías y derechos constitucionales, además de una elemental falta de respeto a la dignidad humana.

Desgraciadamente la historia universal acusa vergonzosos y marciales compárese en la época de nacionalsocialismo, regimen bajo el cual se atribuyó el Estado el derecho a penetrar en la intimidad de la personalidad humana. Cabe decir entonces que, a no ser que se trate de un sistema político autoritario, una culpabilidad de autor no es compatible con un sistema constitucional de un Estado de Derecho en la medida que contraviene los principios fundamentales que de dicho sistema se desprenden.

Queda señalada ya la vocación moralista que no jurídica de la culpabilidad por la conducción de la vida, pero no sobra recordar ahora que la culpabilidad que incumbe al Derecho en general, y al penal en particular, es solamente de orden jurídico. Para el reproche de culpabilidad sólo son decisivas las representaciones de valor del Derecho y no las de la moral. En consecuencia, "en el veredicto de la pena criminal sólo debe verse la desaprobación, declarada en nombre de la comunidad jurídica, de la conducta culpable en la forma de censura jurídica"

El campo de la moral, y una culpabilidad en tal sentido, es exclusiva para los moralistas. Los juristas debemos atenernos a conceptos jurídicos cuya racional verificación empírica sea una posibilidad

LISTAS BIBLIOGRAFICAS CAPITULO III

- 26).- Muñoz Conde.. Derecho Penal y Control Social.. Fundación de Jerez. España. Pág. 114.
- 27).- Ojeda Velázquez Jorge.. Derecho Punitivo.. Editorial Trillas.. México. D. F. 1993.. Pág.97
- 28).- Ojeda Velázquez.. Ob. Cit. Pág. 97.
- 29).- Ojeda Velázquez.. Ob. Cit. Pág. 98.
- 30).- Ojeda Velázquez.. Ob. Cit. Pág. 339.
- 31).- Ojeda Velázquez.. Ob. Cit. Pág. 340.
- 32).- Ojeda Velázquez.. Ob. Cit. Pág. 341.
- 33).- Ojeda Velázquez.. Ob. Cit. Pág. 342.
- 34).- Quintero Oliveros.. Derecho Penal.. 1a. Edición. Editorial Gráficos Signo. Barcelona España. 1986.
- 35).- Vidaurri Arechiga Maucí.. Culabilidad por el hecho o culpabilidad de autor.. Revista Investigaciones Jurídicas . Universidad de Guanajuato.. Boletín 49, Enero-Marzo, 1993.. Pág. 63.
- 36).- Vidaurri Arechiga.. Ob. Cit. Pág. 66.
- 37).- Idem.. Pág. 66.
- 38).- Idem.. Pág. 66-67.
- 39).- Jescheck Hans.. Tratado de Derecho Penal.. 1a. Edición. Editorial Bosch. Barcelona España. 1981. Pág. 583.
- 40).- Vidaurri Arechiga.. Ob. Cit. Pág. 69.

CAPITULO CUARTO

LA REFORMA DEL CONCEPTO PENA A PARTIR DE 1993.

SUMARIO.- 1.- Que hacer con la pena; 2.- Desarrollo de los sustitutos de la prisión; 3.- Improcedencia de la prisión preventiva; 4.- Propuesta de reforma legislativa integral sobre las penas sustitutivas de prisión.

QUE HACER CON LA PENA.

Si en este momento se tuviera que definir la función de la pena se haría muy mexicanamente, con estas dos palabras *in modo*. Efectivamente, todas las teorías de la pena que se han enunciado son falsas, todo lo que nos dice la ciencia social acerca de la pena nos muestra su multifuncionalidad, las funciones tacitas que no tienen nada que ver con las funciones manifiestas que se le quiere asignar.

"De modo que la pena está ahí, ni modo, como un hecho político, como un hecho de poder, como un hecho que está presente y que no se puede borrar". Pero, claro, la pregunta que se me haría ahora sería: Porque sigue haciendo derecho penal el estado si se considera que la pena es un hecho político, que es un hecho extrajudicial, un hecho que no tiene legitimidad?. Bueno, no se trata del único hecho político que hay en nuestro mundo que no puede ser legitimado.

Basta abrir cualquier periódico para darnos cuenta de que ahí está la guerra, las guerras, miles de muertos por todos lados, y de entre ellas nos enteramos solo de algunas. Sabemos de Yugoslavia porque está en Europa de las otras de las que están fueran de ese continente apenas nos enteramos, por que de ellas los medios masivos casi no se ocupan. Claro como los que mueren son negros entonces importan menos no tiene el mismo impacto y, por lo tanto, se comunica menos. Pero el hecho es que ahí está la guerra a pesar de que si abrimos la carta de las naciones unidas, nos damos cuenta de que sobre la base de ese documento, la guerra es ilícita, sin embargo, ahí está la guerra.

Si nos vamos al derecho internacional nos encontramos con que los convenios de Ginebra establece que en la guerra a los prisioneros hay que tratarlos de cierta manera, que no hay que bombardear hospitales, que no hay que matar población civil, que hay que intercambiar prisioneros de tal manera, que hay que darle cierto trato, etc.

Así que cualquiera diría ¿se habrán vuelto locos los internacionalistas?. Por un lado dicen que la guerra esta prohibida y por otro lado se ponen ha establecer condiciones a un hecho ilícito.

Es parecido, mas o menos, a que nosotros tuviéramos, por una parte, un tipo que establece el delito de robo y por la otra un tipo que estableciera condiciones para el robo, algo así como si se dijera: "Cuando usted robe, robece la nevera, pero de ninguna manera vaya a robarse la cama de nadie". Parece una locura, pero no hay ninguna contradicción, se trata por el contrario de asumir una realidad, el hecho de que la guerra es un fenómeno extrajurídico, una manifestación de poder.

Durante muchos años se pensó mediante la teoría y sus instrumentos jurídicos, eran bastantes para el hecho del poder de la guerra, tal cual nosotros seguimos creyendo que por este medio que decimos se reuna el hecho del poder punitivo.

El poder punitivo esta fuera de la agencia jurídica: el poder punitivo lo ejerce otros. A nosotros nos dejan hacer un discurso hasta ahora legitimador del poder punitivo y nada más.

Me parece que lo mismo puede hacerse en el derecho penal es decir, podemos redefinir el derecho penal de la misma forma que el derecho internacional humanitario, y conseguirlo como un discurso para limitar, para reducir, para agotar y eventualmente, si se puede, para cancelar el poder punitivo. Con esto volveríamos de alguna manera, a refundar un derecho penal liberal

una segunda versión del derecho penal liberal, no la del comienzo del siglo pasado, sino una versión mucho más sana en su fundamento.

Pero habría una segunda contradicción es decir, la de conseguir un derecho penal como discurso reductor del poder punitivo, como discurso que se esfuerce que es cuidadoso y que le sugiere a los jueces doctrinas para reducir el poder punitivo. Y es que, como operador de una agencia jurídica concebí esto es fundar el derecho penal en una teoría agnóstica de la pena.

En general, las penas privativas de libertad cuya legitimidad se debate doctrinalmente en Latinoamérica no inventan mucho con relación a las que se conocen en toda la legislación comparada. Así, entre estas se puede intuir la pena de multa con el sistema de día-multa o como en algunos países la pena de multa para reparar el daño, es decir, que durante un determinado tiempo el sujeto comprometa una parte de su ingreso o salario en favor de la víctima; otras serían, el arresto de fin de semana; la realización de trabajos de utilidad pública fuera de los horarios normales de trabajo del sujeto; ciertas limitaciones al tránsito etc.

Como puede verse muchas de estas posibilidades no son novedosas; muchas existen ya en nuestros códigos. Por ejemplo, la legislación mexicana tiene una cuantía de ellas desde hace sesenta años. En definitiva se trata de tentativas para aumentar el ámbito de la condena condicional, o mejor aún, el ámbito de la libertad condicional. Este concepto seguramente sería criticado por un jurista puro; Pero desde el punto de vista político-criminal, serían saludables, ya se aplican inclusive en los sistemas franceses e ingleses.

En la actualidad, a todo suele llamársele penas alternativas, porque serían alternativas a la pena privativa de libertad, que históricamente también fue alternativa a la pena de muerte. De este modo tendríamos que reconocer que serían alternativas a la alternativa.

La lógica de estas penas serian las siguientes: Desde el momento en que ponemos junto a la pena privativa de libertad, penas no privativas de libertad, habría menos aplicación de la primera y se reduciría el número de prisioneros en nuestras cárceles. Esa es la lógica penal la lógica que manejan los penalistas.

Otro de los posibles resultados lo es que las penas privativas de libertad se apliquen muy poco, reemplazando algunas penas de prisión lo que aliviaría en parte los índices de encarcelamiento. Otro, es que estén en el Código Penal y que se apliquen a personas de otra forma nunca serian encarceladas con lo cual aumentaría un poco el ámbito de lo punible. Otra es que esta dos últimas variables se hagan en cierta escala significativa.

Si redujéramos estas alternativas a tres, diríamos que es posible:

1.- Que estén en el Código y no se apliquen nunca;

2. Que estén en el código y se apliquen en sustitución de algunas penas privativas de libertad, con lo cual se reduciría considerablemente el ámbito de la pena privativa de libertad y

3.- Que nos encontremos conque están el Código Penal y que tenemos el mismo número de presos o en que tenemos un número parecido o superior de condenados a penas no privativas de libertad con lo cual habríamos aumentado el número de penados sin disminuir el número de encarcelados.

Por lo tanto puede ser un instrumento que reduzca el ámbito de la penalización o que aumente el mismo o bien, puede ser un instrumento que quede en el código penal y que no sirva para nada.

No se trata de que el político en turno acuda al ámbito de la justicia penal para garantizar su clienteliza que lo lleve a elevar su popularidad, para que proponga un proyecto de penas alternativas.

A mi juicio, para que en las penas alternativas tengan realmente alguna eficacia reductora del número de encarcelados, es necesario que se establezca dentro del marco de una decisión político-criminal previa: la de no aumentar el número de presos. Debemos dejar de incrementar el número de presos por que si tenemos cárceles sobrepobladas y construimos nuevas cárceles lo que tendremos sera mas cárceles sobrepobladas.

La materia prima de la penalización es inabarcable, de modo que ahí donde se opera la decisión política, debe tomarse racionalmente la decisión de limitar directamente el número de presos.

Así que en todo el sistema penal es un sistema de alternativas, porque efectivamente, hay alternativas informales con las cuales no se corre el riesgo de penalizarlos. Ciertamente, hay alternativas formales de penalización que reduce el ámbito de la criminalización primaria, como la famosa descriminalización; pero hay también alternativas informales que implica no intervenir directamente en todo lo que hacemos sino, en las que el sistema penal no se ha enterado.

Después se tienen otras alternativas la prescripción que es una forma de reducción del ámbito de la criminalización. Después tenemos lo que llamaríamos proceso de criminalización secundaria, se trata de una criminalización interrumpida se da en todos los casos de absolución por defectos de forma, por nulidades fundadas en tales defectos, ya sea de instrucción, en la acusación o en las formas de la sentencia. Todas las absoluciones por falta de pruebas, todas las absoluciones por el indubio pro reo, son formas en la que el proceso de criminalización queda interrumpida y también son alternativas.

Después tenemos los indultos y las conmutaciones. Como vemos, existen distintas alternativas, de modo que llamar alternativas a un listado y decir que es el gran descubrimiento de la política criminal contemporánea, es algo falso. En algunos países Europeos hoy en día se manejan

códigos penales muy severos, pero después en la ley penitenciaria aparecen disposiciones que permiten de alguna manera ir reduciendo la pena de modo que, en realidad, esas penas formalmente tan graves en la práctica representan un encierro mucho más breve.

La ley penitenciaria pasa a las agencias políticas con menos problemas de modo que aun castigo formal muy severo se le puede plantear como alternativas otras medidas aplicables en la ejecución.

Ahora bien, con todo lo que estoy diciendo, daría la impresión de que me estoy olvidando de un tema central: nuestras cárceles no están sobrepobladas de condenados sino que lo están de procesados. La primera alternativa que tendríamos que establecer es un código procesal racional. En nuestra legislación aparece el delito y con ello la prisión preventiva, aquí se está violando el principio de inocencia de ello no cabe la menor duda; pero repito, la prisión y la pena son como la guerra ni modo ahí se está violando el principio de inocencia, "primero lo encierro y después lo proceso".

Tiene sentido, en todo caso, dictar la prisión preventiva si la voy hacer efectiva, pero no lo tiene dictárcela a todo el mundo y después soltarlos mediante el proceso de excarcelación ese es el absurdo.

Abría que reconocer que la prisión preventiva no es una Institución Procesal, es una institución penal. Prisión preventiva y principio de inocencia son dos cosas que se enfrentan de manera irreductible. Pretender que la prisión preventiva es una medida cautelar es un absurdo, si la medida cautelar que se me aplica no resulta justificada, cuando ya se tuvo un encierro por algunos años o meses quizás, eso, en términos de libertad es imposible de reparar, por ende asimilar la prisión preventiva a una medida cautelar no puede ser válido.

Por otro lado, el carácter de pena de prisión preventiva es reconocido por el propio derecho penal, cuando en caso de condena computa el tiempo de reclusión preventiva como parte del cumplimiento de la pena. así que se trata de una pena que se aplica, por las dudas, al sujeto.

El procesado por principio, no puede estar en peor situación que el condenado: en consecuencia, no podemos negarle la alternatividad a la pena que le estamos haciendo sufrir, cuando no lo hacemos en el caso del condenado.

Creo que vale la pena jugar la carta de la decisión político criminal de reducir el número de presos, lo que si es absolutamente ridículo es que si vamos aumentando el número de cárceles y, al mismo tiempo que incrementamos su capacidad material, pretendamos aplicar las llamadas penas alternativas a la prisión.

En resumen, si queremos reemplazar la prisión por alternativas a la misma, detengamos el aumento en el número de celdas y cárceles.

2.- DESARROLLO DE LOS SUSTITUTIVOS DE PRISION

La privación punitiva de la libertad constituye una sanción relativamente reciente. La antecede, a lo largo de siglos la privación cautelar de la libertad: prisión preventiva del inculpaado hasta que se dicte sentencia y se ejecute la pena establecida en esta.

La prisión preventiva surge para desacreditar la pena de muerte, además de los graves errores judiciales que contribuyeron a encender la opinión pública en contra de la pena capital.

La prisión puede servir, en hipótesis a cualquiera de los objetivos regulares de la pena, e a todos ellos: retribución, intimidación, expiación, control de la delincuencia o readaptación

social, esta constituye un esfuerzo para colocar al individuo en condiciones de no volver a delinquir cuando regresa la vida misma (reincursión social). La readaptación no implica una desvelada alteración de la personalidad del reo, sino dotarlo con los medios cuya carencia pudo precipitar o determinar la conducta antisocial: salud física y síquica, educación y capacidad laboral.

Se pretende que la prisión sea útil para la readaptación social del recluso. La cárcel encierra una paradoja formar hombres libres en cautiverio, esto es, calificar para la libertad en un medio ajeno a la libertad, esto es un contra sentido, las prisiones conspiran contra el proyecto de mejorar a los reclusos. Empero todo hace suponer que la pena privativa de libertad no desaparecerá en el futuro previsible, sin embargo, su crisis habrá la puerta hacia nuevos horizontes, en ellos se localizan los sustitutos.

La idea de fomentar la reconciliación entre el victimario y la víctima, alentar la reparación del daño y desjudicializar la solución de los litigios penales, se abre paso en una propuesta para la reforma penal en el Estado, donde se consultarían dos hipótesis de sustitución, aplicables lo mismo cuando se trata de delito perseguible de oficio que cuando la persecución depende de la formulación de querrela.

En primer término, se podría prevenir la suspensión condicional de la ejecución de la condena (es decir, la condena condicional), en forma imperativa, no sólo potestativa para el juzgador, en el caso de que se haya dispuesto multa o semilibertad, como pena directa o como sustitutivo de la prisión, y sobrevenga la reconciliación entre el inculcado y el ofendido, espontáneamente o propiciada por la autoridad ejecutora, en forma tal que manifieste la readaptación social del infractor.

En segundo término, se podría contemplar la misma suspensión de la ejecución de la condena si se está en la hipótesis mencionada en el párrafo anterior, cuando "una vez

notificada la sentencia el infractor pague inmediatamente u otorgue garantía de pago de los daños y perjuicios causados, a satisfacción del ofendido".

A la luz de las circunstancias descritas, surgen las instituciones modificativas de la prisión. Unas pretenden suprimir, ab initio, la ejecución de la pena privativa de libertad o relevarla en casos concretos para moderar el impacto de las consecuencias penales sobre el reo primerizo. Otras buscan aliviar el exceso de la prisión son los correctivos clásicos y modernos de la sanción privativa de la libertad. A la primera especie pertenecen la condena condicional, la libertad bajo tratamiento, la semilibertad, el trabajo en favor de la comunidad y la multa substitutiva de la cárcel; a la segunda, la libertad preparatoria y la remisión parcial de la prisión.

En todos los casos se trata de cancelar, sustituir o reducir la prisión. En todos campea el rechazo a la cárcel. Por este rumbo ha transitado el derecho penal moderno, adverso a la prisión punitiva. Semejantes preocupaciones han minado el empleo de la prisión preventiva, una pena que se anticipa a la pena misma.

Será precisamente la idea de la readaptación social (o resocialización, reincursión, rehabilitación, etc.) el cimiento de los substitutivos, asociada con el concepto moderno y militante de los derechos humanos y con la reducción en la intensidad de los instrumentos penales como medios de control social.

En términos generales, hay dos categorías de substitutos de la prisión. Algunos de éstos tienen entidad propia, y por ello pueden ser calificados como "puros" o de "primer grado", efectivamente, no se construye a partir de la prisión misma o de otros substitutivos. Como son los casos de libertad bajo tratamiento que tiene, sin embargo, tiene parentesco con una medida de seguridad: el tratamiento extrainstitucional de inimputables; y de la multa, que constituye una sanción autónoma, con carácter e historia propios, empleada, a veces, como substituto de la prisión.

podiera clasificarse en esta misma categoría al trabajo en favor de la comunidad, aunque no faltará quien observe que constituye una versión moderna y piadosa de la vieja sanción de trabajo en obras públicas, galerías o minas, y que en todo caso corresponde a la pena de trabajo aludida hoy en día en el tercer párrafo de artículo 5o. constitucional.

Por otro lado, existen los sustitutivos "mixtos" o de "segundo grado", que se componen con elementos de la prisión y de otro sustitutivo, que de ese modo resulta preordenado o rector del que ahora llamo mixto o de segundo grado. Esto sucede en la hipótesis de la semilibertad, integrada, en nuestro derecho positivo a partir de la prisión y de la libertad bajo tratamiento.

Una clasificación más de las sanciones sustitutas se sustenta en el motivo y la finalidad de la sustitución. Regularmente, los sustitutivos se asocian a las características del hecho punible, las particularidades del reo y los requerimientos del tratamiento bajo el signo de la readaptación social, aun cuando difícilmente se ausentarán los demás propósitos de la pena que en esta hipótesis se mantienen a distancia, con recato.

En otros casos, que desde luego son los menos, la sustitución se vincula con principios de oportunidad política. Aquí se toman en cuenta, por supuesto, las condiciones del delito ante todo, que se trate de una conducta punible de esta naturaleza y del infractor. En la especie, se suele hablar de la conmutación. Sin embargo, por encima de la designación que recojan las leyes y de los límites normativos que las denominaciones provoquen, subsiste el hecho, que califica el fondo de que en la conmutación nos hallamos también ante la sustitución de la pena privativa de la libertad por otra de diverso carácter.

Igualmente, se puede clasificar a los sustitutivos en atención a la autoridad que los dispone. Los sustitutivos que aquí interesan mayormente proviene de una resolución jurisdiccional. En otros casos, quedan en manos de la autoridad administrativa, ejecutora de las

sanciones, al menos en un régimen con las características del mexicano, en el que la ejecución es íntegramente administrativa.

A partir de 1983 hubo numerosas modificaciones en la legislación penal mexicana, sustantiva y adjetiva. En su mayor parte, militaron en la línea trazada por las reformas de 1983. Luego vendrían reformas constitucionales, practicadas con excesiva premura en 1993, seguidas de un gran número de cambios secundarios, vinculados con dichas modificaciones en la ley penal.

Para los fines del actual estudio, en este conjunto destaca, primero, el proceso de reforma en 1991, que culminó en el importante decreto del 16 de diciembre de dicho año, publicado el 30 del mismo mes. En este hay novedades a propósito de los sustitutivos vigentes en 1995. Sobre los desarrollos de la reforma de 1991 hubo opiniones favorables y pareceres críticos, precisamente a propósito del tema que ahora examino.

En la reforma de 1991 permanecieron sin cambio algunos artículos. En tal virtud, se mantuvieron los textos que enuncian y describen los sustitutivos penales establecidos en 1983. Tampoco hubo cambio, donde aparece la sustitución de la multa no pagada por trabajo en favor de la comunidad o libertad bajo vigilancia. Asimismo permanecieron intactos los artículos que hablan sobre la revocación de los sustitutivos, fianza para el cumplimiento de las obligaciones inherentes a la sustitución y conmutación por el ejecutivo.

En cambio hubo reformas interesantes para los fines del presente análisis en los artículos, que no modificaron la vinculación de los sustitutivos con ciertos elementos de la condena condicional señalado anteriormente.

En este mismo proceso fue elaborado para señalar que el supuesto de punibilidad alternativa "el juez podrá imponer, motivado en su resolución la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial".

En la cuenta favorable de la reforma del 91 figura la ampliación de supuestos de pena alternativa, lo cual mejora el régimen precautorio procesal, pues elimina la prisión preventiva, y aligera el sistema ejecutivo dado que habré la vía para el empleo de alternativas de la prisión.

La nueva formula anteriormente señalada se orienta evidentemente en favor de las sanciones no privativas de libertad y obliga a fundar la prisión, cuando se opte por esta en una precisión difícil: que sea ineludible a la luz de la justicia y la prevención general y especial. Es manifiesto el desacierto del legislador al referirse aquí a la prevención general como criterio de la individualización judicial de la pena.

A la reforma de 1991 siguió el cambio legal penal de 1993 impulsado por la modificación constitucional de este último año, ya mencionada, pero sobre todo por el horizonte abierto en 1983 aún cuando fueron poco afortunadas varias de las reformas en la materia que ahora examino.

"Entre las variaciones importantes en el tema de los sustitutivos a efecto de establecer: que el trabajo en favor de la comunidad no únicamente se emplee como un sustitutivo de la prisión o de la multa, sino que se utilice en forma independiente pudiendo de esta manera imponerse como una verdadera pena autónoma"(41)

El trabajo en favor de la comunidad puede ser pena autónoma o sustitutivo de la prisión o de la multa. Esto es indudablemente cierto, aunque no era indispensable decirlo en ese precepto. Se tiende, con razón, a ampliar las posibilidades de aplicación de las medidas sustitutivas de la prisión como penas autónomas esto es, no emplearlas apenas en calidad de sucedáneos de la privación de la libertad por determinación del juzgador, sino también cada vez que resulte aconsejable, como sanciones previstas legalmente, en forma directa y exclusiva, con respecto a determinadas hipótesis delictuosas

Este camino, seguido por el legislador últimamente, se abrió también, como otras muchas soluciones renovadoras del ordenamiento penal desde hace varios años en efecto, la ley de vías generales de comunicación previo la aplicación alternativa de trabajo en favor de la comunidad (30 a 90 días) o multa en caso de delito previsto por la ley.

Es claro que el legislador de 1993 pudo haber avanzado más en este campo, considerando también la posibilidad de aplicación autónoma o directa de las sanciones de tratamiento de libertad o semilibertad. No fue así. Quizás lo impidió la premura legislativa.

En la misma cámara de diputados se llevo adelante una útil reflexión acerca de los delitos a cuyos autores y partícipes conviene aplicar directamente la sanción de trabajo en favor de la comunidad, no la pena de prisión sustituible. En este campo, el dictamen expreso diversas consideraciones que sustentaron en su momento, el cambio de la funciones previstas para una serie de delitos relativamente leves, combinados con penas de prisión reducidas y multa alternativa o copulativamente.

"Los dictaminadores esgrimieron tres argumentos en favor del empleo del trabajo en favor de la comunidad como sanción autónoma para determinados delitos. Se hizo ver, en primer termino, que los delitos tomados en cuenta para tal propósito no se consideran graves, y por ello resulta excesiva la pena de prisión, puesto que en muchos casos, por carecer de recursos económicos las personas que cometen algunos de los delitos mencionados no tienen la posibilidad de cubrir la multa, por lo que se ven obligados a compurgar la pena corporal"(42)

Dentro de la misma línea de consideraciones, se adujo en segundo termino que "se corre el riesgo de que al ser internado en alguno de los centros de readaptación social dichas personas se contaminen con otros reos, desvirtuándose así el espíritu de los sistemas de readaptación social".

Por último, el dictamen invoca un factor más en apoyo de la reforma: "La sobrepoblación de internos en el centro de readaptación social".

A mi modo de ver, no es la sobrepoblación por sí misma, lo que conviene considerar, sino la racionalidad en el empleo de la pena privativa de libertad en el uso de otros expedientes penales, como los sustitutivos, no se trata simplemente de poblar o despoblar prisiones, sino de aplicar con sensatez las medidas pertinentes desde el ángulo de una bien fundada política criminal del estado. En función de esto habría de resolverse el problema.

En suma a la luz de los cambios legales practicados desde 1991 hasta 1993 se amplía extraordinariamente la posibilidad de aplicar la sustitución de la pena privativa de libertad por otras sanciones.

Así entonces el Estado que guarda la materia es el siguiente: Es posible aplicar la condena condicional cuando no exceda de tres años de prisión la pena impuesta en sentencia; la de sustituir la prisión por trabajo en favor de la comunidad; la de sustituir por tratamiento en libertad la prisión que no sea mayor de tres años y además la sustitución por multa cuando la pena privativa de libertad no sea superior a tres años.

Para la comprensión de estas reformas, que concurren a diseñar el régimen general de los sustitutivos es conveniente recordar que el derecho mexicano moderno a procurado reducir constantemente la privación precautoria y punitiva de libertad, optando por otro género de medidas procesales o penales que no aparejan reclusión del inculcado o del condenado.

También es preciso que el sistema general de sanciones sea racional, en el sentido de que procure obtener con el menor sacrificio posible de bienes jurídicos individuales y colectivos los diversos objetivos a los que ese sistema sirve en la hora actual.

En este punto, se imponen la congruencia, la ponderación del equilibrio para contribuir al desarrollo de un régimen penal humanista al que algunos denominan democrático.

Es obvio que el reformador penal debe actuar con serena reflexión, no ocurre esto cuando se avance con precipitación sin asegurar la firmeza de la obra. Beneficiar al delincuente sin miramiento para el ofendido y la sociedad es por lo menos tan deplorable como beneficiar a estos sin miramiento para el infractor. En este ámbito la desmesura es poco recomendable aun cuando se ampare en la mejor voluntad y la más recta intención.

Multiplicar los sustitutivos para impedir reclusiones improcedentes, es indudablemente acertada; a no lo es tanto multiplicarlos sólo bajo la idea de despresurizar las prisiones como se suele decir sabiendo que esto implica excarcelar a quienes no debieran salir de prisión y poner en peligro los intereses legítimos y los derechos de la sociedad, en general, y de muchos individuos en particular.

En todo caso, la experiencia reunida hasta ahora pudiera ser útil para el código penal del futuro, si sucede, como se dice que pronto habrá un nuevo ordenamiento sustantivo. Costener que se necesita un nuevo código penal resulta anticuado, en todo caso hay otros factores predominantes a los que es necesario atender, por ejemplo la decadencia de valores morales que dan fundamento y orientación a la conducta la profunda crisis económica que acentúa un hecho doloroso propiciado por políticas desafortunadas: la creciente opulencia de los menos y la manifiesta indigencia de los más.

3.- IMPROCEDENCIA DE LA PRISION PREVENTIVA

Las tendencias modernas en la política criminal y entre ellas las que predominan en el derecho mexicano se han ido encaminando a limitar lo más posible las penas breves privativas de libertad. Las opiniones que propicia este cambio en la naturaleza de las penas sean venido

reafirmando desde 1983 a nivel federal y encuentran su punto culminante en las reformas de una década más tarde, de la que ahora nos ocupamos.

No sólo el legislador mexicano ha precisado los fundamentos para descalificar la justeza y utilidad de la pena de prisión. Son principalmente los tratadistas más destacados los que han introducido tales cambios debido al peligro vergüenza de la cárcel.

Sin embargo, a pesar de que en un plano teórico existe una coincidencia bastante generalizada en contra de la pena de prisión, en la práctica se presenta una gran resistencia no sólo para la adopción en instrumentación de las nuevas penas que buscan sustituirlas, sino también para aceptar una reducción de la prisión preventiva.

Mantener a una persona en prisión preventiva implica su encarcelamiento que por definición debe ser breve, e imponer una pena de prisión de corta duración seguramente en nada contribuye a su reintegración social no a garantizar la seguridad pública sino por el contrario, encarcelamiento favorecerá aptitudes y aprendizajes para cometer nuevos hechos delictivos etc.

Nuestra legislación penal como en la de otros estados de la república regula, la posibilidad de aplicar penas alternativas a ciertos delitos, generalmente la pena alterativa de prisión es la multa. La alternatividad consiste en que, para determinados delitos el juez puede aplicar penas no privativas de libertad, considerando ciertas características del hecho delictuoso y del acusado. La aplicación de una u otra sanción quedan al criterio del tribunal que realiza la determinación de la pena al momento de dictar sentencia.

Ya en el artículo 16 Constitucional se establece que "solo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva". Se entiende por pena corporal aquella que es forzosamente privativa de la libertad, en contraposición a las penas alternativas. Ahora bien, en los

delitos cuya punibilidad contempla penas alternativas, no puede considerarse a priori que se trate de un delito que merezca pena corporal, por lo mismo no procede la prisión preventiva.

"Si la norma tipificadora en consulta, señala la pena privativa de libertad, o la multa, o ambas, a juicio del juez precisamente en ello radica la naturaleza alternativa dual, y la prisión preventiva entraña un procedimiento que prejuzga sobre la apena. Esta debe sobrevenir como efecto del fallo definitivo, y la reclusión anterior solo es dable en los términos de la disposición constitucional antes apuntada; más ante la incertidumbre que provoca la norma que ese libra a favor de la potestad judicial, la elección, el auto de formal prisión tiene verdaderos efectos de la sentencia al restringir la libertad física del inculcado".(43)

El efecto que produce la alternatividad de las penas sobre la prisión preventiva ha sido también analizado por distintos autores que sostienen la idea ya apuntada.

Hasta aquí nos hemos limitado a enunciar los vicios, excesos y defectos de la cárcel cautelar, e incluso he dejado entrever la necesidad de desterrar de nuestro sistema jurídico tan anacrónico e ineficaz instituto.

Sin embargo, considero que el problema debe abordarse con sumo cuidado, ya que por una parte es lógico que proponga las medidas sustitutivas y, por la otra, que se tenga en cuenta lo ya existente. No se trata de destruir, sino de edificar con el material que se dispone, sea bueno o malo. En otras palabras, un cambio radical resultaría inoperante y poco bienvenido en la conciencia de la sociedad; creo, a ciencia cierta, que una reforma de tal magnitud debe ser paulatina y moderada, no tibia y cobarde.

En relación con este planteamiento, "Elias Neuman afirma que sería imprudente generalizar la abolición completa de la reclusión, puesto que es necesaria para un grupo de

delincuentes habituales y recalcitrautes que representan un riesgo constante para la comunidad: a ellos deberá aplicarse la prisión tradicionalmente murada y el régimen severo, pero con tiento y humanidad, estudiando y alertaudo los casos en que la posibilidad del traslado a un establecimiento de menor rigorismo puecia ser benéfico".(44)

En analogo sentido, conviene recordar los conceptos del penólogo español Cuello Calón, quien apunta que indudablemente muchos de los argumentos que contra el cautiverio se esgrimen son muy fundados: es causa de graves males físicos y morales para el recluso, pero querer resolver los arduos conflictos que esta sanción implica por el medio simplista y tajante de proponer su (desaparición) es excesivo, es una pretensión utópica que corre pareja con la que propugna por la eliminación de toda pena.

En cuanto al sujeto concierne, la prisión preventiva es la medida que menos se justifica, por dos motivos: primero, porque se impone a alguien contra el que sólo existen fundadas sospechas indicios que hacen suponer que ha cometido o participado en un delito punible con pena corporal, lo que significa, en resumen, que se le aplica a un hombre todavía no declarado culpable por sentencia judicial firme: en segundo lugar, porque si de acuerdo con la ley y los tratados internacionales debe presumirse inocente al encausado, hasta que no se demuestre lo contrario, no puede restringírsele su facultad deambulatoria, lo que se traduce, indudablemente, en una violación flagrante del derecho fundamental del individuo a su libertad personal.

Por lo que toca al Estado, se habla de que en uso de su imperium dicta una ley para el grupo que le esta sometido, regulación que además de instituir la reclusión precautoria, fija sus condiciones y modalidades, siempre segun el legítimo deber de proteger a la comunidad en sus reclamos de seguridad y justicia, contra todo aquel que irrumpa el orden armónico establecido.

Para concluir, Rodríguez y Rodríguez califica como una injusticia necesaria, ineludible y por ello todavía tolerable, la figura de la detención lato sensu, pero no pasa por alto el hecho de que la doctrina haya demandado la inmoralidad de su contenido afflictivo, lo cual representa el reto a superar: es un mal que debe evitarse, "es una medida excepcional que no debe considerarse sino a título de extrema y rigurosa solución y, en consecuencia, quedar estrictamente circunscrita dentro de los límites de necesidad (impostergable)".(45)

Es la práctica judicial y policiaca la que ha suscitado las mas enconadas censuras y denuncias hacia el régimen penitenciario precautorio, y ha sido el talón de Aquiles del enjuiciamiento penal mexicano, a grado tal que ya desde el siglo pasado llegó a considerarse como plaga.

Por muy civilizada una comunidad que se aprecie de ser, no puede dejar de repugnarle el hecho de que alguien atente contra su tranquilidad y orden. Sería irrisorio concebir la sanción del delito como premial, puesto que, por lógica reacción humana, se estaría invitando abiertamente a delinquir.

El mundo no estaría protegido contra los cruentos embates de la criminalidad, si no se buscaran sustitutivos idóneos que, válidamente y sin detrimento de la dignidad del afectado, logran los objetivos de la prevención general. Sin embargo, lamentablemente en todo grupo humano hay escorias que no merecen el disfrute de los beneficios propugnados en este trabajo, personas en las que parece anidar la maldad, en las que no hay atisbo siquiera de convivencia y a las que fácilmente podría calificárseles de enfermas sociales. Ante lo infranqueable, no hay más remedio que proceder con mayor severidad, sin perder de vista que se trata de una criatura incorregida, no incorregible.

En consecuencia, el principio genérico tiene que respetar el derecho de todo procesado a permanecer en libertad, salvo que se ubique en cualquiera de las dos hipótesis que examinaré a continuación.

1.- La peligrosidad del sujeto. Este es un viejo resquicio de la terminología positivista que aún hoy resulta difícil discernir con claridad. Su definición, según la observación de López Rey, es de "indole circunstancial y el mundo exterior juega un papel fuertemente decisivo y no simplista predecible en su manifestación.

No obstante lo anterior, esta excepción mira al individuo en lo particular, y el ilícito en sí resulta ajeno. Si se parte de la base de que el delito lo comete una persona, la medida que se imponga como consecuencia de la actualización de la hipótesis normativa, deberá atender a las características y circunstancias especiales del sujeto activo, de forma independiente del hecho.

2.- Naturaleza del delito. Considerada la anterior hipótesis como subjetivo-fáctica, precisamente por cuidar sólo del transgresor de la ley, también es dable estudiar la previa y especial valoración en torno a la peligrosidad social que represente el delito en sí, en una fase objetivo-normativa.

Mediante el tipo penal -descripción de la conducta-, el Estado crea situaciones abstractas e impersonales que, a merced de un supuesto fáctico, harán nacer consecuencias en el ámbito legal. Son esos resultados los que tendrán relevancia para saber si el hecho es de tal seriedad que merece que al sujeto activo se le niegue la oportunidad de beneficiarse con algún sustitutivo de la prisión.

Pero para salvaguardar la certeza y seguridad jurídica, previamente se establece qué delitos no podrán someterse al régimen propuesto. Obviamente, interviene un aspecto de

suma relevancia: el interés general. Sin embargo, hay que evitar caer en el uso anárquico de la expresión, para no incurrir en la acostumbrada demagogia de sin número de disposiciones, especialmente administrativas.

Los conceptos expuestos hasta aquí, obligan a señalar los efectos de las dos excepciones analizadas.

a) Bien sea que el indiciado haya realizado un que hacer ilegítimo, prevalorado como socialmente peligroso, o que, gracias a un exhaustivo examen multidisciplinario, se le atribuyan características personales de comportamiento riesgoso para permitirle la libre vida en sociedad, quedará sometido a prisión preventiva.

En este régimen, al cautivo se le inducirá a su rehabilitación comunitaria, para prepararlo al excarcelamiento. No importa el origen de la excepción: serán suficientes los datos que surjan de los estudios practicados al individuo, para que el juzgador tome la determinación.

En toda diligencia que afecte los intereses del encausado, según los cánones propuestos, deberá escuchársele en defensa, dejándole expedito su derecho para probar su dicho. Por lo demás, la mecánica para tramitar el juicio queda intacta.

b) Si no hay razón, teniendo en cuenta lo descrito en el párrafo precedente, el sujeto será procesado sin sufrir menoscabo en su libertad física. Lo único que deberá garantizar será su eventual sometimiento al juicio, la reparación del daño y mostrar signos suficientes de perfecta adaptación comunitaria.

Es probable que en un futuro no muy lejano, las hipótesis ahora consideradas como sustento para la reclusión sean reemplazadas por otras más atinadas que, finalmente, propendan a la restricción hoy, y a la eliminación mañana, de tan drástica medida precautoria.

4.- PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA INTEGRAL SOBRE LAS PENAS SUSTITUTIVAS DE PRISION

Mediante toda propuesta se persigue establecer y regular diversas variantes en la aplicación de las sanciones penales: las penas sustitutas de prisión consistentes en prisión intermitente, trabajo en favor de la comunidad y régimen especial en libertad entre otras ofrecen mayor oportunidad de desarrollo personal e integración social a quienes por haber cometido ilícitos menores puedan cumplir una sanción penal sin necesidad de estar prisión.

Con los sustitutivos de prisión se amplía el espectro de penas que la autoridad judicial puede imponer y se facilita una mayor racionalidad y eficiencia del sistema penitenciario. Esto se traduciría en la disminución de la sobrepoblación en los centros de reclusión, aunado a la posibilidad de proporcionar una mejor atención a los internos que permanezcan en ellos. Asimismo, se reducirá el gasto el público destinado a la construcción operación y mantenimiento de los centros de reclusión, todo bajo una perspectiva que da prioridad a la función reparatoria de la pena sobre la función aflictiva.

Con las reformas que aquí habrá de proponerse estimo que la sociedad tendrá una mejor garantía de que los delitos no quedaran impunes los sentenciados se verán obligados a realizar actividades encaminadas al beneficio de la comunidad o, en su caso, le sean restringidos determinados derechos con los que se evitaran las influencias nocivas que conlleva el internamiento y que a la postre conducen a una mayor inseguridad pública.

Esta iniciativa establece las bases legales para que el régimen de las penas sustitutivas sean una realidad, de manera que una porción de la población penitenciaria que en las condiciones actuales cumple inevitablemente una pena en prisión, lo haga mediante cualquiera de los sustitutivos que mas adelante habrán de numerarse.

Este proyecto de iniciativa contiene una regulación detallada de las penas no privativas de libertad, establecidas como alternativa a las de prisión y de los requisitos para su otorgamiento.

Concretamente las penas sustitutivas de prisión que habré de incorporar principalmente al título tercero capítulo primero del Código Penal que se enmarcan en el rubro de "punibilidad", son tres: la libertad intermitente o semi libertad, el trabajo en favor de la comunidad y el régimen especial en libertad, que equivale al tratamiento en libertad.

La prisión intermitente tiene una regulación similar en cuanto a su régimen aunque su duración esta restringida a un año, a partir del cual el resto de la pena se compurgará con trabajo en favor de la comunidad.

El trabajo en favor de la comunidad también se formula en términos sustancialmente análogos a los que se emplea en la legislación federal.

En el caso del régimen especial en libertad, la pena consiste en diversas restricciones específicas a la libertad que, sin impedir el desarrollo personal del sentenciado, le imponen limitaciones con un sentido formativo de protección a las víctimas en particular a la sociedad en general.

Estas medidas acordes con la naturaleza de las sanciones penales y por lo mismo susceptibles de ser individualizadas por la autoridad judicial y ejecutadas por la administrativa, superan en mucho a las medidas laborales, educativas y curativas que se prevén en formas de tratamiento de libertad cuya generalidad las ha hecho difícil de determinar y aplicar.

Se propone que el año de pena al que se refiere líneas arriba se cumpla en prisión intermitente equivalga a un periodo igual al de la sanción privativa de la libertad a la que

sustituye, de la misma manera que la pena de régimen especial en libertad tenga la misma duración que la sanción privación de la libertad por la que se cambia.

Podría quizás parecer inadecuado sustituir un día de prisión por una hora de trabajo en favor de la comunidad; sin embargo esta equivalencia no difiere sustancialmente de lo previsto en los cuerpos legales en los que se sustituye una semana de pena de prisión por tres jornadas laborables de tres horas cada uno, tal como ocurre en otros estados.

Es así, una vez individualizada la pena por la autoridad judicial, se procede una pena alternativa específica puesto de lo contrario para el mismo grado de reproche determinado en la duración de la pena de prisión, se impondrían penas sustancialmente distintas. Estos sustitutivos concuerdan con un principio constitucional del *nom bis idem*, al evitar que los antecedentes delictivos por sí mismos, constituyan un impedimento para el goce de este derecho lo que se traduciría en sancionar dos veces un mismo hecho por lo que únicamente se toman en cuenta la conducta del sentenciado durante la ejecución de las penas alternativas.

Igualmente para la procedencia de la sustitución de la pena de prisión se exige que el sentenciado pague la multa y la reparación de los daños, o los garantice debidamente, sin embargo, para evitar que los autores de delitos culposos sobre todo permanezcan en prisión por el hecho de carecer de recursos económicos, se admiten que dichos autores acrediten su imposibilidad total o parcial para hacerlo.

Al condicionarse el otorgamiento de sustitutivos penales al pago de la reparación el daño se reconoce la justa dimensión del derecho que a ella tiene la víctima pero tal protección no debe llevar al absurdo que cuando sea materialmente imposible que el sentenciado cubra el pago se le impida acogerse al régimen de las penas sustitutivas de prisión ya que entonces la

desigualdad socioeconómica actuaría como variable generadora de discriminaciones en el acceso a las penas alternativas.

No obstante ello, cuando se hubiese invocado la insolvencia para obtener la sustitución de la pena de prisión sin haberse reparado los daños y perjuicios en justa contrapartida se ampliaría el término de la prescripción para obtener su pago.

Se sugiere, en atención a los principios de impulso procesal de oficio, de presunción de inocencia de economía procesal que cuando el juez imponga una pena que no exceda de tres años de prisión se pronuncie de oficio sobre la procedencia de una alternativa a la prisión si el Ministerio Público considera que el sentenciado no reúne los requisitos previstos por la ley, lo deberá acreditar así oportunamente. De lo contrario se establece la presunción de que el sentenciado si los reúne.

Por otro lado las solicitudes sobre la modificación de la prisión intermitente y del régimen especial en libertad se resolverán directamente por el juez en vía incidental.

CITAS BIBLIOGRAFICAS CAPITULO IV

- 41).- Revista "CRIMINALIA" Núm. 4 año LX noviembre-diciembre 1994 pág. 19
- 42).- Opcit. "CRIMINALIA" pág. 25
- 43).- Florian, Eugenio "Derecho Penal parte General" 1a. Edic. Edt. Porrúa 1991 pág. 235
- 44).- Zamora Pierce, Jesus "Garantias y Proceso Penal" 2a. Edic. Edt. Porrúa 1991 pág 128
- 45).- Opcit. Zamora Pierce, Jesus. pág 259

C O N C L U S I O N E S

A veces por razones didácticas, esta última parte del trabajo se enumera en una serie de premisas que describen el sustrato del tema, a guisa de seguir conservando el estilo, habré de enunciarlas de esta manera y finalmente de modo gráfico hacer la propuesta de reforma a algunas disposiciones de la Ley Sustantiva Penal.

1.- La imposición de las penas y medidas de seguridad es una función exclusiva del órgano judicial. A través del juzgador, el Poder Judicial es el único órgano que decide el quantum de la sanción que ha de ser impuesta a quien transgredió la ley penal.

2.- Cuando el juez decide la pena, goza del más amplio arbitrio judicial cuyo ejercicio debe ser siempre racional, mesurado y prudente, en la medida exacta que el sentenciado pueda ser reintegrado al grupo social.

3.- Al aplicar una sanción el juzgador debe limitar su potestad punitiva a las disposiciones del artículo 89 del Código Penal vigente en el Estado, procurando fijarse siempre -la pena- entre los límites mínimos y máximos que contempla la individualización legislativa.

4.- El concepto de "peligrosidad" ha desaparecido para ser sustituido por un nuevo concepto que, desde luego, entraña una diversa corriente doctrinal, esto es, la expresión "culpabilidad".

5.- Para la imposición de la pena importa más la naturaleza del acto penalmente relevante sobre la personalidad propia del delincuente. Esto significa que importa más, la culpabilidad de acto que la culpabilidad por el hecho.

6.- Las penas alternativas tienden a lograr un mejor desarrollo personal del sentenciado para su reinserción en la comunidad, para gozar de ese beneficio la sanción privativa de libertad no debe ser mayor a tres años de cárcel.

7.- La prisión preventiva debe desaparecer debido al grave problema que encierra relativo a la contaminación penitenciaria y en su lugar, procurar una medida alternativa como bien lo puede ser el trabajo en favor de la comunidad.

8.- Las medidas alterativas de la prisión deben ser objeto de especial pronunciamiento y oficiosamente por el juzgador, para todos aquellos casos en que la sanción privativa de libertad no sobrepase los tres años de encarcelamiento.

9.- La reinserción del individuo a la sociedad debe constituirse en la premisa base de los sustitutivos o alternativas de la prisión, dejando de lado el concepto de la "despresurización" de las prisiones.

10.- La individualización judicial de la pena ha de procurar velar por hacer la sanción misma más humanizante.

Ahora bien, el artículo 46 del Código Penal vigente en el Estado de Guanajuato quedaría como sigue:-

Art.46.- Las penas y medidas de seguridad son:

I.- Prisión .

II.- Prisión intermitente.

III.- Trabajo en favor de la comunidad.

IV.- Régimen especial de libertad.**V.- Relegación ...etc.**

a) La prisión intermitente consiste en alternar periodos de privación de libertad y periodos de libertad, y se aplicarán en los casos siguientes:-

1.- Externación durante los días laborables de la semana con reclusión durante el resto de esta.

2.- Salida los días sábados, domingos y días festivos, con reclusión durante el resto de la semana.

3.- Salida diurna con reclusión nocturna.

La duración de la prisión intermitente será de un año, que sustituirá a igual periodo de la sanción de privación de la libertad originalmente impuesta.

b) Trabajo en favor de la comunidad:- consiste en la prestación de servicios no remunerados en instituciones públicas y del sector social, así como en grupos y en organismos privados de carácter asistencia, cultural y educativo o de desarrollo social. En ninguna caso se prestará en favor de personas físicas o de empresas o de entidades de cualquier trabajo que se persigan fines de lucro. Este trabajo podrá llevarse a cabo en cualquier horario, sin que pueda exceder del máximo de duración de la jornada de trabajo laboral ordinaria.

Cada día de prisión será sustituido por una hora de trabajo en favor de la comunidad, el cumplimiento de esta pena deberá hacerse dentro de un término que no exceda un tanto y medio de la duración de la pena de prisión que sustituye.

Por ningún concepto se desarrollará este trabajo en una forma que resulte humillante para el sentenciado y se observará que sea acorde a sus conocimientos, aptitudes e intereses.

c) Régimen especial de libertad consiste en la aplicación de una o varias de las sanciones establecidas. En el caso de la consistente en la suspensión parcial o total de derechos, ésta podrá referirse a uno o la combinación de los aspectos siguientes:

- La conducción de vehículos de motor
- La permanencia en el domicilio durante determinado horario en uno o más días de la semana
- La residencia en una sola vivienda
- La posesión y portación de armas
- El consumo de bebidas alcohólicas en lugares públicos
- El ejercicio profesional
- La realización de determinados actos de comercio
- La obtención, refrendo o utilización de pasaporte o visa
- La patria potestad, la custodia, la tutela y la adopción
- El albaceago.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Carrara, Francesco. *"Programma de derecho criminal"*. Trad. Voltaire. Parte General, Vol. II., Editorial Temis, Bogotá, 1973.
- 2.- Costa, Fausto. *"El delito y la pena en la historia de la filosofía"*. Ediciones Utha, México. 1953.
- 3.- Cuello Calón, Eugenio. *"La moderna penología"*. Editorial Bosch, Barcelona, España, 1958.
- 4.- Florian, Eugenio. *"Derecho Penal"*. Parte General. 1a. Ed. Editorial Porrúa S.A., México. 1991.
- 5.- García Morente, Fernando. *"Crítica de la razón práctica"*. Edición Nacional, México, 1955.
- 6.- González Bustamante, Juan José. *"Colonias penales e instituciones abiertas"*. Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales. México, 1959.
- 7.- Huacuja Betancourt, Sergio. *"La desaparición de la prisión preventiva"*. Editorial Trillas, México, 1989.
- 8.- Jescheck, Hans. *"Tratado de derecho penal"*. Trad. Dr. Conrado Finz. 1a. Ed. Editorial Bosch, Barcelona, España. 1981.
- 9.- Muñoz Conde, Francisco. *"Derecho penal y control social"*. Fundación Universitaria de Jerez, España, 1994
- 10.- Norval Morris, Eduardo. *"El futuro de las prisiones"*. Editorial Siglo XXI, México, 1978.
- 11.- Ojeda Velázquez, Jorge. *"Derecho punitivo"*. Editorial Trillas., México, D. F. 1993.
- 12.- Quintero Oliveros, José. *"Derecho penal"*. 1a. Ed. Editorial Gráficos Signo, Barcelona, España. 1986.

13.- Zamora Pierce, Jesús. "Garantías y proceso penal". 2a. Ed. Editorial Porrúa, S.A., México. 1991.

LEGISLACIÓN

1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 116a. Ed. Editorial Porrúa, S.A., México. 1997.

2.- Código Penal Federal. No. 4-a. Cuadernos de Derecho. Michoacán. 1997.

3.- Compilación de Leyes del Estado de Guanajuato. Tomo II. Ediciones Yusim. León. Gto., México. 1997.

OTRAS FUENTES

1.- Revista de Investigaciones Jurídicas., Facultad de Derecho., Universidad de Guanajuato, Boletín No. 46, Abril-Junio. 1993.

2.- Revista "Criminalia" Núm. 4 año LX noviembre-diciembre, 1994.

3.- Sánchez Cortes, Alberto. "Un Ensayo Sobre el Derecho a Castigar", Tesis Profesional. Universidad Veracruzana, Jalapa, 1940.

4.- Vidaurri Aréchiga, Manuel. "Culpabilidad por el hecho o culpabilidad de autor". Revista Investigaciones Jurídicas., Universidad de Guanajuato., Boletín 49, Enero-Marzo, 1993.