

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

**LA NECESIDAD DE ESTABLECER UN RÉGIMEN DE
REINCIDENCIA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL
PARA EL DISTRITO FEDERAL**

**TESIS PROFESIONAL QUE PARA OBTENER EL TÍTULO
DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA**

IVÁN BÁEZ SERRANO

ASESOR: LIC. CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA

CIUDAD UNIVERSITARIA

AÑO: 2006



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por haberme permitido llegar a este momento, por estar conmigo en toda ocasión y situación, pero sobre todo, por darme la más grande bendición que puedo recibir: mis padres, y por la gracia de tenerlos a mi lado.

A mis padres, a quienes debo todo lo que tengo y lo que soy; por todo el amor que incondicionalmente me han dado, por sus palabras y sus consejos, por sus abrazos y sus caricias, por los cientos de horas de desvelo que por mi han pasado, por su sacrificio, apoyo y comprensión, en fin, gracias por todo papás, quiero que sepan que son el más grande tesoro de mi vida y que siempre los tendré en mi corazón.

A mi Universidad, por haberme dado el privilegio de formar parte de ella y de conocer lo que es ser universitario y todo lo que ello implica. A mi Facultad, donde he recibido la preparación para poder ser un buen profesional. Trabajaré para seguir poniendo en alto el nombre tanto de mi Universidad como el de la Facultad de Derecho.

A mis maestros, por compartir sus conocimientos y experiencias, en especial, quiero agradecer al Licenciado Carlos Barragán Salvatierra por su tiempo e incondicional disposición en la realización de este trabajo.

LA NECESIDAD DE ESTABLECER UN RÉGIMEN DE REINCIDENCIA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I. MARCO TEÓRICO	
p. 7	
1.1 CONCEPTO DE PENA	7
1.2 TEORÍAS DE LA PENA Y SUS FINES	9
1.2.1 Teorías absolutas.	10
1.2.2 Teorías Relativas.	12
a) Teoría de la Conservación del Pacto Social.	13
b) Teoría de la Prevención General.	13
c) Teoría de la Prevención Especial.	15
1.2.3 Teorías Mixtas.	16
a) Teoría Retributivo Preventiva.	16
b) Teoría Dialéctica de la Unión.	17
1.3 CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS.	18
1.3.1 Por su forma de aplicación.	18
a) Principales.	19
b) Complementarias.	19
c) Accesorias.	19
1.3.2 Por el bien jurídico al que recaen.	19
a) Corporales.	20
b) Pecuniarias.	20
c) Privativas de Libertad.	23

d) Restrictivas de libertad de traslación.	24
e) Privativas de derechos o de funciones.	25
1.4 PRISIÓN.	27
1.4.1 Concepto.	27
1.4.2 Aspectos Generales.	28
1.4.3 Fines de la pena de prisión.	31
a) Prevención General.	32
b) Prevención Especial.	33

CAPITULO II. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

p. 35

2.1 SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA.	36
2.1.1 Sistema de Indeterminación Total o Absoluta.	36
2.1.2 Sistema de Indeterminación Legal Relativa.	37
2.1.3 Sistema de Indeterminación Judicial Relativa.	37
2.1.4 Sistema de Penas Fijas.	38
2.1.5 Sistema de Individualización Legal.	38
2.2 INDIVIDUALIZACIÓN LEGISLATIVA.	40
2.2.1 Concepto.	40
2.2.2 Características.	42
2.2.3 Principios.	42
2.3 INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL.	44
2.3.1 Concepto.	45
2.3.2 Características.	46
2.3.3 Principios.	47
2.3.4 Criterios de Individualización Judicial de la Pena.	48
a) Criterio de Culpabilidad.	49
b) Criterio de Peligrosidad.	55

c) Criterio Político Criminal.	60
2.3.5 La Individualización de la Pena en el Nuevo Código para el Distrito Federal.	63
2.4 INDIVIDUALIZACIÓN ADMINISTRATIVA.	71
2.4.1 Individualización Ejecutiva.	72
2.4.2 Individualización Post-penitenciaria.	74

CAPITULO III. PENA CORTA DE PRISIÓN. SUSPENSIÓN CONDICIONAL Y SUSTITUTIVOS DE LA PENA DE PRISIÓN.

p. 77

3.1 INCONVENIENCIA DE LA APLICACIÓN DE PENAS CORTAS DE PRISIÓN. EFECTOS DE SU APLICACIÓN.	77
3.2 LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN COMO MEDIOS PARA EVITAR LA PRISIÓN DE CORTA DURACIÓN.	82
3.2.1 La Nonintervention. Breve Referencia.	84
3.2.2 La Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena.	88
3.2.3 Sustitución de la Pena de Prisión.	93
3.3 LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.	101
3.3.1 Sustitución de la Pena de Prisión. Condiciones de Procedencia.	101
a) Cubrir la Reparación del Daño. Comentario.	103
b) Que el sujeto no haya sido condenado anteriormente por delito doloso que se persiga de oficio.	104
3.3.2 Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena.	
Requisitos de procedencia y Condiciones a Cumplir.	105
a) Condiciones a Cumplir. Comentario.	106

b) Requisitos de Procedencia. Consideraciones Criticas.	107
---	-----

CAPITULO IV. REINCIDENCIA

p. 111

4.1 CONCEPTO (CONSIDERACIONES GENERALES).	111
4.2 CLASIFICACIÓN.	112
4.3 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA REINCIDENCIA.	113
4.3.1 Insuficiencia Relativa de la Pena Ordinaria.	114
4.3.2 Mayor Necesidad de Prevención Especial.	115
4.3.3 Mayor Culpabilidad del Reincidente.	115
4.3.4 Mayor Contenido de Injusto.	116
4.4 OBJECIONES AL RÉGIMEN DE REINCIDENCIA.	117
4.4.1 Reincidencia y Non bis in idem.	118
4.4.2 Reincidencia y Culpabilidad por el Hecho.	119
4.4.3 Reincidencia y Principio de Igualdad.	121
4.5 REINCIDENCIA, SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN.	122
4.5.1 La Reincidencia como factor para la Procedencia de la Suspensión Condicional y de la Sustitución de la Pena de Prisión.	122
4.5.2 La Reincidencia como Aspecto Preventivo Especial.	125
4.5.3 Su Regulación en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.	127
a) Artículo 86 Segundo Párrafo (Sustitución de la Pena de prisión)	127
b) Artículo 89 Fracción III (Suspensión Condicional).	128

4.6 PRESCRIPCIÓN DE LOS EFECTOS DE LA CONDENA ANTERIOR EN RELACIÓN CON LA REINCIDENCIA.	130
CONCLUSIONES	132
PROPUESTA	140
BIBLIOGRAFÍA	144

INTRODUCCIÓN

Actualmente en nuestro país, y en la mayoría de los sistemas penales, el legislador ha llevado a cabo un abuso respecto a la punibilidad pues sanciona tanto las conductas delictivas graves como las que no lo son con una misma pena: la prisión, y se ha olvidado de las otras penas que, a pesar de encontrarse enumeradas dentro de los códigos penales, simplemente se dejan a un lado, para sancionar, tal parece que por inercia, con la pena de prisión.

Pareciera que con la simple amenaza de imponer la pena de prisión para casi todos los delitos, se solucionaría el gran problema de la criminalidad en el país, sin embargo, esta circunstancia en lugar de tener efectos positivos sobre la innegable situación de inseguridad y el alto nivel de delincuencia que desafortunadamente nos aqueja, en realidad puede tener más efectos negativos, no solo para los sujetos que, aunque su delito no sea tan grave, son condenados a prisión, sino también para la sociedad, pues es una realidad que en gran número de casos los sujetos que salen de un centro de readaptación social, en lugar de salir readaptados para la vida en sociedad, los efectos de dicha pena es más probable que deriven en más perjuicios que beneficios para aquélla.

Lo anterior se dice porque nuestros códigos penales sancionan igual a un homicida que a alguien que comete abuso sexual o a alguien que se roba un refresco en la calle, los sanciona con pena de prisión, que independientemente de la duración que tenga, a fin de cuentas consiste en lo mismo, privación de la libertad y que más que resocializar, desocializa. Y es que tal parece que se ha olvidado que la prisión, por su intensidad, debe ser considerada como el último remedio, la última opción, como la sanción a imponer en la comisión de delitos que verdaderamente afecten de manera grave los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad y, en lugar de ello, como se ha mencionado antes, se ha llegado a un abuso de la misma, generalizándola y volviéndola la pena más común para toda clase de conductas delictivas.

Efectivamente, el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal para efectos de la individualización de la pena, por lo que respecta a la determinación del límite máximo del quantum de la misma a imponer al responsable de la comisión de un delito, adopta el criterio de culpabilidad por el hecho, en donde precisamente el hecho concreto limita a la culpabilidad y, a su vez, el grado de ésta limitará en su máximo la cantidad de pena a imponer, como se puede desprender de lo dispuesto por el artículo 72 de dicho ordenamiento, y es ahí, en el momento de dictar sentencia, donde cobran importancia no sólo las circunstancias en que fue cometido el ilícito, sino también las circunstancias personales del autor, lo cual, un juez, al valorar todo ello en su conjunto, es como llega a imponer una pena determinada. Pero que sucede en aquellos procesos donde el juez dicta sentencia condenatoria inferior a cinco años de prisión, no sólo en los casos que los límites máximos de la punibilidad que señale la ley sea expresamente menor a ese tiempo, sino también en aquellos delitos en donde la pena pudiera ser mayor, ello pudiera reflejar que ni el delito cometido afecta con gran gravedad los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad, ni el sujeto responsable, debido a su grado de culpabilidad, requiere de ser sancionado más severamente.

Es por ello que se han empleado instituciones alternativas ante una innecesaria ejecución de la pena de prisión, tanto desde el punto de vista de la proporcionalidad como desde los preventivos generales como especiales; tales alternativas son la suspensión condicional de la ejecución de la pena y los sustitutivos de la pena de prisión pero que, ya enfocándonos en el tema de tesis propuesto y concretamente en lo dispuesto por el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, la regulación de aquellas alternativas, a mi manera de ver, dejan mucho que desear, más específicamente en cuanto a los requisitos y condiciones que para su otorgamiento o concesión marca la ley.

Por un lado, en lo que se refiere a que el juez no pueda sustituir la pena de prisión si anteriormente el sujeto fue condenado en sentencia

ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio, desde mi perspectiva, no es más que negar la sustitución a los reincidentes pero esta redacción nada dice respecto a la forma de comisión del actual delito, por lo que bien puede ser doloso o culposo y de igual forma no procede la sustitución, además tampoco importa que tanta antigüedad tenga esa anterior condena; por otro, en cuanto a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el requisito de que el sentenciado cuente con antecedentes personales positivos y un modo honesto de vida, permite que se pudiese realizar una valoración respecto a la manera en que un sujeto ha conducido su vida y estimar, no sólo sus conductas que han tenido relevancia jurídico-penal, sino cualquier otro aspecto, constituyéndose en consideraciones incluso morales más que de índole jurídica, o bien, que por la existencia de una condena anterior, como sucede en la práctica, sirva para considerar que una persona no cuenta con antecedentes personales positivos, lo que en mi opinión no cumple con la función de evidenciar los aspectos preventivos que tienden a realizar tales requisitos.

Esta regulación es, a mi parecer, ambigua e incompleta, pues no hace más que vincular a los jueces a que si una persona pese a haber sido sentenciado a menos de cinco años de prisión, le sea negada la sustitución de la prisión por la existencia de una sentencia condenatoria anterior por delito doloso que se persiga de oficio, sin importar que la misma haya sido dictada hace uno o diez años atrás, o si fue en relación a la misma especie de delito que el actual o no. O bien, que una sentencia que fue dictada con anterioridad baste para considerar que una persona, por ese solo hecho, ya no cuenta con antecedentes personales positivos y con un modo honesto de vida, o que con base en esta regulación puedan hacerse valoraciones de aspectos alejados de los fines preventivos que persiguen estos requisitos, lo cual obstaculiza un tanto la aplicación de este tipo de alternativas a la prisión, por lo cual deben ser revisados para impregnarles una mayor eficacia para evidenciar la necesidad preventiva de ejecución de dicha pena.

En efecto, puede considerarse a la reincidencia como un dato objetivo que el legislador puede prever para que la ejecución de la pena de prisión impuesta aparezca como necesaria para efectos preventivos, pero para ello, la consideración de tal figura no debe ser de forma vaga, pues la existencia de una condena anterior no es suficiente para que pueda derivar en una presunción o pronóstico de que el sujeto llegue a cometer futuras conductas delictivas, sino que la reincidencia, para que válidamente pueda tornarse en ese dato objetivo que pueda llevar a un pronóstico por parte del legislador de comisión de futuras conductas delictivas, debe reunir determinadas características, entre otras, que se trate de una reincidencia específica.

Por otro lado, tampoco considero correcto que los efectos de una sentencia condenatoria sigan a una persona indefinidamente pues con ello se estaría llegando a una especie de estigmatización, consecuencia que en el pasado traían las marcas físicas, hoy prohibidas por el artículo 22 constitucional.

Es por lo anterior que se propone establecer un régimen de reincidencia, para delimitar bien cuando existe ésta, sus alcances y cuando deja de tener efectos, en relación con la reincidencia, una condena anterior, fundamentando esta propuesta en una investigación objetiva, tomando en cuenta lo escrito por diversos autores y expresando una opinión personal. Un régimen de reincidencia que mejore lo que el legislador estableció, a consideración mía, de forma incompleta y ambigua, al señalar en el artículo 86 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que la sustitución de la pena de prisión no podrá aplicarse por el juzgador, cuando se trate de un sujeto al que anteriormente se le hubiere condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio y, en cuanto a la suspensión condicional, que el sentenciado cuente con antecedentes personales positivos y un modo honesto de vida.

Esta propuesta únicamente tendría los fines que he señalado anteriormente, jamás se pretendería que al considerar a alguien reincidente se

agravaría la sanción ni mucho menos señalar que se tome tal circunstancia en consideración para la determinación del límite máximo del quantum de la pena, lo cual, desde mi punto de vista, sería un grave error, por ello, en este estudio se limitaran de forma precisa los alcances de dicha propuesta.

Por ello, se inicia el estudio con un marco teórico, pretendiendo ubicarnos en el tema, analizar las diferentes teorías que se han expuesto respecto a la pena y el avance de las ideas penales que respecto a los fines de la pena se han desarrollado, siguiendo con una clasificación de las penas haciendo especial énfasis en la pena de prisión, su concepto y sus fines. En el capítulo II se entra al estudio de la individualización de la pena, sus fases y marcando interés en la individualización judicial y más en lo que se refiere a la determinación del quantum de la pena a imponer, abordando los diversos criterios que se han planteado al respecto para poder así analizar cual es el criterio que adopta el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, lo que cobra más importancia al estar estrechamente relacionado con el tema de las penas cortas de prisión, de los sustitutos de la pena de prisión y de la suspensión condicional.

Enseguida, se trata el tema de las penas cortas de prisión, sus efectos e inconveniencias, de la suspensión condicional y los sustitutos de la pena como medios para evitar la prisión de corta duración, haciendo un estudio de la regulación que al respecto existe en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y haciendo una crítica a la misma. Por último, se estudia la figura de la reincidencia, su concepto, su clasificación, los efectos de la misma y las teorías que han tratado de darle sustento así como las objeciones que se han planteado en su contra y su justificación como aspecto preventivo especial que pudiera afectar la procedencia tanto de la sustitución de la prisión como de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

A primera vista, el tema de tesis propuesto puede aparecer como un retroceso conforme a la moderna concepción del Derecho Penal, sin embargo, al

concluir este trabajo se podrá observar que esa no es la intención, sino que la propuesta que se realizará es con el único afán de mejorar el funcionamiento de las instituciones a que hemos hecho referencia. Consciente de que el abuso de la pena de prisión es un problema bastante amplio y difícil de solucionar, comúnmente se dice que por algo se empieza, y con esta propuesta fundamentada en un estudio objetivo, se pretende aportar algo para que las alternativas como lo son los sustitutos de la pena de prisión y la suspensión condicional de la ejecución de la pena tengan un mejor funcionamiento y un mayor margen de aplicación.

CAPÍTULO I. MARCO TEÓRICO

1.1 CONCEPTO DE PENA.

La existencia de la pena responde a la necesidad que de ella se encuentra presente en todas las culturas de todas las épocas. La pena, sin lugar a dudas, es una consecuencia jurídica de la comisión de un delito, es un efecto que el mismo tiene.

Iniciaremos el presente trabajo de investigación con las diversas definiciones que se han dado de lo que debe entenderse por pena, así, inicialmente en su concepción etimológica, pena viene del latín *poena* que significa castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta; cuidado, aflicción o sentimiento interior grande; dolor, tormento o sentimiento corporal.¹

Por otro lado, ni el Código Penal Federal ni el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal nos señalan una definición de lo que debe entenderse por pena, únicamente el primer ordenamiento señalado menciona en su artículo 7 que delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, mientras que el artículo 24 del mismo ordenamiento contiene una relación de las diversas penas y medidas de seguridad, relación que contiene también el código sustantivo local en sus artículos 30 y 31 pero con la diferencia de que este último si hace una separación entre penas y medidas de seguridad.

Doctrinalmente, el estudio de la pena ha presentado gran dificultad, así como muchos otros problemas del Derecho Penal, por ello existen tantas definiciones de pena como autores han pretendido manejar el tema y que van acorde con el avance de las ideas penales que se ha experimentado en el

¹ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Voz *Pena*, Tomo P-Z, 13ª Edición, Editorial Porrúa-UNAM, México, 1999, p. 2372.

transcurso del tiempo, es por ello que en el presente apartado nos limitaremos a señalar algunas de ellas.

Así podemos señalar que para la Escuela Clásica “la pena es un mal impuesto al delincuente, en retribución al delito cometido; ha de existir proporcionalidad entre pena y delito; la pena ha de estar determinada en forma clara y concreta y el juez solo tiene la facultad para aplicar la pena señalada en la ley para cada delito.”²

Mientras tanto, para la Escuela Positiva, de acuerdo con Márquez Piñero, “la pena no es más que un medio de defensa social, de suerte que ahí radica su finalidad. Sobre todo, importa la prevención de los delitos, más que la represión de ellos.”³

Para Castellanos Tena, la pena “es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico.”⁴

Rodríguez Manzanera, por su parte, señala que se debe hacer una distinción entre punibilidad, punición y pena pues son a tres fenómenos distintos. La punibilidad es el resultado de la actividad legislativa al crear la norma y la amenaza de sanción; la punición es la concreción de la punibilidad realizada por la autoridad judicial. Así señala que “la pena es la efectiva privación o restricción de bienes de que se hace objeto al sujeto que ha sido sentenciado por haber cometido un delito.”⁵

Jiménez Martínez señala que pena “es el castigo que se impone al sujeto con fines de prevención general y especial, siempre que cometa un

² MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho Penal, Parte General*, 4ª Edición, Editorial Trillas, México, 1997, pp. 75-76.

³ *Ibíd.* p. 76.

⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General*, 41ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 318

⁵ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penología*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 94.

comportamiento típico, antijurídico y culpable, previo juicio en el que deberán observarse las formalidades esenciales el procedimiento.”⁶

Por su parte, Ramírez Delgado señala que actualmente los iuspenalistas emplean la siguiente definición: pena “es la real privación o restricción de bienes del autor del delito que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial, y determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización.”⁷

A manera de conclusión, podemos decir que la pena es la privación o restricción de bienes jurídicos prevista en la ley y que se impone al responsable de la comisión de un delito por la autoridad judicial. En la mayoría de los sistemas penales dicha privación o restricción recae, por regla general, sobre tres bienes jurídicos: la libertad, el patrimonio y la vida, esta última en aquellos sistemas donde aún es aceptada la pena de muerte.

De lo anterior podemos desprender claramente que la pena no tiene una definición que pueda ser aceptada de manera general, en cualquier momento y lugar. Cada autor tiene su definición particular, dependiendo de la corriente de pensamiento a la cual se adhiera, incluso, cada código penal puede contener su definición legal y un catálogo de penas que dependerán de cada Estado y su forma justificar el Derecho Penal.

1.2 TEORÍAS DE LA PENA Y SUS FINES.

Durante un largo tiempo, el fundamento y los fines de la pena han sido objeto de discusión entre los estudiosos del Derecho Penal. Tratar de encontrar el fundamento y fin de la pena, el por qué y para qué de la sanción

⁶ JIMÉNEZ MARTINEZ, Javier, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 42.

⁷ RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel, *Penología, Estudio de las Diversas Penas y Medidas de Seguridad*, 3ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 22.

penal, ha sido tarea ardua de la doctrina filosófico-jurídica, la cual ha elaborado diversas teorías con la pretensión de encontrar respuestas a este problema, las llamadas “teorías de la pena” , las cuales son, a saber:

- Teorías Absolutas.
- Teorías Relativas. Dentro de ellas, las más importantes son: Teoría de la Conservación del Pacto Social; Teoría de la Prevención General y; Teoría de la Prevención Especial.
- Teorías Mixtas. Dentro de las cuales destacan: Teoría Retributivo-Preventiva y; Teoría Dialéctica de la Unión.

1.2.1 Teorías Absolutas.

También conocidas como Teorías de la Retribución, Teorías de la Expiación o Teorías de la Justicia, las teorías absolutas realizan una descripción de la evolución que ha tenido la pena, pasando de la venganza privada a una retribución del mal causado por el delito pero ya realizado por una instancia pública. No dirigen su mirada al fin de la pena, más bien lo hacen hacia su fundamento basando su existencia en una exigencia de justicia. Encuentran la razón de ser de la pena en la realización de la idea de justicia; el buscar fines de la pena fuera de ella misma implicaría la instrumentalización del hombre.

Para estas teorías, la pena carece de un fin utilitario, es un fin en sí mismo, entienden que la esencia de la pena es una retribución exigida por la justicia por la comisión que alguien efectúa de un ilícito, por ello dice Jiménez de Asúa que para las teorías absolutas “la pena es justa en sí con independencia de la utilidad que pueda derivarse de ella. El castigo lleva en su propia existencia su propio fin; el delito es tanto el presupuesto de la pena como su fundamento absoluto.”;⁸ con ella, lo que se busca es que la persona que haya cometido un delito lo retribuya a través de la pena; “la pena es entonces, la justa consecuencia

⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Introducción al Derecho Penal*, Iure Editores, México, 2003, p. 53.

del delito cometido y el delincuente la debe sufrir, ya sea a título de reparación o de retribución.”⁹ La doctrina señala como sus máximos exponentes a Kant y Hegel, quienes son los dos más grandes pensadores que han desarrollado con mayor énfasis la concepción de la pena como retribución.

Mientras que para Hegel la retribución tiene una fundamentación jurídica, para Kant tiene una fundamentación ética. Para Hegel, la pena es la negación de la negación del derecho, es decir, al ser una negación de la negación, consiste en una afirmación, la afirmación del derecho negado con la comisión de la conducta delictiva.

De acuerdo con Hegel, con la pena se conseguiría afirmar la vigencia del derecho, se demuestra que la pauta de conducta a seguir es la que marcan las normas y no las que van en contra de ellas. Conforme a la intensidad de la negación del derecho, así también debe ser la intensidad de la pena.

Para Kant la pena es una exigencia misma de justicia libre de toda consideración utilitarista. El buscar con la pena la protección de la sociedad en cuanto aquella se aplicara como un castigo que sirviera a la prevención de delitos implicaría instrumentalizar al individuo, lo cual es inadmisibles. La pena es la retribución de la culpabilidad de alguien que comete un delito, culpabilidad que a su vez tiene como presupuesto la libertad de la voluntad o el libre albedrío. “La pena es una retribución o un pago por el mal uso de la libertad. Por lo mismo, debe ser una pena justa, esto es, proporcionada al mal causado con el delito. Pero, más allá de ello, la pena es un imperativo de la justicia. Por eso debe ejecutarse siempre y en su totalidad.”¹⁰

Aunque estas teorías de la retribución cuentan con aspectos positivos tales como el que en ellas existe una idea de justicia pues ponen énfasis

⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.* p. 318

¹⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán Hormazábal Malareé, *Lecciones de Derecho Penal, Volumen I*, Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 46.

en que debe existir proporcionalidad entre la pena y el mal que se causa con la comisión de un delito, tiene inconvenientes que se pueden resumir en que conciben una idea sin finalidad, sin un objeto útil para la sociedad misma ni mucho menos para el delincuente; al no perseguir ningún fin con la pena, no se limita el *ius puniendi*, es decir, el legislador podría decidir qué y como sancionar sin ningún otro límite que la idea de justicia. Concebir a la pena como lo hace Kant, es decir, en que sólo consista en un mal, solo lleva a asociarla con la venganza, que categóricamente deja a un lado los derechos fundamentales de todo hombre. Presuponen un libre albedrío, cuestionado por la imposibilidad de su demostración y, finalmente, caen en una confusión de la ética con el derecho, pues el pretender borrar el mal del delito con el mal de la pena solo puede realizarse mediante un acto de fe, lo que no se considera como un fundamento válido de la pena.

1.2.2 Teorías Relativas.

También llamadas Teorías de la Prevención, en ellas se sustenta que la pena tiene una finalidad, una utilidad, que es, concretamente, la prevención del delito. La pena no es vista como una simple retribución del mal ocasionado con la comisión del delito, sino como un instrumento encaminado a la prevención de futuras conductas delictivas que pudieren alterar el orden social; para estas teorías, “el delito se considera sólo condición y presupuesto de la pena, pero no su fundamento, por ende, su característica predominante es el fin que se señala a la pena.”¹¹ La función utilitaria de la pena se funda en que ésta es necesaria para el mantenimiento de determinados bienes sociales.

Para Malo Camacho, “en las teorías relativas el fundamento de la pena, es el reconocimiento de que la misma persigue un objeto específico; es decir, que no se le entiende como el solo castigo por haber actuado mal, sino buscando con la imposición una determinada finalidad que en la prevención

¹¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit.*, p.54.

especial se dirige específicamente a la persona que cometió el delito y en la prevención general aparece dirigido al grupo social en general.”¹²

Dentro de estas teorías podemos señalar las siguientes: Teoría de la Conservación del Pacto Social; Teoría de la Prevención General y; Teoría de la Prevención Especial.

a) Teoría de la Conservación del Pacto Social.

Su máximo exponente es Juan Jacobo Rousseau para quien el objeto de la pena es, precisamente, la conservación del pacto social. Señala Rousseau que una persona, al atacar el derecho social y violar las leyes del Estado se convierte, a consecuencia de sus delitos, en rebelde y traidor a la patria y, por ende, deja de formar parte de la misma. Por ello, ante la violación al contrato social y por la conservación del mismo, esa persona deja de ser miembro del Estado y debe ser suprimido.¹³

b) Teoría de la Prevención General.

Para esta teoría, el fin de la pena no se encuentra en la retribución del daño causado con la comisión del delito, sino en la influencia ejercida sobre la comunidad, en el efecto intimidatorio que la amenaza de imponer una determinada pena a quien viole la ley que la prevé produce en la colectividad, el cual es suficiente para que la generalidad de los individuos sea conocedora de las prohibiciones legales y se abstengan de delinquir, es decir, inicialmente como amenaza abstracta, persigue el que los ciudadanos se abstengan de cometer delitos. Pero si esto no se consigue y se transgrede la norma, la posterior imposición y ejecución de la pena infundirá el temor necesario para que los demás no delincan, debido a esto es que se le llama teoría de la prevención general.

¹² MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, 4ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 593.

¹³ Cfr. ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El Contrato Social*, UNAM, México, 1984, pp.45-46.

Respecto a la prevención general existen dos variantes a saber: prevención general negativa o intimidatoria y; prevención general positiva o integradora.

Prevención General Negativa o Intimidatoria. De acuerdo con varios autores, tiene especial relevancia en el planteamiento de esta teoría Feuerbach, para quien la pena realiza una prevención del delito de forma general, porque realiza una intimidación o coacción de carácter psicológico en la colectividad de manera que ésta se abstenga de cometer delitos al hacer presente que ante la realización de una conducta delictiva, inevitablemente tendrá como consecuencia la imposición de determinada pena.¹⁴

Las críticas más relevantes hacia esta teoría son, por una parte, que los efectos de intimidación no pueden ser demostrables empíricamente. Por otra, que con la coacción psicológica como fin de la pena se estaría llegando a una instrumentalización de la persona, utilizándola como medio para la consecución de un fin. Por último, “el planteamiento preventivo general tiende a graduar la pena no por el hecho cometido, sino conforme al fin sociopolítico de evitar futuras infracciones. Ello puede llevar a una inflación de la pena y al terror penal, hacia el autoritarismo y la arbitrariedad.”¹⁵

Prevención General Positiva o Integradora. Esta teoría surge con el afán de superar las críticas planteadas a la prevención general negativa. Mediante la prevención general positiva se logra, por un lado dar a conocer a la sociedad, que es lo que está prohibido; por otro, el sentimiento de confianza que se genera en los gobernados al ver que la norma se aplica, es decir, que el orden jurídico tiene la capacidad de imponerse, y; por último, la pacificación que de la conciencia jurídica general se produce en virtud de la sanción. Aquí, el fin de la pena no puede quedar reducido únicamente a la intimidación de posibles delincuentes, sino

¹⁴ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán Hormazábal Malarée, *op. cit.*, pp. 47-48.

¹⁵ *Ibid*, p. 49.

que debe influir positivamente sobre el arraigo de las normas por parte de la sociedad.¹⁶

Las críticas que se formulan a esta teoría parten de la indemostrabilidad empírica de la capacidad motivadora de la norma y de que no es más que un replanteamiento de la prevención general negativa además de que con ella no se logra superar la instrumentalización de la persona al considerarlo medio para la consecución de un fin.

c) Teoría de la Prevención Especial.

Diversos autores¹⁷ señalan que von Liszt fue el autor que llevó esta teoría hasta sus últimas consecuencias y quien la logró universalizar. De acuerdo con esta teoría, la prevención no debía ser dirigida a la generalidad, sino específicamente a la persona del delincuente, con el objeto de prevenir la comisión de futuros delitos pero del propio autor. De igual forma que las teorías de la prevención general, el fin de la pena es el prevenir la comisión de delitos futuros, pero no a través de una amenaza abstracta, no dirigiéndose a la colectividad sino al sujeto que ya delinquiró. Para ello, se hace necesario hacer distinción entre los diversos tipos de delincuentes, ya sea ocasional, principiante en la carrera criminal o habitual incorregible para así someterlos a medidas adecuadas para corregirlos, intimidarlos o inocuizarlos. En esta teoría se da elevada importancia la peligrosidad del delincuente como medida de culpabilidad; el delincuente representa un peligro y la sociedad debe protegerse de él.¹⁸

Cabe señalar que recientemente ha surgido una corriente moderna de la prevención especial para la cual el fin principal de la pena se encuentra en la reeducación y la reinserción social del delincuente.¹⁹

¹⁶ Cfr. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *op. cit.*, p. 55.

¹⁷ Entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán Hormazábal Malarée, *op. cit.*, p. 50

¹⁸ *Ibid.* p. 51.

¹⁹ Vid. JIMÉNEZ MARTINEZ, Javier, *op. cit.*, p. 53.

Las críticas que se levantan a esta teoría señalan como aspectos negativos la dificultad que existe en determinar que sujetos requieren de un tratamiento y quienes no; quienes son susceptibles de ser reeducados y quienes no lo son; además de que económicamente implica una gran erogación de recursos.

1.2.3 Teorías Mixtas.

A estas teorías también se les conoce como Teorías de la Unión o Teorías Eclécticas, en ellas se toman aspectos de las dos posturas anteriores, tanto de las teorías absolutas como de las relativas, es decir, intentan conciliar la idea de justicia absoluta con una finalidad.

Así, afirma Jiménez de Asúa que “las denominadas teorías mixtas tratan de vincular los dos puntos de vista de las teorías absolutas y relativas, asociando la justicia absoluta con el fin socialmente útil.”²⁰

De estas teorías existen diversas corrientes, aquí nos limitaremos a hacer una breve referencia a dos que, personalmente, son las que tienen más relevancia: la Teoría Retributivo-Preventiva y la Teoría Dialéctica de la Unión de Claus Roxin.

a) Teoría Retributivo-Preventiva.

Los exponentes de esta teoría son Friedrich Nowakowski, Hans Welsel y Armin Kaufman. De acuerdo con ella, la pena, al mismo tiempo que persigue la retribución del delito cometido, también tiene como fin la prevención de delitos futuros.²¹

²⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit.*, p.54

²¹ *Vid.* JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *op. cit.*, p. 59.

b) Teoría Dialéctica de la Unión.

Propuesta por Claus Roxin y ante el fracaso de las teorías de la unión, se enfoca en buscar la convergencia de la prevención general y la prevención especial. En ella se establece que la pena solo debe tener un fin preventivo del delito, pues, señala Roxin que “el punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo. Puesto que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio.”²²

La prevención general y la especial son fines de la pena de manera simultánea, excluyendo absolutamente la idea de la retribución como fin de la misma. Señala que se deben distinguir las distintas fases que tiene la pena: la etapa de conminación penal o elaboración legislativa tendrá una finalidad evidentemente preventivo-general, de igual forma, la fase ejecutiva tendrá una orientación preventivo-especial y es, en la etapa intermedia de imposición de la pena por la autoridad judicial donde convergen ambos fines preventivos y que en ninguna de estas etapas hay lugar para la retribución.

Finalmente, para concluir el tema de las teorías de la pena y sus fines, Bustos Ramírez manifiesta que se debe distinguir dos niveles en la pena que son, por un lado, el que se refiere a qué es la pena, y por otro, el que corresponde a la imposición de la pena. De esta manera, señala que ante la indisolubilidad entre pena y Estado, la pena es un instrumento de aseguramiento del Estado, por ello, la función de la pena es la protección del sistema social que, en el campo penal, “significa la protección de los bienes jurídicos que el mismo Estado ha confirmado. De este modo, fuente de la validez de la pena es la protección de bienes jurídicos.”²³

²² Citado por JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *op. cit.*, p. 62

²³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *op. cit.*, p. 54.

En lo que respecta a la imposición de la pena, menciona Bustos Ramírez, esta debe realizarse en aras de una actividad positiva ofreciendo alternativas al sujeto para que resuelva sus conflictos sociales; con un fin que no puede ir más allá del fin propio del individuo, no en relación a otros, sino de él mismo, dicho fin es el de “aumentar su capacidad de liberación, de participación, de resolución de sus conflictos sociales.”²⁴ La pena debe ser una alternativa más del individuo de participar en la solución de su conflicto.

1.3 CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS.

Entramos ahora a la clasificación que de las penas se realiza partiendo de dos criterios: por su forma de aplicación y por el bien jurídico al que recaen.

El objeto de señalar la clasificación de las penas en el presente estudio es el mostrar que aún habiendo una amplia variedad de penas que pudieran resultar más adecuadas dependiendo del delito cometido y al interés protegido por el derecho, aún con ello se lleva a cabo un abuso de la pena de prisión como si fuera la única opción o como si fuera la más útil, olvidando que debe ser la ultima alternativa, la última opción.

1.3.1 Por su forma de aplicación.

Se clasifica a las penas de acuerdo a la forma en que son aplicadas en los siguientes rubros:

- Principales.
- Complementarias.
- Accesorias.

²⁴ *Ibid.*, pp. 54-55.

a) Principales.

Son penas que se imponen independientemente de la imposición de cualquier otra, es decir, no requieren de ir acompañadas de otra pena. Son aquéllas que específicamente la ley señala para cada delito y que será impuesta por un juez en caso de que el procesado sea encontrado responsable de la comisión del delito.

b) Complementarias.

También llamadas secundarias, son aquellas penas que aún de estar señaladas en la ley, su imposición es de manera potestativa, son penas que van aunadas a otras de mayor importancia.

c) Accesorias.

Son aquellas que no pueden ser aplicadas de forma autónoma, sino que dependen de la imposición de una pena principal a la cual van ligadas.

1.3.2 Por el bien jurídico al que recaen.

Las penas se clasifican por el bien jurídico al que recaen, o bien, por los bienes jurídicos de los cuales se priva o se restringe al sujeto condenado en sentencia por la comisión de un delito, de la siguiente manera:

- Corporales.
- Pecuniarias.
- Privativas de libertad.
- Restrictivas de libertad de traslación.
- Privativas de derechos o de funciones.

a) Corporales.

Son aquellas que se aplican directamente en el cuerpo del condenado con el objeto de causar dolor y sufrimiento, es decir, “por penas corporales se entienden todas aquellas que causan un daño o una afrenta sobre el cuerpo del condenado o sentenciado.”²⁵ Dentro de este tipo de penas podemos señalar a manera de ejemplo los azotes, los golpes, las marcas, la mutilación, etc., todas ellas caracterizadas por herir el cuerpo ya sea en todo o en parte. En nuestro país, este tipo de penas se encuentran expresamente prohibidas por el artículo 22 Constitucional al señalar que *quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie...y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.*²⁶

b) Pecuniarias.

Son penas pecuniarias las que directamente recaen en el patrimonio del condenado. Para Rodríguez Manzanera, “las penas pecuniarias son aquellas que significan una disminución o total entrega del patrimonio del reo, por exigencia de la ley, a causa de la comisión de un delito, en beneficio del Estado.”²⁷ Como se puede notar, esta definición excluye a la reparación del daño, pues en este caso, no se destina al Estado sino a la víctima del delito.

Multa. Dentro de las penas pecuniarias se encuentra la multa, que consiste en que el condenado tiene la obligación, señalada por la ley, de pagar una determinada cantidad de dinero al Estado, cantidad fijada e impuesta por la autoridad judicial que conoció del proceso en la sentencia.

La multa puede ser impuesta tanto principal como accesoriamente o bien en sustitución de la pena de prisión cuando así proceda.

²⁵ RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel, *op. cit.*, p.57.

²⁶ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2006.

²⁷ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penología*, *op. cit.*, p.189.

Aunque actualmente se ha dado un mayor margen de uso a la multa, los legisladores aún siguen señalando en los códigos penales a la pena de prisión como la principal forma de sancionar toda clase de delitos. De igual forma, ha cobrado importancia porque se utiliza en sustitución de la pena de prisión de corta duración, lo cual, ante la falta de “creatividad” del legislador, parece un aporte relevante para la solución del abuso de la prisión.

De igual forma que en muchos de los temas que abarca el Derecho Penal, respecto a la multa se han planteado ventajas y desventajas de la misma. Diversos autores señalan que la multa tiene como ventajas las siguientes: evita efectos de la prisión (asocialización, desintegración familiar, estigmatización, etc.); es divisible; surte mayor eficacia en delitos contra la propiedad y económicos; es fácilmente reparable en caso de error, y; es susceptible de individualizarse judicialmente de mejor manera.

Dentro de las desventajas que se han señalado, encontramos: puede perjudicar el patrimonio de terceros o de la familia, y; es inequitativa, pues sus efectos no son los mismos en una persona con alta capacidad económica que en alguien que no la tiene.

Decomiso. Aunque tanto el Código Penal Federal como el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal no lo incluyan dentro del capítulo correspondiente a sanción pecuniaria, sino que lo desglosan en un capítulo especial (artículos 40 y 53 respectivamente), se le considera como tal pues recae sobre los instrumentos con que se cometió el delito así como sobre los objetos y productos del mismo.

Es preciso distinguir entre decomiso y confiscación, la cual consiste en la privación de los bienes de una persona para aplicarlas a favor del fisco, lo cual se encuentra expresamente prohibido por el artículo 22 Constitucional. El decomiso, por regla general, es una pena que se impone de forma accesoria.

Sanción Económica. A diferencia del Código Penal Federal que no señala nada al respecto, el código sustantivo penal para el Distrito Federal dispone en su artículo 37 que la sanción pecuniaria comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica; por otro lado, el artículo 52 señala que: *En los delitos cometidos por servidores públicos a que se refieren los Títulos Décimo Octavo y Vigésimo del Libro Segundo de este Código, la sanción económica consiste en la aplicación de hasta tres tantos del lucro obtenido y de los daños y perjuicios causados.*²⁸ Lo anterior significa que si en los delitos a que se refiere el artículo mencionado, el servidor público responsable con su conducta obtuvo un lucro o causo daños o perjuicios con su omisión, la sanción económica será de hasta tres veces el lucro que haya obtenido o los daños o perjuicios que hubiese causado.

Reparación del Daño. “La reparación del daño consistiría en la obligación del reo de dar al sujeto víctima una cantidad de dinero por el daño sufrido.”²⁹

Tanto el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal como el Código Penal Federal coinciden en que la reparación del daño comprende:

1. La restitución de la cosa obtenida por el delito, con frutos y accesorios o, de no ser posible, el pago del valor de la misma.
2. Reparación del daño moral y material sufrido por la víctima incluyendo los tratamientos necesarios para la recuperación de la salud tanto física como psicológica de la víctima.
3. Resarcimiento de los perjuicios causados.

Además de lo anterior, el código sustantivo penal del Distrito Federal señala que la reparación del daño también comprende:

²⁸ *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, 15ª Edición, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2006.

²⁹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penología*, op. cit., p.192.

1. El restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes de la comisión del delito.
2. El pago de los salarios o percepciones correspondientes si, tratándose de lesiones, se provoca incapacidad para trabajar.

Existe controversia sobre si se debe considerar a la reparación del daño como pena. personalmente considero que es pena cuando el obligado a realizarla es directamente el condenado, pues cuando el obligado a ello es un tercero, la reparación del daño tiene un carácter civil, es decir, tendrá una naturaleza privada (responsabilidad civil), tal y como lo precisa el Código Penal Federal en su artículo 34 (distinción que no se hace en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal), pues al considerar como pena a la reparación del daño exigible a un tercero, sería una pena trascendental lo cual se encuentra prohibido por el artículo 22 Constitucional.

c) Privativas de Libertad.

Estas penas consisten en la privación de la libertad de traslación, también llamada ambulatoria, del sentenciado. Actualmente, tanto en el ámbito federal como en el local, las penas privativas de libertad se han reducido a dos: prisión y semilibertad.

Semilibertad. Es una privación de libertad que se alterna con periodos de libertad, los cuales, de acuerdo con la ley, pueden darse de la siguiente manera:

1. Externación durante la semana de trabajo (o también educativa, en materia federal) con reclusión de fin de semana.
2. Salida de fin de semana y reclusión por el resto de ésta.
3. Salida diurna con reclusión nocturna (o también en viceversa, en materia local).

De acuerdo con el artículo 35 último párrafo del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, la semilibertad puede ser impuesta como pena autónoma o en sustitución de la pena de prisión y, en este caso, su duración no puede ser mayor al de la pena sustituida.

Por su parte, el artículo 27 segundo párrafo del Código Penal Federal implícitamente señala que solo podrá aplicarse en sustitución de la prisión y, de igual forma, su duración no puede ser superior al de la pena sustituida.

Prisión. Dado que esta pena es estudiada en un apartado especial dentro de este capítulo, y evitando caer en redundancia, en este momento solo nos limitaremos a señalar que en nuestro sistema penal, al igual que en la mayoría de los sistemas penales, la prisión es la pena más frecuente con la que se sancionan los delitos; se ha realizado un abuso de ella, se castiga con prisión tanto al que roba, como al que comete un homicidio, tanto al violador como al defraudador.

El legislador, lejos de preocuparse por encontrar una verdadera solución de fondo al alto índice de delincuencia que aqueja al país, únicamente opta por elevar la duración de las penas de prisión ya previstas por la ley, castigando con ella toda clase de delitos, sin darse cuenta que con ello, en lugar de brindar una solución, agrava no solo la crisis que afecta ya a esta pena, sino también la situación actual de la sociedad en lo que a la delincuencia se refiere.

d) Restrictivas de libertad de traslación.

Señala Ramírez Delgado que “son aquellas en las que solamente se le restringe su libertad al individuo, sin que quede recluido en una institución pública, suelen ser aplicadas por razones de seguridad del propio delincuente para evitar alguna venganza o bien una reincidencia, aunque en ocasiones se confunden con una medida de seguridad, vgr. Prohibición de ir o de residir en un

lugar determinado, el confinamiento.”³⁰ Como se desprende de lo anterior, representan un verdadero menoscabo a la libertad del individuo que éste debe sufrir por la comisión de un delito, por lo que son consideradas como penas y no como medidas de seguridad.

e) Privativas de derechos o de funciones.

Dentro de estas penas encontramos las siguientes:

Suspensión o Privación de Derechos. Mientras la suspensión es la pérdida temporal de derechos, la privación es la pérdida definitiva de estos últimos. Pueden ser de dos clases:

1. La que se impone por ministerio de ley como consecuencia necesaria de la pena impuesta, con la cual comenzará y concluirá.

La pena de prisión produce la suspensión de derechos políticos además de los de tutela, curatela, ser apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en concursos, árbitro, arbitrador o representante de ausentes. La suspensión comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia hasta que se extinga la pena de prisión (artículos 58 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y 46 del Código Penal Federal).

2. La que se impone como pena autónoma; caso en el cual si la suspensión o privación va acompañada con pena privativa de libertad, comenzarán con esta y su duración será la que se señale en la sentencia correspondiente; en caso contrario, comenzarán al causar ejecutoria la sentencia

Algunos artículos en los que se prevé la suspensión de derechos son, en el Código Penal Federal: Art. 143 segundo párrafo (suspensión de

³⁰ RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 55.

derechos políticos); Art. 196 fracción V (suspensión de derechos para el ejercicio de profesión u oficio); Art. 203 (pérdida de la patria potestad, del derecho a recibir alimentos por parte de la víctima y los derechos que tenga respecto a los bienes de esta); Art. 211 (suspensión de profesión); Art. 266 BIS fracción II (pérdida de patria potestad y tutela); Art. 278 (pérdida del derecho a heredar).³¹

En el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, algunos ejemplos son los siguientes: Art. 125 (pérdida de derechos respecto a la víctima, incluyendo los sucesorios); Art. 132 (suspensión o pérdida de derechos respecto al sujeto pasivo); 146 (suspensión para ejercicio de profesión u oficio); Art. 152 (suspensión para ejercer profesión); Art. 156 (privación de patria potestad o tutela); Art. 178 fracción II (pérdida de patria potestad o tutela y derechos sucesorios); Art. 213 segundo párrafo (suspensión en el ejercicio de profesión, arte u oficio).³²

Destitución e Inhabilitación para el desempeño de empleos, cargos o comisiones en el servicio público. El Código Penal Federal únicamente hace referencia a estas penas dentro de la enumeración de penas y medidas de seguridad que se encuentran en su artículo 24, pero omite señalar en que consisten. Así, acudiendo a lo dispuesto en el artículo 56 párrafos tercero y cuarto del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, tenemos que la destitución consiste en la privación definitiva del empleo, cargo o comisión que se desempeñaba en el servicio público. Inhabilitación se traduce en la incapacidad temporal para ocupar cargos, empleos o comisiones públicos.

El ejemplo más claro de aplicación de estas sanciones tanto en el Código Penal Federal como en el del Distrito Federal son los delitos cometidos por servidores públicos, en donde además de las sanciones que se señalan en cada tipo, se impone tanto la destitución como la inhabilitación.

³¹ *Código Penal Federal*, 15ª Edición, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2006.

³² *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, *op. cit.*

1.4 PRISIÓN.

Como se señaló anteriormente, en este apartado nos ocuparemos del estudio de una pena en particular: la prisión; considerada como la sanción más dramática en los sistemas penales porque recae sobre uno de los bienes jurídicos más importantes después de la vida, es decir, la libertad, con la salvedad de aquellos países donde aún se aplica la pena de muerte.

La prisión ha sido la pena con la que se ha cubierto la desaparición de las penas corporales, sin embargo, los resultados no han sido del todo favorables.

En nuestro país, los legisladores pretenden solucionar el grave problema de la delincuencia sancionando todos los delitos con la pena de prisión, lo cual no es, por mucho, la solución al problema, sino al contrario, los índices delictivos siguen en aumento, los centros de readaptación social se siguen saturando y se sigue abusando de la pena de prisión, pena que, por su gravedad, debe ser considerada solo como la pena a aplicar para cuando se atente de manera altamente grave contra los valores fundamentales de la sociedad.

El uso excesivo de la pena de prisión lo único que refleja es un desconocimiento de su finalidad, desconocimiento que desemboca en un deterioro del sistema penal mismo, ocasionado también por su mala organización y el método en que es ejecutada que, a todas luces, no es el más óptimo para dar cumplimiento a sus objetivos finales.

1.4.1 Concepto.

El artículo 25 del Código Penal Federal señala lo siguiente: *La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años, y sólo podrá imponerse una pena adicional al límite máximo cuando*

*se cometa un nuevo delito en reclusión. Se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o la autoridad ejecutora de las penas, ajustándose a la resolución judicial respectiva.*³³

Por su parte, el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 33 dispone: *La prisión consiste en la privación de la libertad personal. Su duración no será menor de tres meses ni mayor de cincuenta años. Su ejecución se llevará a cabo en los establecimientos del Distrito Federal o del Ejecutivo Federal, conforme a lo dispuesto en la legislación correspondiente, en la resolución judicial respectiva o en los convenios celebrados.*³⁴

Ramírez Delgado señala que consiste “en privar de la libertad al sentenciado, internándolo en un lugar o institución especialmente para ello y sometido a un régimen de custodia o castigo o de tratamiento rehabilitatorio, según las últimas teorías penitenciarias.”³⁵

También se ha mencionado que la pena de prisión consiste en la privación de la libertad del sentenciado ejecutada en institución destinada para ello y que tiene por objeto la readaptación social del individuo.

1.4.2 Aspectos Generales.

Aunque la prisión existe desde hace muchos años, en sus comienzos cumplía funciones totalmente distintas a las que cumple o pretende cumplir en la actualidad; sus orígenes fueron provisionales.

Las penas privativas de libertad en la antigüedad no se trataban de penas propiamente dichas, sino que tenían un carácter meramente procesal, pues se prefería recurrir a la pena de muerte y a las penas corporales.

³³ *Código Penal Federal, op. cit.*

³⁴ *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, op.cit.*

³⁵ RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 101.

Dentro de los antecedentes de la prisión, encontramos que hasta finales del siglo XVI, la función de la *cárcel* era la de custodiar a los detenidos hasta el juicio en donde, si se les encontraba culpables, eran condenados a pena de muerte o a una pena corporal. El cambio que sufre la cárcel de instrumento de custodia a cárcel de cumplimiento se da debido a los cambios tanto sociales como económicos de la época.

Entre los siglos XV y XVI, con la superación del sistema feudal, la pobreza comienza a generar que miles de campesinos emigren a las ciudades, formando un gran número que la manufactura no podía absorber, por ello, la solución que encontraron quienes ocupaban el poder era enviarlos a las cárceles.

De fines del siglo XVI a la primera mitad del siglo XVIII, debido a que en ese tiempo se comenzaba a desarrollar cada vez más el mercantilismo, la mano de obra se hacía necesaria, cada vez más aumentaba la demanda y no se encontraba la forma de satisfacerla. Así, la cárcel es vista como una fuente de mano de obra suficiente y además barata. Surgen en Inglaterra y Holanda las que fueron llamadas *casas de trabajo* que tenían por objeto recluir a todo marginado, ya fueran delincuentes, vagos, prostitutas, incluso viudas y ancianos, para hacerlos trabajar para el Estado. Por ello, los orígenes de las penas privativas de libertad no se debían tanto a una idea de sanción, sino a la utilización de mano de obra barata en beneficio de la naciente industria.

En la segunda mitad del siglo XVIII, con la superación del mercantilismo y el aumento en la invención y utilización de las máquinas, la mano de obra fue desplazándose; el trabajo carcelario ya no era redituable para los empresarios. Se crea, debido a lo anterior, una clase social pobre, orillados a dedicarse al vagabundeo, al pillaje, por tanto, se tenía que hacer algo para detener el aumento de tal problema. Las miradas se dirigen nuevamente a la cárcel, pero ya no como centro o casa de trabajo, sino que ahora ocupa un papel esencialmente intimidatorio y de castigo, surgiendo así la pena de *prisión*, que

aparece ya como una pena consistente en la privación de la libertad que, paulatinamente, iría sustituyendo a la pena de muerte y a las penas corporales.

Durante el siglo XVII y XIX, con el surgimiento de las ideas iluministas, no solo se buscaba el castigo, sino también la corrección de los individuos. Nace una corriente humanista, se otorgan garantías jurídicas a los reclusos y se realizan modificaciones sustanciales con la implantación del sistema progresivo (cuya esencia radica en dividir la privación de la libertad en diversas etapas, otorgando en cada una de ellas privilegios al condenado, que van desde el aislamiento celular hasta la libertad condicional); se da una expansión del internamiento celular, que parte de los prototipos desarrollados en Norteamérica: el *filadélfico* y el *auburniano* (que tienen como diferencia esencial que en el primero el encierro era de día y de noche, no había ni visitas ni ninguna otra actividad; en el segundo el aislamiento era nocturno y combinado con vida en común y trabajo durante el día, pero con severa disciplina y silencio absoluto). Aunado a ello, se restringe el uso de castigos corporales y de instrumentos tales como grilletes y cadenas.

“La pena de prisión en este momento, por tanto, ya reúne tres de las características definitorias que aún mantiene. Se concibe en sí misma como pena; su imposición le corresponde a los tribunales adheridos al principio de igualdad; y comienza a preocupar el modo en que se ejecuta, bien para humanizarlo o bien atendiendo a otros fines. Es el triunfo de la institución penitenciaria que, iniciada en Norteamérica a finales del siglo XVII, se extiende posteriormente al resto del mundo, y que sin demasiadas transformaciones llega hasta nuestros días.”³⁶

Pero además, “comienzan a aflorar tipologías clasificatorias basadas en la personalidad del condenado y su comportamiento en el ambiente carcelario. Se comprueba que para incidir sobre el individuo no basta con insertarlo en una

³⁶ SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a la Prisión, su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004, p. 292.

estructura planificada, sino que es necesario valorar sus características y tomar los elementos más cualificadores de personalidad”,³⁷ para que la prisión pueda tener los efectos que de ella se esperan.

A fines ya del siglo XIX, se comienza a extender la idea de reformar al delincuente, coincidiendo así con movimientos humanizadores de la vida en prisión, donde la idea preventivo-especial de la pena resalta entre los fines de la misma, sin embargo, reflejaba una lucha con el positivismo, corriente para la que la cuantificación de la pena concretaba los planteamientos retributivos al permitir aplicar un mal en proporción al mal causado con el delito.

De este modo la idea de resocialización ha provocado una importante renovación en los sistemas penales, mas el optimismo respecto a este fin de la pena de prisión se ha venido desvaneciendo, sobre todo, por la falta de resultados prácticos, alzándose en contra de ella fuertes críticas que tienen que ver con el mismo concepto de la resocialización y con su dificultad teórica y práctica.

A pesar de ello, la prevención general y la prevención especial se siguen manteniendo como los fines de la pena de prisión y las críticas que hay en contra de ella, aunque muy importantes, no son el tema medular del presente estudio, empero, derivado de aquellas se han ido creando y aplicando paulatinamente sustitutivos y beneficios que deben tener un amplio margen de aplicación en comparación al actual.

1.4.3 Fines de la pena de prisión.

Los que actualmente se aceptan como fines de la pena son los mismos que persigue la prisión y, en general, toda clase de pena, esto es, prevención general y prevención especial, sin embargo, para poder señalarlos hay

³⁷ *Ibid.*, p. 293.

que distinguir, primero, cuales son sus fases. Así tenemos que hay una fase de *conminación penal* (amenaza) que corresponde al momento en que el legislador fija la pena de prisión para ciertos delitos así como su duración; la segunda fase es la de *imposición* de la pena al responsable de la comisión de un delito y, por último; la fase de *ejecución de la pena*. Estas tres fases también son mencionadas por Rodríguez Manzanera cuando se refiere a que las funciones de la pena de prisión varían dependiendo si se considera como punibilidad, punición o pena.³⁸

Aunque hay discusión si tanto la prevención general como la especial se presentan en las tres fases de la pena de prisión, aquí señalaremos la forma en que se presentan en cada una de ellas de acuerdo con varios autores.³⁹

a) Prevención General.

En la etapa de elaboración legal o punibilidad, la prisión afirma los valores esenciales de la sociedad (prevención general positiva) además de que se considera una sanción sumamente intimidatoria (aunque esto pueda ser cuestionable en la práctica), pues recae sobre uno de los bienes jurídicos más importantes: la libertad (prevención general negativa).

En la etapa de imposición de la pena o punición es donde convergen de forma más clara ambos fines preventivos, generales y especiales. Por lo que respecta a la prevención general, en esta fase se traduce en reafirmar la norma jurídica, en la reafirmación hecha por el juez de la amenaza de sanción señalada en la ley.

Por último, en la etapa de ejecución de la pena y a pesar de que hay mayor enfoque a los fines preventivo-especiales, se da la consumación de la

³⁸ Vid. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penología, op., cit.*, p. 215.

³⁹ Cfr. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *op. cit.*, p. 03 y RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penología, op. cit.*, p. 215.

amenaza penal, o dicho de otro modo, la demostración de que dicha amenaza iba en serio.

b) Prevención Especial.

En la etapa de punibilidad pareciera ser que únicamente tienen cabida fines de prevención general, hay autores, entre ellos Muñoz Conde⁴⁰ que afirman que en esta etapa también se presentan orientaciones preventivo-especiales al tener en cuenta el legislador los efectos que la prisión puede causar en el condenado y por ello prevé medidas alternativas a ella.

Por lo que hace a la fase de imposición de la pena de prisión por parte de la autoridad judicial, se espera que el individuo, al observar que su conducta delictiva no quedó impune, evite la comisión de futuras conductas delictivas que lo llevarían a la misma situación. La determinación del quantum de la pena se realizará conforme al criterio de individualización que se adopte.

Finalmente, en la ejecución de la pena, la prisión perseguirá el fin de readaptar al individuo para lograr su reinserción social.

Ante todo lo que hemos visto hasta este punto, existe un criterio jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (tesis jurisprudencial 127/2001) que a pesar de que en él se trata el tema de la prisión vitalicia como pena inusitada y, por tanto, prohibida por el artículo 22 Constitucional, en el se expresa cuál es el fin de la pena que es aceptado en nuestro sistema penal, además de que hace referencia a las diversas teorías que se han planteado sobre la pena y sus fines. Por ello, considero importante realizar aquí su transcripción.

PRISIÓN VITALICIA. CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL. Si por pena inusitada, en su acepción

⁴⁰ Citado por SANZ MULAS, Nieves, *op., cit.*, p. 130.

constitucional, se entiende aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante y excesiva o porque no corresponde a los fines punitivos; ha de concluirse que la prisión vitalicia o cadena perpetua es inusitada y, por tanto, prohibida por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que en la legislación mexicana la pena de prisión siempre ha tenido un límite determinado, por estimarse que cuando es de por vida es inhumana, cruel, infamante, excesiva y se aparta de la finalidad esencial de la pena establecida en el artículo 18 del propio ordenamiento, que es la readaptación social del delincuente. En efecto, la finalidad de la pena ha evolucionado a través del tiempo, pues ésta surgió en principio como una venganza privada en la que el ofendido aplicaba el castigo de acuerdo a la gravedad del daño causado; luego, como una venganza divina, pues el delito se consideraba como una ofensa a la divinidad; en el derecho griego, además, era intimidatoria; en el derecho romano constituyó una reacción pública, en razón de la ofensa; en el periodo científico, en Alemania, se estimó que el fin de la pena es una coacción psicológica, de donde surgió la teoría de la prevención general; para la escuela clásica la pena tiende a conservar el orden legal; para los positivistas la finalidad de la pena es un medio de defensa social; para la doctrina absolutista responde a la idea de justicia absoluta, esto es, que el bien merece el bien y que el mal merece el mal; para la doctrina relativa es el instrumento para asegurar la vida en sociedad; y la doctrina ecléctica propone que la pena pública puede tener los fines siguientes: reformar al delincuente, ser ejemplar, intimidatoria, correctiva, eliminadora y justa. Ahora bien, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 18, segundo párrafo, después de analizar las iniciativas, dictámenes y discusiones de las reformas de que fue objeto, siempre ha sido como finalidad de la pena y garantía del sentenciado la readaptación social del delincuente sobre la base del trabajo, la capacitación y la educación como medios para lograr ese fin; en consecuencia, si en la legislación mexicana no se encuentra prevista y sancionada como pena la cadena perpetua o prisión vitalicia, porque contraviene el fin último de la pena, que consiste en readaptar al delincuente para incorporarlo a la sociedad, es evidente que se trata de una pena inusitada, por tanto, es inconstitucional.⁴¹

⁴¹ *IUS 2005 Jurisprudencia y Tesis Aisladas Junio 1917- Diciembre 2005*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

CAPITULO II. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

Individualizar significa especificar una cosa, en el caso de la individualización de la pena, esta consistiría en especificar que clase de pena y el quantum de la misma corresponde a cada delito. La doctrina⁴² reconoce tres etapas de la individualización de la pena que son: individualización legislativa, individualización judicial e individualización administrativa. Así, Rodríguez Manzanera señala que “individualizar significa el adaptar la ejecución de la pena a las características personales del delincuente, pena que ha sido determinada por el juez tomando en cuenta, principalmente, el delito cometido, el daño causado y otras circunstancias del infractor y de su víctima (punición), y de acuerdo a la enunciación de la legislación correspondiente (punibilidad).”⁴³

Orellana Wiarco refiere que “la determinación de la pena corresponde al legislador y consiste en la sanción abstracta, que en nuestro actual sistema jurídico mexicano, se fija en amplios márgenes de mínimo a máximo, generalmente en penas de prisión y multa. Cuando la determinación de la pena la efectúa el juzgador hablamos de individualización de la sanción, y corresponde a la decisión del juzgador con base en su arbitrio judicial, señala con precisión la pena que impone, dentro del marco legal al que debe sujetar su decisión.”⁴⁴

El artículo 14 constitucional en su tercer párrafo señala que: *En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.*⁴⁵ Por otro lado, el artículo 21 de la Carta Magna señala que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. Por lo anterior y de acuerdo con los preceptos constitucionales

⁴² Cfr. MALO CAMACHO, Gustavo, *op. cit.*, pp. 651-653 y JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *op. cit.*, p. 186.

⁴³ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penología*, *op. cit.*, p. 94.

⁴⁴ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *La Individualización de la Pena de Prisión*, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, p.121.

⁴⁵ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*

mencionados, se reserva exclusivamente a los jueces la facultad de imponer las penas, pero siempre, estrictamente dentro de los límites establecidos en la ley para el delito concreto.

2.1 SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA.

Cada sistema jurídico e incluso cada ordenamiento penal puede adoptar diversos sistemas para realizar la determinación de la pena, los cuales varían según la forma en que se realiza la individualización, la existencia de una o varias fases de la misma y de las facultades otorgadas a las autoridades que son titulares de las mismas. Dentro de estos sistemas encontramos los siguientes:⁴⁶

- a) Sistema de Indeterminación Total o Absoluta.
- b) Sistema de Indeterminación Legal Relativa.
- c) Sistema de Indeterminación Judicial Relativa.
- d) Sistema de Penas Fijas.
- e) Sistema de Individualización Legal.

2.1.1 Sistema de Indeterminación Total o Absoluta.

Dentro de este sistema, la ley no marca límites respecto a la duración que debe tener la pena ni la calidad de la misma. La autoridad judicial tampoco establece en su resolución límite alguno concretándose únicamente a determinar si el sujeto es responsable o no, por lo cual, corresponde a la autoridad ejecutora o administrativa la facultad de establecer, en cada caso en concreto, la pena a aplicar y la duración de la misma respondiendo preponderantemente a fines preventivo especiales. “La pena indeterminada supuso una grave afectación al principio de legalidad, base de la certeza jurídica para el derecho penal y, por lo mismo, también un grave nuevo riesgo de la imposición penal frente a la luz de los

⁴⁶ Cfr. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *op. cit.*, pp. 125- 126, y JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *op. cit.*, pp.183-186.

derechos humanos de la persona, razón por la cual fue una dirección rechazada por el derecho.”⁴⁷

2.1.2 Sistema de Indeterminación Legal Relativa.

En este sistema, el legislador opta por establecer límites mínimos y máximos para la duración de la pena y la calidad de ésta para cada delito en concreto, por lo que la autoridad judicial se debe sujetar a tales límites establecidos en la ley, por tanto, un juez se encuentra impedido para imponer una pena distinta a la señalada en la ley y fuera de los límites marcados por la misma, debiendo el juzgador en sus resoluciones establecer una pena determinada.

Dentro de este sistema hay importante participación en la individualización de la pena tanto del legislador, juez y autoridad ejecutora.

2.1.3 Sistema de Indeterminación Judicial Relativa.

Aquí, la resolución dictada por el juzgador deja indefinido el quantum de la pena a ejecutar concretándose a señalar límites mínimo y máximo dejando a la autoridad ejecutora la facultad de establecerlo, que en el caso de las penas privativas de libertad dependerá del tratamiento aplicado y el avance presentado por el sujeto respecto a aquel, concluyendo cuando se considere que el fin de la readaptación social de la pena ha sido alcanzado.

“Previene este sistema, que sea el juez quien fije el término mínimo o máximo de la condena, pero sin precisarla con exactitud, a fin de dar juego al amplio campo del tratamiento en la ejecución en manera de que, de acuerdo con la evolución concreta de cada caso, concluya aquélla cuando se estime que el objetivo readaptador de la pena ha sido alcanzado.”⁴⁸

⁴⁷ MALO CAMACHO, Gustavo, *op. cit.*, p. 661.

⁴⁸ *Ibid.* p. 662.

2.1.4 Sistema de Penas Fijas.

En este sistema, la ley señala de manera inflexible la pena a aplicar para cada delito, por lo que no hay posibilidad de tomar en cuenta las particularidades de cada caso en concreto ni mucho menos circunstancias que pudieren atenuar la responsabilidad.

Al ser la ley la que determina de modo rígido e inflexible la pena a aplicar, no permitiendo de manera alguna el uso del arbitrio judicial, este sistema es considerado sumamente injusto pues no hay más que imponer, cuantitativa y cualitativamente, la misma pena a sentenciados con características distintas y cuyas motivaciones para delinquir pudieran ser muy diferentes unos de otros, además de que para efectos preventivo-especiales, las penas detalladas a ultranza por la ley son a todas luces ineficaces.

2.1.5 Sistema de Individualización Legal.

Este sistema guarda íntima relación con el anterior, pues la ley además de prever la pena aplicable de manera inflexible para cada delito, también prevé la posibilidad de aumentarla o disminuirla con base en circunstancias atenuantes o agravantes, grado de participación en la comisión del delito, concurso ideal o real, grado de consumación, etc. pero que también de manera rígida ella misma establece.⁴⁹

Para finalizar, respecto al sistema que es adoptado en nuestro país, es preciso señalar que el legislador ha optado por fijar límites mínimos y máximos en cada tipo penal; de este modo, los jueces no pueden imponer pena alguna que se encuentre fuera de ese marco legal, por lo que podemos ubicarlos, de manera general, dentro del Sistema de Indeterminación Legal Relativa,⁵⁰ dando a los

⁴⁹ Vid. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *op. cit.*, p. 126

⁵⁰ Cfr. MALO CAMACHO, Gustavo, *op. cit.*, p. 661 y ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *op. cit.*, pp. 125-126.

jueces la posibilidad de actuar dentro de ese rango existente entre mínimo y máximo.

Sin embargo, nuestras leyes penales también recogen un poco de otros sistemas. Así, por ejemplo, prevén la posibilidad de aumentar o disminuir la pena con base en circunstancias atenuantes o agravantes; la posibilidad de imponer sustitutivos o beneficios penales y facultan a la autoridad ejecutora para el otorgamiento de figuras tales como la tratamiento preliberacional y la libertad anticipada.

Como se mencionó antes, en nuestro país se ha adoptado, de forma general, el Sistema de Indeterminación Legal Relativa, por lo que en la individualización de la pena tiene relevante participación tanto el legislador, como la autoridad judicial y la autoridad ejecutora.

De esta manera, en el Sistema de Indeterminación Legal Relativa se distinguen tres fases de la individualización de la pena las cuales son:

- Legislativa, que es establecida en la ley.
- Judicial, que corresponde a los jueces al momento de dictar sentencia condenatoria en un proceso en particular.
- Administrativa, que no solo se presenta al momento de ejecutar la sentencia, sino que también puede presentarse en un momento posterior a aquella.

Enseguida analizaremos cada una de las fases de la individualización de la pena, pero siempre marcando especial interés en la individualización judicial en donde se hará referencia a los diversos criterios que para su realización se han planteado, concluyendo por señalar cuál es el que adopta el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Cabe señalar que aunque el criterio a que se debe sujetar el juez para individualizar la pena es establecido

en la ley, es el juez quien los estudia en cada caso particular y quien determina cuantitativa y cualitativamente (en los casos en que así se permita) la pena de acuerdo al hecho concreto.

2.2 INDIVIDUALIZACIÓN LEGISLATIVA.

A la individualización legislativa también se le llama individualización de la punibilidad que, como se ha señalado ya, corresponde a la instancia legislativa. Diversos autores señalan que se hace un incorrecto uso del lenguaje pues con la expresión *individualización de la pena* se tratan tres problemas distintos (individualización legislativa, judicial y administrativa) así como también el término *pena*, pues de acuerdo con ellos, hay que distinguir entre punibilidad, punición y pena, distinción que ya se ha señalado en una parte anterior de este trabajo.

2.2.1 Concepto.

La individualización legislativa es la que realiza el legislador al señalar las conductas que se consideran delitos y la forma en que serán sancionados los sujetos que las cometan. En esta etapa, el legislador señala qué tipo de pena será impuesta al responsable de la comisión de un delito así como los mínimos y máximos a los que deberá sujetarse el juez en cada caso concreto.

Además, la ley también determinará los criterios que deberán tomar en cuenta los jueces ya de forma particular para imponer la sanción en concreto, dependiendo de las particularidades que se presenten en cada proceso.

Para Rodríguez Manzanera, la individualización legislativa “es la etapa en la que la amenaza es enunciada; el legislador no solo criminaliza determinada conducta, sino que la valora y la califica por medio de una punibilidad; si considera que la conducta es grave, que el daño o peligro que

causan a la sociedad es superlativo, dará una punibilidad mayor que si la conducta es considerada menos peligrosa, en cuyo caso la punibilidad será de menor magnitud.”⁵¹

La existencia de diversas formas de realización de la conducta delictiva (dolosa o culposa), de grados de consumación (delito consumado y en grado de tentativa), de concurso de delitos tanto ideal como real, y grado de participación en su comisión determinan la existencia de distintas magnitudes de punibilidad.

Pese a lo señalado por Rodríguez Manzanera, el problema en la individualización o determinación legislativa radica en que el legislador ha cometido un abuso de la pena de prisión, sancionando la mayoría de las conductas consideradas delictivas con esta última, lo cual es reflejo de un desconocimiento tanto de los fines de dicha pena, entre los cuales, de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, destaca el de readaptación social, como de los principios de necesidad y ultima ratio que deben ser observados al establecerla en la ley, únicamente se limita a elevar cada vez más los límites mínimos y máximos así como a establecerla de manera indiscriminada para toda clase de delitos.

Es de gran importancia que en la actualidad el legislador realice un estudio más profundo al momento de elaborar las leyes penales y así pueda conocer que pena resulta adecuada para cada clase de conducta delictiva así como para lograr los fines de la sanción penal; los casos en que realmente sea necesario establecer la pena de prisión; el mayor manejo de otros tipos de penas para otorgar otras alternativas a los jueces, que son quienes conocen las particularidades de cada caso en concreto y de cada individuo, así como también un mayor margen de aplicación de sustitutivos de la prisión y de la suspensión condicional de la ejecución de la misma.

⁵¹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penología*, op. cit., pp. 100-101.

2.2.2 Características.

De lo anterior, se pueden señalar como características de la individualización legislativa las siguientes:

- Es facultad exclusiva del legislador.
- Consiste en tipificar penalmente ciertas conductas así como establecer la amenaza de privación o restricción de determinados bienes jurídicos a quien las cometa.
- Cumple fines esencialmente de prevención general.
- Cualitativa y cuantitativamente debe depender del bien jurídico que sea tutelado por la ley.

2.2.3 Principios.

La doctrina⁵² señala como principios rectores de la individualización legislativa los siguientes:

- Legitimación. El Estado tiene el deber de tutelar bienes jurídicos fundamentales de la comunidad.
- Legitimidad. La conminación o amenaza penal solo estará legitimada si en el mundo fáctico se presentan efectivamente atentados o daños a los bienes jurídicos que son tutelados por el Estado.
- Necesidad. La amenaza penal solo debe ser establecida ante el fracaso de otros medios preventivos, jurídicos o no, esto es, solo debe establecerse cuando sea estrictamente indispensable. Esto también tiene que ver con la clase de pena que se prevea para cada delito, pues no todas las conductas delictivas necesariamente tienen que ser sancionadas con la misma pena, pues cada una de ellas tiene fines y efectos distintos. Así, por ejemplo, la prisión no debe ser

⁵² Vid. JIMÉNEZ MARTINEZ, Javier, *op. cit.*, pp. 189-190.

utilizada de manera indiscriminada, sino que con ella deben ser sancionadas las conductas que atenten gravemente contra los bienes jurídicos fundamentales y se debe comenzar a tomar en cuenta otro tipo de sanciones para aquellas no tan graves.

- Generalidad. La conminación penal no puede ser dirigida a un individuo en específico, sino que debe dirigirse contra todo aquel que realice la conducta descrita por la ley, es decir, a todos los gobernados en general.
- Abstracción. Debe referirse a todos los hechos que tengan lugar mientras la ley se encuentre vigente.
- Monopolio del *ius puniendi*. Ninguna otra de las funciones del Estado así como tampoco los particulares pueden crear punibilidades, esta facultad es exclusiva de la función legislativa.

Concluyendo con este tema, hay que señalar que algunos autores señalan como límites de la individualización legislativa tanto los derechos humanos como el bien jurídico protegido.

La conminación o amenaza penal no puede traspasar la barrera de los derechos humanos, no puede consistir en la privación de bienes que pudieren violar a aquellos, por lo que, en la actualidad, en todos los sistemas jurídicos deben ser un límite que el legislador no debe transgredir.

Es estrictamente indispensable que desde que el legislador crea la norma, no solo la de orden penal, sino las que regulen cualquier materia, haya un respeto, una protección a los derechos humanos para que después ni la autoridad judicial ni la administrativa puedan violentarlos con base en la ley.

Por último, respecto al bien jurídico protegido señala Rodríguez Manzanera que “éste nos indica los límites de la amenaza, pues en forma alguna

puede romperse la proporción, no podría amenazarse con la muerte a quien robaré.”⁵³

2.3 INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL.

Corresponde ahora tratar lo referente a la individualización judicial o también llamada individualización de la punición. Este tema es de relevancia para el desarrollo del presente trabajo pues serán analizados los diversos criterios que se han planteado para la individualización de la pena por parte de la autoridad judicial y a cual de ellos se apegamos el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

La individualización judicial cobra importancia pues es ahí donde tanto las peculiaridades del hecho como las del autor determinan, conforme a la clase de pena establecida por el legislador en la ley, el quantum de la misma a aplicar; es en el proceso que el juez conoce las particularidades del delito y su autor y con base en el criterio que adopte el código o ley respectiva, especificará en la sentencia condenatoria una pena determinada.

La individualización judicial abarca también lo referente a la suspensión condicional de la ejecución de la pena así como la sustitución de la pena de prisión, sin embargo, estos aspectos serán estudiados en un capítulo aparte por así convenir a la realización de este trabajo, por tanto, aquí nos concentraremos en la determinación del quantum de la pena.

Dependiendo de que criterio se adopte, es al que el juzgador debe apegarse para fijar la pena que corresponda al responsable de un delito en concreto. El problema de la individualización judicial en nuestro país es que el legislador cada vez restringe más las opciones para los jueces pues en la actualidad casi todas las conductas delictivas son sancionadas con la prisión, lo único que varía es el tiempo de duración de la misma. Los jueces no tienen más

⁵³ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penología*, op. cit., p. 90.

que sancionar igualmente, a manera de ejemplo, al que comete un homicidio, al que viola y al que roba, sin importar la duración a que sean condenados, la calidad de pena es la misma. Los jueces no hacen más que aplicar lo que ordena la ley.

2.3.1 Concepto.

Señala Rodríguez Manzanera que la individualización judicial “es la fase de determinación de la punición, es el momento en el que el juez escoge entre al arsenal de punibilidades que la ley le proporciona para el delito en cuestión la que sea más adecuada tomando en cuenta tanto al delito y sus circunstancias como la personalidad y las características del delincuente.”⁵⁴

Por su parte, Orellana Wiarco afirma que “cuando la determinación de la pena la efectúa el juzgador, hablamos de individualización de la sanción, y corresponde a la decisión del juzgador, con base en su arbitrio judicial, señalar con precisión la pena que impone, dentro del marco legal al que debe sujetar su decisión.”⁵⁵

De lo anterior podemos desprender que en la individualización judicial, el juzgador, dentro de las punibilidades establecidas en la ley, impondrá la pena (determinada ya en forma cualitativa y cuantitativa) que corresponda a cada sentenciado con relación al delito cometido, para lo cual empleará el arbitrio judicial.

Por ello afirma Hernández Pliego que “una de las funciones más trascendentes del órgano jurisdiccional es, sin duda, la de individualizar la pena aplicable al condenado, es decir, hacer vigente en una persona física, la consecuencia más importante del delito.”⁵⁶

⁵⁴ *Ibid.* p. 102.

⁵⁵ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *op. cit.*, p. 121.

⁵⁶ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *El Proceso Penal Mexicano*, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 557.

Aquí, la punibilidad prevista por la ley de forma general y abstracta se concretiza y se impone de manera particular en cada caso que es puesto en conocimiento de la autoridad judicial.

Es en esta fase de la individualización de la pena que cobra especial importancia el llamado arbitrio judicial que es definido por Barragán Salvatierra como “una de las facultades discrecionales más importantes que la ley otorga al juzgador para el efecto de resolver correctamente un asunto sometido a su jurisdicción y competencia, para realizar una correcta aplicación de la ley penal, para que de esta manera individualice y determine la pena aplicable a cada caso concreto.”⁵⁷

Por su parte, Quintana Valtierra señala que el arbitrio judicial “es la facultad que tiene el órgano jurisdiccional para hacer el señalamiento de la pena que debe compurgar el sujeto actuante del delito con base en lo previsto por el ordenamiento punitivo...para lograr la adaptación de la norma penal a cada caso, teniendo en cuenta las notas diferenciales del delito y las peculiaridades del procesado, bajo el imperio de la ley.”⁵⁸

El empleo del arbitrio judicial no debe confundirse con arbitrariedad, pues pese a que es una facultad discrecional de los jueces, esto no implica que sus resoluciones no deban estar debidamente fundadas y motivadas.

2.3.2 Características.

De lo mencionado anteriormente podemos observar que son características de la individualización judicial las siguientes:

⁵⁷ BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, McGraw Hill, México, 2002, p. 462.

⁵⁸ QUINTANA VALTIERRA, Jesús, *Manual de Procedimientos Penales*, 2ª Edición, Editorial Trillas, México, 1998, p. 148.

- Debe apegarse a lo establecido en la ley.
- Es facultad exclusiva del órgano jurisdiccional.
- Debe estar plasmada en sentencia condenatoria debidamente fundada y motivada.
- Consiste en la fijación de la particular privación o restricción de bienes jurídicos del sujeto responsable de la comisión de un delito.
- Es presupuesto de la individualización judicial la responsabilidad penal plenamente comprobada.
- Es aquí donde el quantum de la pena es establecido, por lo que debe ser acorde al criterio de individualización judicial que sea adoptado en la ley.

2.3.3 Principios.

En el momento en que el juez realice la individualización de la pena deben observarse los siguientes principios:⁵⁹

- Principio de necesidad. Implica que el juzgador debe imponer la pena estrictamente necesaria por lo que se refiere a la calidad y al quantum de la misma, sujetándose a lo establecido por la ley.
- Principio de personalidad. La pena debe ser impuesta y debe recaer únicamente sobre el sujeto responsable. Este principio está relacionado con la prohibición hecha por el artículo 22 Constitucional respecto a las penas trascendentales.
- Principio de Legalidad. El juez no puede imponer una pena que no se encuentre prevista en la ley para el delito de que se trate conforme al principio *nullum poena sine lege*. De igual forma, debe sujetarse a los límites mínimos y máximos establecidos por el legislador.

⁵⁹ Vid. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *op. cit.* p. 203-204.

- Principio de particularidad. La individualización judicial se realiza frente a un caso concreto, particular, es decir, pese a que haya varios condenados por un mismo delito, la individualización no es igual para todos.

2.3.4 Criterios de Individualización Judicial de la Pena.

Como se mencionó anteriormente, si bien es cierto que es el propio legislador quien determina cuál es el criterio que se va a adoptar en cada ordenamiento penal para la individualización judicial de la pena, son los jueces quienes lo concretizan en cada proceso en particular, son ellos quienes materializan lo que de forma abstracta y general señala el legislador en la ley y es ahí, al momento de que en una sentencia condenatoria se determina el quantum y la calidad de la pena que corresponde a cada sujeto responsable de un delito en particular, que entra el empleo del arbitrio judicial; el legislador da las bases, el juez las aplica y valora analizando cada elemento que se desprenda en cada proceso del cual tenga conocimiento.

Es por lo anterior que se considera pertinente ubicarlos en la fase de individualización judicial de la pena y no en la legislativa o de manera general de modo que sean criterios que se apliquen en las tres fases (legislativa, judicial y administrativa).⁶⁰

Dicho esto, entraremos al estudio de los diversos criterios que se han planteado para la individualización judicial de la pena los cuales son los siguientes:⁶¹

- a) Criterio de Culpabilidad.
- b) Criterio de Peligrosidad.

⁶⁰ Cfr. MALO CAMACHO, Gustavo, *op. cit.*, pp. 653-660.

⁶¹ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán Hormazábal Malarée, *op. cit.*, pp. 195-198 y ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *op. cit.*, pp. 126-135.

c) Criterio Político Criminal.

a) Criterio de Culpabilidad.

Durante largo tiempo, uno de los problemas que se han planteado los estudiosos del Derecho penal es la pertinencia de adoptar una culpabilidad por el hecho o de acto o una culpabilidad de autor o también llamada culpabilidad por la conducción de la vida. “Es lógica la preocupación que despierta el aceptar una u otra propuesta dadas las consecuencias que de cada una de ellas derivan y que tienen repercusión, no solo para la construcción dogmática del Derecho penal, sino también para la aplicación de éste a los miembros de un grupo social que han infringido la norma jurídica.”⁶²

La diferencia entre la culpabilidad por el hecho y la culpabilidad de autor radica en que en la primera lo que se reprocha al sujeto es su acto, lo que implica que “a efectos de la responsabilidad penal sólo se pueden considerar los hechos referidos a la acción culpable y no otros elementos referidos a la personalidad del autor como una manera de ser o de comportarse socialmente.”⁶³ En la segunda, se reprocha al sujeto lo que él es.

Actualmente, se llama criterio de culpabilidad únicamente a aquel que se refiere al hecho, el cual, la doctrina ha considerado que este criterio es el que debe ser adoptado en un Estado Social y Democrático de Derecho tanto para fundamentar la pena como para la definición de sus límites, es decir, para la individualización judicial de la pena.

Dentro del criterio de culpabilidad por el hecho, se reprocha al individuo, como ya se dijo, su accionar típico y antijurídico en tanto pudo autodeterminarse en el momento de realizar su acción (es decir, suponen el

⁶² VIDAURRI ARECHIGA, Manuel, *Estudios Jurídico-Penales*, 1ª Edición, Universidad de Guanajuato, México, 1997, pp. 42-43.

⁶³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán Hormazábal Malarée, *op. cit.*, p. 196.

empleo del libre albedrío); “la responsabilidad penal por el hecho ha descansado en el supuesto de que el hombre es libre de elegir entre sus acciones disvaliosas y que, por tanto, es merecedor de un reproche cuya consecuencia jurídica es la pena.”⁶⁴

En el criterio de culpabilidad por el hecho, la individualización de la pena no se basa en la personalidad, peligrosidad o el carácter del sentenciado como si lo hace en la culpabilidad de autor. En este criterio, la pena se determina únicamente en relación al hecho realizado, “se está haciendo referencia a un comportamiento típico que será fundamento de la responsabilidad penal. Será este hecho típico y antijurídico el que determinará la pena.”⁶⁵

Para Esteban Righi, en virtud de un sistema de culpabilidad por el hecho “el contenido del juicio de reproche se limita a considerar la actitud del autor exclusivamente en relación al comportamiento ilícito cometido. Como la determinación de la culpabilidad está acotada al comportamiento del autor en el momento de comisión del hecho, carece de relevancia todo dato anterior a la comisión, como por ejemplo que se trate de un reincidente”,⁶⁶ es decir, para la individualización judicial de la pena no deben tomarse en cuenta aspectos que se dieron de manera anterior o posterior a la comisión del delito.

Sin embargo, el imponer una pena únicamente en relación al hecho cometido implicaría que tal criterio fuese altamente restringido y, por tanto, injusto, pues no se podrían valorar otras circunstancias que giran alrededor del hecho delictivo y que pueden incidir en la culpabilidad del responsable de su comisión.

Es por esto que, con toda razón, afirma Malo Camacho que “con justicia el propio principio de culpabilidad es en general entendido, de manera tal

⁶⁴ VILLARREAL PALOS, Arturo, *Culpabilidad y Pena*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, p.121.

⁶⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán Hormazábal Malarée, *op. cit.*, p. 196.

⁶⁶ RIGHI, Esteban, *La Culpabilidad en Materia Penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 106.

que, su contenido, en cuanto reproche, supone la valoración de ese otro ámbito graduable de la culpabilidad de la persona que deriva de su mayor o menor grado de libertad de actuar como persona, lo que significa valorar todas las circunstancias que en este sentido implique precisamente la libertad de actuar y los restrictores que lo impiden, dentro del límite de la responsabilidad punible, para autodeterminarse y conducirse conforme a tal o para haber tenido conocimiento de la antijuridicidad de su acto o, en fin, para que hubiera podido serle exigible otra conducta diversa por el realizada.”⁶⁷

De la misma manera, Hernández Pliego asegura que el adoptar un criterio de culpabilidad por el hecho, no significa que para la individualización de la pena dejen de tomarse en cuenta “las circunstancias exteriores de ejecución del delito y la personalidad del delincuente, la gravedad del delito, el alcance del daño irrogado al bien jurídico tutelado o del peligro al que se le haya expuesto, la naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla, las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho, la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido, pero sólo se tendrán presentes en la medida que influyan en la determinación del grado de culpabilidad del reo.”⁶⁸

Así, el criterio de culpabilidad por el acto no solo comprende el momento “estático” de consumación de la conducta delictiva, sino que esta última también debe ser considerada en un contexto “dinámico”, es decir, como una conducta que se da en la sociedad de la que ataca bienes jurídicos fundamentales y que sus efectos pueden ir más allá del acto mismo, pero que a su vez, éste también puede presentar diversas circunstancias que influyen en él. Al momento de individualizar la pena, la autoridad judicial debe examinar “todo aquello que gira alrededor del activo del delito al momento de decidirlo en su comportamiento injusto, de tal suerte que el error de tipo o el error de prohibición, pueden, si son

⁶⁷ MALO CAMACHO, Gustavo, *op. cit.*, pp. 654- 655.

⁶⁸ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *op. cit.*, p. 558.

vencibles o invencibles, atenuar o anular el injusto; igualmente atenuantes o agravantes inciden en la magnitud del injusto; la gravedad de la lesión al bien jurídico no puede soslayarla el juez como un elemento objetivo del injusto; más aún la personalidad del sujeto responsable como elemento subjetivo, la debe considerar el juez como un elemento relevante en la medida del injusto y con ello, en la medida de la culpabilidad.”⁶⁹

Como se ha dicho, el criterio de culpabilidad por el hecho es el que se acepta como el criterio de individualización judicial a adoptar por un Estado Social y Democrático de Derecho, pese a las fuertes críticas que se han levantado en su contra. Se reconoce que son tres los elementos de la culpabilidad.⁷⁰ El primero es la imputabilidad o capacidad de culpabilidad (aunque hay autores que prefieren establecerlo como presupuesto de la culpabilidad⁷¹), que se refiere a la madurez y capacidad psíquica del individuo y, por ende, a la capacidad de entender y querer la conducta realizada y el resultado de la misma, o dicho de otro modo, la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y dirigir sus acciones; de este modo, si un individuo no tiene las condiciones mínimas de desarrollo y salud mental para entender y querer en el campo del Derecho Penal no habrá culpabilidad. El segundo elemento es el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, es decir, un individuo podrá motivarse a realizar un comportamiento ajustado a la norma penal cuando precisamente tiene conocimiento de las prohibiciones legales, de modo tal que si un individuo comete un delito ignorando que su conducta está prohibida por la ley penal, se entiende que la norma no lo motiva y no puede haber culpabilidad. El tercer elemento es la exigibilidad de otra conducta o de un comportamiento distinto y es el momento en que, al instante de la acción, el sujeto es capaz de autodeterminarse para ajustar su conducta a la norma penal o en contra de ella, “el contenido de la reprochabilidad se funda, precisamente, en que el autor hubiera debido y podido

⁶⁹ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *op. cit.*, pp. 132- 133.

⁷⁰ *Cfr.* LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Teoría del Delito*, 10ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 215 y VIDAURRI ARECHIGA, Manuel, *op. cit.*, p. 39.

⁷¹ *Vid.* CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, p. 217.

determinar su voluntad adecuadamente al Derecho, en lugar de antijurídicamente. Cuando no ha lugar a exigir un comportamiento adecuado a la norma, no hay tampoco reprochabilidad ni delito por no haber culpabilidad.”⁷²

Es precisamente en este elemento donde se centran las más fuertes críticas al criterio de culpabilidad por el hecho, pues descansa en el llamado libre albedrío, pues tales críticas consideran que no es demostrable empíricamente, por lo que no es posible graduarla, y, por tanto, imponer una pena teniendo como medida algo no demostrable es inaceptable, “por un lado, hay quienes sostienen que resulta imposible demostrar si una persona concreta en una situación concreta ha cometido libremente o no un delito, lo que supone la pretensión de examinar experimentalmente la conducta tratando de llevar al sujeto a idéntica situación a la que se encontraba antes de cometer el delito, lo que resulta materialmente imposible, en tanto que, de recrearse de modo idéntico la situación previa al acto, la mayoría siempre modificaría la situación.”⁷³ La libertad de voluntad no puede ser probada, y si lo fuera, en el momento de realizarse el proceso ya no podría verificarse un poder actuar de diferente manera.

A lo anterior se ha contestado que en el proceso penal ya no es necesario acreditar esa libertad sino que “esta se tiene por supuesta, como derivado de la comprobación de que el sujeto actuó en circunstancias que no excluyen su culpabilidad.”⁷⁴

Es decir, la ley penal no exige al juez la comprobación y graduación del poder actuar del sentenciado de un modo distinto, sino que la misma ley establece la presunción de que el autor pudo actuar de otro modo si en el caso concreto no se da la existencia de alguna de las llamadas causa de inculpabilidad que la misma ley establece. Si el individuo ha actuado típica y antijurídicamente,

⁷² ROMÁN QUIROZ, Verónica, *La Culpabilidad y la Complejidad de su Comprobación*, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 210.

⁷³ SARRULLE, Oscar Emilio, *Dogmática de la Culpabilidad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, p.41.

⁷⁴ VILLARREAL PALOS, Arturo, *op. cit.*, p. 122.

ya en forma dolosa o culposa y, en el caso concreto no se presenta ninguna de estas causas, entonces se hace acreedor a la sanción penal, y el quantum de la misma será determinado únicamente por el hecho realizado.

Ahora, es necesario señalar que a la culpabilidad se le observa no solo como criterio de individualización judicial de la pena, sino como fundamento de esta misma, pero en lo que se refiere a la primera función que se menciona, es decir, como criterio de individualización, es innegable que cumple la función de limitar el ius puniendi estatal impidiendo que a un condenado se le imponga una pena que atienda a otras circunstancias fuera de la culpabilidad por el hecho realizado, y es a partir de esta función que se le puede sustentar pues en un Estado Social y Democrático de Derecho la pena debe, al ser determinada cuantitativamente, respetar la culpabilidad por el acto excluyendo cualquiera de los conceptos que son inherentes a la llamada culpabilidad de autor; la culpabilidad por el hecho funge como un criterio limitador y garantista del individuo frente al ius puniendi estatal.

De este modo, Villarreal Palos, haciendo referencia al pensamiento de Claus Roxin, señala que “el principio de culpabilidad sirve para determinar el grado máximo admisible de la pena...por tanto, esta función limitativa de la pena que tiene el principio de culpabilidad debe seguir manteniéndose, y, también, debe separarse el concepto de culpabilidad como fundamento de la pena con el cual se cree indisolublemente unido, para emplearlo únicamente en el primer sentido (limitación del poder de intervención estatal).”⁷⁵

Finalmente, para concluir con lo que se refiere al principio de culpabilidad por el hecho, es interesante esta opinión de Carlos Künsemüller, al afirmar que “las exigencias del principio de culpabilidad deben ser complementadas con el principio de proporcionalidad, cuya función es garantizar la necesaria proporción valorativa entre la magnitud del delito y la cuantía de la

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 74-75.

pena, su carga coactiva. Es en el aspecto concreto del “cuánto” de la pena, donde la función específica de la culpabilidad requiere, con fines garantizadores, ser complementada por la exigencia entre delito y pena.”⁷⁶ En efecto, por ello dentro del criterio de culpabilidad es imprescindible valorar la magnitud o el grado de injusto en tanto es ésta la que limita la culpabilidad y, a su vez, el grado de culpabilidad limitará el quantum de la pena.

De este modo, podemos concluir que la determinación del quantum de la pena a imponer por parte de la autoridad judicial en un Estado Social y Democrático de Derecho, en donde haya un respeto por la legalidad y por la dignidad de la personas, debe responder únicamente al grado de culpabilidad del responsable de la comisión de un delito, entendiendo a éste no como el poder actuar de un modo ajustado a la norma, pues esto solo justificaría la realización del reproche penal, sino como el mayor o menor margen, según las circunstancias del hecho y las características peculiares del individuo, que tuvo éste para decidir su actuar contrario a la norma; ese mayor o menor margen de elección del individuo traducido en su grado de culpabilidad, será el límite máximo del quantum de la pena a imponer por su conducta delictiva.

b) Criterio de Peligrosidad.

Este criterio también es conocido como culpabilidad de autor. Aquí, lo que se reprocha al sujeto responsable es su personalidad y su peligrosidad, no lo que hizo, sino lo que es. La responsabilidad es más grave en cuanto más peligroso es el sujeto o en cuanto más antisocial es calificado su carácter. Se castiga el modo en que el sujeto ha conducido su vida y su proclividad hacia el delito, “la teoría de la culpabilidad por la conducción de la vida sobrepasa la pura responsabilidad por el hecho concreto y abarca el reproche sobre la decisión de la vida, es decir, sobre la demostrada posición del autor mediante el hecho frente a

⁷⁶ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos, *Culpabilidad y Pena*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2001, pp. 203-204.

las exigencias sociales.”⁷⁷ En este criterio, lo que importa es el delincuente, su personalidad y la peligrosidad que pueda representar. El criterio de peligrosidad o culpabilidad de autor minimiza la toma en consideración del hecho delictuoso, más bien, la calidad y el quantum de la pena van a estar sustentados en consideraciones de peligrosidad.

Fue el pensamiento de la Escuela Positivista Sociológica italiana la que influyó para la creación de esta postura con los trabajos de César Lombroso (*El Hombre Delincuente*), Enrico Ferri (*Sociología y Criminalidad*) y Rafael Garófalo (*Criminología*), quienes en sus obras realizaron fuertes críticas a la postura clásica y al principio de culpabilidad, al que consideran inexistente pues no existe el libre albedrío, siendo Ferri quien ataca más fuertemente el pensamiento clásico.

De acuerdo con la Escuela Positiva, si la reacción social no puede justificarse en una culpabilidad sustentada en el libre albedrío pues no existiendo éste implica necesariamente también la inexistencia de aquélla, no queda más que justificar la reacción penal por el principio de responsabilidad social en cuanto que los actos del hombre le son imputables y es responsable de ellos porque vive en sociedad y sus actos, además de producir efectos individuales también tiene efectos sociales, que repercutirán de la sociedad sobre el individuo que los realizó. Así, los efectos serán útiles y buenos para el individuo si la acción fue útil y buena para la sociedad, pero serán dañosos para él si la acción fue perjudicial para la sociedad.

Para los positivistas sociológicos, la pena ya no es más una retribución del delito, sino que es el medio del que se vale la sociedad para defenderse del daño que el delincuente causó con su acción. El delito no es concebido como ente jurídico, sino como un hecho natural y social, que se da en la sociedad a la cual causa daño, “el hombre es responsable de las acciones

⁷⁷ VIDAURRI ARECHIGA, Manuel, *op. cit.*, p. 45.

externamente delictivas sólo por vivir en sociedad, teniendo ésta la misión de proveer a su propia defensa. Si el hombre va fatalmente determinado a cometer un crimen, la sociedad está igualmente determinada a defender las condiciones de su existencia, para mesurar la medida de la defensa y hasta para renunciar a ella, el único criterio es el estado peligroso del sujeto.”⁷⁸

Para Esteban Righi, en este criterio “mas que una culpabilidad de carácter o una culpabilidad por la decisión o la conducción de la vida, lo que aquí subyace es la negación de la culpabilidad como fundamento de la pena y su substitución por la idea de peligrosidad, ya que la pena no encuentra justificación en lo que el autor hizo sino en lo peligroso que es.”⁷⁹

Del pensamiento positivista “derivan varias consecuencias fundamentales: primero, la exclusión del principio de culpabilidad como fundamento de la pena y, segundo, la admisión de criterios sustitutivos para fundamentar la intervención penal, tales como la responsabilidad social y sobre todo, la temibilidad, después concebida como peligrosidad. La responsabilidad social vendría a sustituir el principio de culpabilidad y la peligrosidad ofrecería un concreto criterio de medición de la reacción penal.”⁸⁰

Por ello, afirma Orellana Wiarco que “para decidir la pena, es necesario, de acuerdo a esta corriente positivista, conocer la vida anterior del delincuente, examinar sus relaciones de parentesco, sus amistades, etc. La edad es otro elemento, así como su familia, su educación, ocupación, propósitos o planes de vida, etc., y de todo ello debe derivar, no una medida de pena, sino la medida de seguridad específica que permita la posibilidad de adaptación del delincuente y donde pueda presumirse que dejará de ser peligroso.”⁸¹

⁷⁸ SARRULLE, Oscar Emilio, *op. cit.*, p. 25.

⁷⁹ RIGHI, Esteban, *op. cit.*, p. 107.

⁸⁰ VILLARREAL PALOS, Arturo, *op. cit.*, pp. 55-56.

⁸¹ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *op. cit.*, p. 124.

Con la influencia de la escuela positiva sociológica y la aplicación de sus ideas al Derecho Penal, se llegó al concepto de derecho penal de autor y con ello la adopción del criterio de peligrosidad y no un criterio de culpabilidad de acto. La culpabilidad de autor valora tanto el comportamiento anterior como el posterior a la comisión del delito pues este último se considera como un reflejo de la personalidad del delincuente; se castiga no lo que el sujeto hizo, sino lo que el es y lo peligroso que pueda resultar.

La adopción del criterio de peligrosidad o culpabilidad de autor, traía graves consecuencias negativas pues producía un total o parcial alejamiento del principio de legalidad, abría las puertas para una apreciación subjetiva en la cuantificación o medición de la peligrosidad y la posibilidad de que influyeran en ella prejuicios de carácter político, social, económico, raciales o sexuales que pudiese tener el juzgador, así como una falta de respeto a la dignidad humana y desproporción con el hecho cometido. Por ello es que la doctrina afirma que en un Estado Social y Democrático de Derecho no es compatible la adopción de una culpabilidad de autor pues va en contra de los principios fundamentales o garantías que de este sistema se desprenden.

Así, asegura Vidaurri Arechiga que “el juicio que sobre la persona hace cualquiera de las culpabilidades de autor trasciende los límites de lo estrictamente jurídico para invadir peligrosamente el ámbito de lo moral, concediendo al Estado una temible arma que convierte a la justicia en un autentico terror penal...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 estos realizada, hacerlo implicaría la violación de garantías y derechos constitucionales, además de una elemental falta de respeto a la dignidad humana.”⁸²

⁸² VIDAURRI ARECHIGA, Manuel, *op. cit.*, p. 51.

Ante los excesos a que conducía la aplicación de este criterio en los códigos penales que lo adoptaron, se procuró establecer limitantes a fin de moderar su aplicación, “delimitando el alcance de la peligrosidad a partir de la peligrosidad manifestada por la conducta delictiva realizada. En fin, es el caso que la tendencia en las modernas legislaciones penales ha sido en el sentido de ir limitando, cuando no excluyendo, el alcance de la peligrosidad, evitando los *peligros del peligrosismo*.”⁸³

Respecto al empleo del criterio de peligrosidad en México, podemos señalar que el Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929 respecto a la individualización judicial de la pena adoptó este criterio pues en su artículo 32 señalaba que *a todo individuo que se encuentre en estado peligroso, se le aplicará una de las sanciones establecidas en este Código para la defensa social*.⁸⁴

Este código consideraba en estado peligroso a aquél que sin justificación legal cometiera una de las conductas consideradas como delito en ese ordenamiento legal, disponiendo que los jueces debían emplear el criterio de peligrosidad para la individualización de la pena, atenuando o agravando sanciones con base en la temibilidad del delincuente.

El Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1931,⁸⁵ conservó el mismo criterio cambiando el término peligrosidad por el de temibilidad, pero ya no como criterio exclusivo y total para la aplicación de las sanciones, sino que preveía otros parámetros pues señalaba en su artículo 52 que para la aplicación de las sanciones se debían tomar en cuenta, entre otras circunstancias, las de tiempo, lugar, modo y ocasión que demostraran la mayor o menor temibilidad del

⁸³ MALO CAMACHO, Gustavo, *op. cit.*, p. 656.

⁸⁴ *Vid.* ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *op. cit.*, p. 129

⁸⁵ *Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal*, 51ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1993.

condenado. Esto hasta antes de las reformas de 1994 en donde se abandona el criterio de peligrosidad y se adopta en criterio de culpabilidad por el hecho o de acto.

c) Criterio Político Criminal.

En la política criminal, definida por von Liszt como el “conjunto sistemático de principios -garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena-, según los cuales el Estado dirige la lucha contra el delito por medio de la pena y sus formas de ejecución”⁸⁶, toma importante relevancia el criterio de necesidad de la pena no solo como límite básico de la facultad de sancionar del Estado sino también como un criterio a tomar en consideración en la individualización de la pena.

La individualización de la pena conforme a este criterio debe atender a la necesidad de la pena para la correcta realización de los criterios preventivo generales y preventivo especiales los cuales determinarán la conveniencia de imponer o no una pena.

Por ello, en este criterio político criminal “en el momento de la determinación de la pena, injusto y sujeto responsable, en la medida en que han estado informados por el principio de necesidad de la pena, tiene que entrar en consideración...ahí entran a jugar los criterios preventivos, generales y especiales, para dar un fundamento correcto en el caso preciso en que la pena no aparece como necesaria.”⁸⁷

Dentro de este criterio, la pena debe ser graduada, en relación a objetivos meramente preventivos, tanto generales como especiales, en tanto que la pena debe ser la adecuada y suficiente para intimidar a la colectividad y se

⁸⁶ Citado por VILLARREAL PALOS, Arturo, *op. cit.*, p. 61.

⁸⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán Hormazábal Malareé, *op. cit.*, pp. 197-198.

abstenga de delinquir así como demostrar la capacidad del orden jurídico para restablecerse ante una violación, además de poder actuar sobre el sujeto responsable y evitar que el mismo realice futuras conductas delictivas.⁸⁸

El empleo de este criterio deriva en que podrían imponerse penas con una notable desproporción en relación a la conducta realizada así como el daño causado o el peligro en que sea puesto el bien jurídico tutelado por la norma penal en aras de lograr los objetivos preventivos generales y especiales y, por otro lado, se caería en la instrumentalización del hombre al observarlo como un medio para la consecución de objetivos por parte del Estado en su lucha contra el delito.

Concluyendo con lo que se refiere a los criterios de individualización judicial de la pena, es menester señalar que, en mi opinión, efectivamente, el criterio de culpabilidad por el hecho es el que debe prevalecer en un Estado que se jacte de ser Social y Democrático de Derecho, ello pese a las críticas que sobre la imposibilidad de demostrar empíricamente el haberse podido ajustar a la norma, el cual descansa en el libre albedrío, que varios doctrinarios han realizado.

Debemos observar que, por un lado, es necesario separar a la culpabilidad como fundamento de la pena de la culpabilidad como criterio de individualización de la punición, pues el primero bien lo podríamos encontrar en la obligación que tiene el Estado de salvaguardar determinados bienes jurídicos de la sociedad y, por otro, no podemos dejar de lado que en la actualidad, el criterio de culpabilidad por el acto cumple con una importantísima función proteccionista de toda persona ante el *ius puniendi* del Estado pues este no puede ir más allá de la culpabilidad correspondiente al hecho concreto, pues en un Estado en que las garantías individuales o los derechos humanos deban ser respetados no puede haber lugar para criterios que se aparten del principio de legalidad y que puedan ser objeto de una apreciación valorativa indiscriminadamente subjetiva como lo es la peligrosidad.

⁸⁸ *Vid.* MALO CAMACHO, Gustavo, *op. cit.*, pp. 657-659.

Lo anterior es así, porque para el criterio de peligrosidad resulta importante el indagar en la vida y personalidad de las personas y sancionar a un individuo no por lo que hizo sino por lo que es y efectuar la individualización cuantitativa de la pena con base en lo peligroso que pueda resultar, lo cual aparece como inaceptable si es que realmente son respetadas tales garantías individuales.

De igual modo, el empleo de un criterio político criminal para efectos de individualizar la pena por parte de la autoridad judicial no podría efectuarse sin que ello trajera consecuencias de gravedad, pues el graduar la sanción correspondiente a una persona únicamente tomando en cuenta objetivos de prevención general y prevención especial conlleva a que las penas así impuestas reflejaran una notable desproporción en relación a la gravedad del ilícito cometido, pues en aras de combatir el nivel delictivo que aqueja a la sociedad, las penas tenderían a acercarse a los límites máximos establecidos en la ley, lo que a todas luces no se considera pertinente, pues ello desembocaría en excesos y en penas desproporcionadas derivando en un agravamiento de la de por sí ya sensible crisis de la pena de prisión y del sistema penal.

Con lo anterior no quiero decir que deban desecharse los grandes aportes que tanto la política criminal como la criminología y penología pueden y deben realizar para un mejor funcionamiento del sistema penal, pero como criterio para establecer el límite máximo del quantum de la pena a cada caso concreto es sumamente conveniente, a mi modo de ver, que se siga empleando el criterio de culpabilidad además de que en la actualidad, en tanto no se encuentre un concepto que lo pueda sustituir, es imprescindible. Considero que la función limitadora que la culpabilidad por el hecho como principio garantista frente al ius puniendi estatal efectivamente puede sustentarse desde este punto de vista. El límite máximo del quantum de la pena no podría verse elevado por criterios preventivos o de peligrosidad sin que ello necesariamente importe la violación de las garantías individuales protegidas por nuestra Constitución.

Los aspectos preventivo generales y especiales, la necesidad de la pena e incluso la proporcionalidad entre delito y pena son realmente importantes para el Derecho Penal, sin embargo, son criterios en los que el principal obligado a observarlos, desde un primer momento, es el legislador, quien establece la calidad de la pena y los límites mínimos y máximos de la misma. El criterio de individualización de la pena al que debe sujetarse la autoridad judicial en un Estado Social y Democrático de Derecho, el criterio a adoptar es, sin duda alguna, el de culpabilidad por el hecho o de acto. El juez debe considerar todas las circunstancias que giren alrededor del hecho, pero únicamente en tanto sean útiles para determinar el grado de culpabilidad del delincuente y, con base en ello, establecer el límite máximo del quantum de la pena.

2.3.5 La Individualización de la Pena en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal acoge el criterio de culpabilidad de acto para la individualización judicial de la pena y los lineamientos que debe observar el juez para individualizar la pena en un caso concreto se encuentran establecidos en el artículo 70 y 72 y en otros diversos de dicho ordenamiento⁸⁹ que a continuación se analizarán:

Artículo 70. (Regla General). Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales impondrán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, en los términos del artículo 72 de este Código.

Cuando se trate de punibilidad alternativa, en la que se contemple pena de prisión, el juez podrá imponer motivando su resolución, la sanción privativa de libertad sólo cuando ello sea ineludible para los fines de justicia, prevención general y prevención especial.

⁸⁹ Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, op. cit.

Artículo 72. (Criterios para la individualización de las penas y medidas de seguridad). El juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y la individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta:

I. La naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla;

II. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado;

III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado;

IV. La forma y grado de intervención el agente en la comisión del delito, los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V. La edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales; económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI. Las condiciones fisiológicas y psíquicas específicas en que se encontraba el activo en el momento de la comisión del delito;

VII. Las circunstancias del activo y pasivo antes y durante la comisión del delito que sean relevantes para individualizar la sanción, así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VIII. Las demás circunstancias especiales del agente, que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Para la adecuada aplicación de penas y medidas de seguridad, el juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las

circunstancias del hecho y, en su caso, requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes.

Pese a que diversos autores solo hablen de la individualización judicial de la pena en el Código Penal Federal, cuyos criterios generales se encuentran previstos en sus artículos 51 y 52, éstos tienen una gran similitud con los artículos correspondientes del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, por lo que puede decirse que, al igual que en el ámbito federal, en el local pueden distinguirse los siguientes elementos para la individualización judicial de la pena:

1. Grado del injusto o gravedad del ilícito.
2. Grado de Culpabilidad.

Gravedad del Ilícito. También llamado grado de injusto, significa que existe la posibilidad y es necesario el graduar la gravedad de la conducta típica y antijurídica, es decir, del injusto. Hace referencia a la objetividad del delito, en tanto que su comisión produce efectos que lesionan bienes jurídicos que se encuentran protegidos por la norma penal, es decir, tal conducta viola el ordenamiento penal. Por ello, el juzgador, para realizar esa valoración debe “tomar en cuenta todos aquellos aspectos objetivos o subjetivos, relacionados con la conducta y resultados típicos.”⁹⁰ De acuerdo con Malo Camacho⁹¹ son aspectos que se vinculan con el grado de injusto los siguientes:

- 1) Intervalo de Punibilidad.

Tanto el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, como el Código Federal y en general todos los códigos sustantivos penales de los Estados

⁹⁰ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *op. cit.*, p. 204.

⁹¹ *Cfr.* MALO CAMACHO, Gustavo, *op. cit.*, pp. 664-669.

de la República, establecen límites mínimos y máximos respecto al quantum de la pena para cada uno de los delitos previstos en dichos ordenamientos.

2) Circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión.

Estas circunstancias tiene relación tanto con las agravantes y atenuantes así como con los llamados tipos especiales.

Así, a manera de ejemplo de un tipo especial, mientras que, en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el artículo 123 establece una punibilidad de ocho a veinte años de prisión a quien cometa un homicidio simple, el artículo 125 establece una punibilidad de diez a treinta años de prisión para el llamado homicidio en razón del parentesco, si hay conocimiento de esa relación.

Respecto al robo, el tipo básico previsto en el artículo 220 establece una escala de punibilidad dependiendo del monto de lo robado, tal punibilidad se incrementa en una mitad si se en su comisión se presentan alguna de los supuestos contemplados en el artículo 223 (por ejemplo, robo en contra de persona con discapacidad o de más de sesenta años de edad –fracción IX-).

De lo anterior se desprende que tanto en los tipos especiales así como las circunstancias atenuantes o agravantes, suponen la realización de un tipo básico pero que en esa realización se presentan circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión e incluso los medios utilizados para la comisión que la misma ley establece y que pueden derivar en un daño o riesgo más grave al bien jurídico tutelado.

3) Punibilidad para delitos culposos y dolosos.

Los tipos previstos en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, por regla general, aparecen previstos como dolosos. Así, la punibilidad prevista

para los delitos cometidos dolosamente se encuentra expresamente establecida en el Libro Segundo del ordenamiento antes mencionado, denominado "Parte Especial". Para la forma de comisión culposa, la regulación de la punibilidad se encuentra en el artículos 76, el cual además prevé otros aspectos que deberá tomar en cuenta el juez para individualizar la pena y que a continuación se transcribe:

Artículo 76. (Punibilidad del delito culposos). En los casos de delitos culposos, se impondrá la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos para los que ley señale una pena específica. Además se impondrá, en su caso, suspensión o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

Siempre que al delito doloso corresponda sanción alternativa que incluya una pena no privativa de libertad, aprovechará esta situación al responsable del delito culposo.

4) Punibilidad en relación al grado de consumación del delito.

Este aspecto se refiere a los supuestos de delito consumado y los delitos tentados o en grado de tentativa. De igual forma que el inciso anterior, los tipos penales aparecen previstos como delitos consumados y a ese grado de consumación corresponde la punibilidad. Por lo que hace a la tentativa, la escala de punibilidad se especifica en el artículo 78 primer párrafo.

Artículo 78 primer párrafo. La punibilidad aplicable a la tentativa, será de entre una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima, previstas para el correspondiente delito doloso consumado que el agente quiso realizar.

Además, este precepto en su segundo párrafo señala que el juez debe tomar en cuenta, además de lo establecido en el artículo 72, el mayor o menor grado de aproximación a la consumación del delito y la magnitud del peligro en que se puso el bien jurídico tutelado.

5) Punibilidad en caso de concurso de delitos y delito continuado.

El artículo 79 establece: *En caso de concurso ideal, se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, si las sanciones aplicables son de la misma naturaleza; cuando sean de diversa naturaleza podrán imponerse las penas correspondientes a los restantes delitos. En ningún caso, la pena aplicable podrá exceder de los máximos señalados en el Título Tercero del Libro Primero de este Código.*

En caso de concurso real, se impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado en el artículo 33 de este Código.

Por lo que hace al delito continuado, el artículo 80 señala que, en ese caso, la pena que se prevea para el delito cometido se aumentará en una mitad.

6) Punibilidad respecto a complicidad, auxilio en cumplimiento de promesa anterior y autoría indeterminada.

El Nuevo Código Penal establece en su artículo 81 que para la complicidad y el auxilio en cumplimiento de una promesa anterior, que son supuestos que se encuentran previstos en las fracciones V y VI del artículo 22 del mismo ordenamiento que se refiere a la autoría y participación, la penalidad será

de las tres cuartas partes del mínimo y del máximo de las penas que se prevean para el delito cometido, de acuerdo con la modalidad respectiva.

Para la autoría indeterminada contemplada en el artículo 26, la punibilidad será de las tres cuartas partes del mínimo a las tres cuartas partes del máximo de las penas o medidas de seguridad correspondientes al delito cometido, según su modalidad.

Grado de Culpabilidad. Como se mencionó anteriormente, se reconocen como aspectos para determinar el grado de culpabilidad del agente los siguientes⁹²:

- Aspectos relativos a la imputabilidad del agente.
- Aspectos relativos al conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.
- Aspectos relativos a la exigibilidad de un comportamiento distinto.

De este modo, las disposiciones del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal que regulan el actuar del juez para determinar el grado de culpabilidad en la individualización judicial de la pena son el artículo 72 en las siguientes fracciones:

IV. La forma y grado de intervención el agente en la comisión del delito, los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V. La edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales; económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado pertenezca a un

⁹² Cfr. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *op. cit.*, pp. 209-210 y MALO CAMACHO, Gustavo, *op. cit.*, pp. 669-671.

grupo étnico o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI. Las condiciones fisiológicas y psíquicas específicas en que se encontraba el activo en el momento de la comisión del delito;

VII. Las circunstancias del activo y pasivo antes y durante la comisión del delito que sean relevantes para individualizar la sanción, así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VIII. Las demás circunstancias especiales del agente, que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Además de lo anterior, también debe tomar en cuenta los siguiente:

Artículo 73. No es imputable al acusado el aumento de gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido, si las ignoraba inculpablemente al cometer el delito.

Artículo 74. El aumento o disminución de la pena, fundados en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél. Son aplicables las que se funden en circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas.

Por último, el artículo 83 dispone que en caso de error vencible respecto a alguno de los elementos objetivos del tipo penal (prevista en el artículo 29 Fracción VIII inciso a), la penalidad será la del delito culposo si el hecho de que se trata admite esa forma de realización.

Si el error vencible es respecto a la ilicitud de la conducta (prevista en el inciso b del artículo 29 Fracción VIII), la penalidad será de una tercera parte del delito que se trate.

Por lo que hace al exceso en las causas de licitud que se contemplan en las fracciones IV, V y VI del artículo 29, la penalidad será de la cuarta parte de las penas o medidas de seguridad que correspondan al delito de que se trate siempre que en relación al exceso no exista otra causa de exclusión del delito.

Por último, para la determinación del grado de culpabilidad en los delitos culposos, el Nuevo Código señala lo siguiente:

Artículo 77. (Clasificación de la gravedad de la culpa e individualización de la sanción para el delito culposo). La clasificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá considerar las circunstancias generales señaladas en el artículo 72 de este Código y las especiales siguientes:

I. La mayor o menor posibilidad de prever y evitar el daño que resultó;

II. El deber de cuidado del inculpado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que la actividad o el oficio que desempeñe le impongan;

III. Si el inculpado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;

IV. Si tuvo tiempo para desplegar el cuidado necesario para no producir o evitar el daño que se produjo; y

V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de transporte y, en general, por conductores de vehículos.

2.4 INDIVIDUALIZACIÓN ADMINISTRATIVA.

Toca ahora hablar sobre la tercera fase de la individualización de la pena la cual corresponde a las autoridades administrativas encargadas de ejecutar

la pena, es decir, la individualización ejecutiva. Sin embargo, existen diversas opiniones de autores, entre otros Rodríguez Manzanera,⁹³ que opinan que la pena no culmina al concluir la fase penitenciaria, sino que trasciende más allá de su cumplimiento; sus efectos van ligados al sujeto aún después de haber cumplido la pena impuesta y que puede resultar en una especie de cadenas que tienen que arrastrar al incorporarse nuevamente a la sociedad.

Es por lo anterior que se ha identificado otro tipo de individualizar la pena que bien podría ubicarse dentro de la individualización correspondiente a las autoridades administrativas y que es posterior a la individualización ejecutiva: la que se conoce como individualización post-penal o individualización post-penitenciaria.

2.4.1 Individualización Ejecutiva.

Algunos autores solo hacen referencia a la individualización penitenciaria que es la que corresponde realizar a las autoridades administrativas encargadas de ejecutar las penas, concretamente las privativas de libertad, y que comprende desde el momento en que el sentenciado es puesto a disposición de dichas autoridades hasta el momento en que obtiene nuevamente su libertad.

De este modo, tenemos que la individualización penitenciaria corresponde a aquellas autoridades facultadas para realizar la efectiva privación de bienes (en este caso, la libertad) que se hace a un sujeto que ha sido condenado por la realización de un comportamiento típico, antijurídico y culpable, es decir, de un delito.

Para Jiménez Martínez, “la individualización penitenciaria es la real privación de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para

⁹³ Vid. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penología*, op. cit., pp. 106.

la prevención especial, y determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización.”⁹⁴

Empero, considero que debe hablarse, en lugar de individualización penitenciaria, de una individualización ejecutiva, pues existen otro tipo de penas que también deben ser individualizadas al momento de ejecutarse, como es el caso de las penas pecuniarias, por ello afirma Rodríguez Manzanera, y coincido con él, que “la individualización ejecutiva es necesaria también en penas no privativas de libertad, principalmente las pecuniarias, en que las modalidades de cumplimiento deben variar de acuerdo a la condición económica del sujeto.”⁹⁵

De lo anterior podemos desprender que son características de la individualización ejecutiva las siguientes:

- Debe ser realizada de manera particular y concreta.
- Corresponde a las autoridades administrativas encargadas de ejecutar las penas.
- Se encuentra legitimada por la existencia de una sentencia condenatoria.
- Tiende a realizar fines preventivo especiales.

Los principios que rigen a la individualización ejecutiva son:⁹⁶

- Principio de necesidad, en virtud de que la efectiva privación o restricción de bienes únicamente debe realizarse en casos en que sea indispensable.
- Principio de personalidad. Implica que la individualización no debe trascender de la persona del condenado.
- Principio de individualidad. Conforme a este principio, pese a que dos o más sujetos sean sentenciados por la comisión del mismo

⁹⁴ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *op. cit.*, p.220.

⁹⁵ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penología, op. cit.*, p. 106.

⁹⁶ *Vid.* JIMÉNEZ MARTINEZ, Javier, p.220.

delito e incluso se les haya impuesto la misma pena, esta no puede ejecutarse igual en todos, sino que al momento de la ejecución deben tomarse en cuenta las peculiaridades individuales de cada reo.

2.4.2 Individualización Post-penitenciaria.

Diversos autores⁹⁷ señalan que después de haber cumplido una pena privativa de libertad una persona necesita asistencia o apoyo para poder efectivamente reincorporarse a la sociedad, pues al ser privado de la libertad pierde muchas cosas, desde el trabajo, amistades hasta su propia familia; el volver a la sociedad, a la vida en libertad puede volverse algo muy complicado, sin embargo, se habla de individualización pues no todas las personas que salen de prisión necesitan igual ayuda o apoyo e, incluso, habrá quienes no la necesiten.

Es por ello que Rodríguez Manzanera asegura que “el drama penal no termina con el cumplimiento de la pena, las consecuencias de ésta persiguen al ex -reo, y lo hacen acreedor a un auxilio post-penal, pero esta asistencia no puede ser indiscriminada ni generalizada, no todos los ex -reos la necesitan en igual proporción y habrá quienes no la requieran en absoluto.”⁹⁸

Y es que especialmente la pena de prisión no solo es la pena más dramática después de la pena de muerte, sino que sus efectos también pueden ser de gravedad y siguen como una especie de estigma a quien la ha sufrido y por lo mismo pueden presentarse circunstancias que lo pueden llevar a cometer una nueva conducta delictiva.

“De ahí que el Estado debe tener especial cuidado en la vida de los compurgados, ese cuidado no implica proporcionarles solamente asistencia

⁹⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penología, op. cit.*, pp. 106-107 y JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *op. cit.*, p. 221.

⁹⁸ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penología, op. cit.*, p. 106.

profesional, sino, incluso, ayudarles económicamente, buscarles un trabajo, o porque no, constituir un fideicomiso para compurgados para que reinicien su vida con aspiraciones y con ganas de vivir.”⁹⁹

Para finalizar este capítulo, después de haber analizado cada una de las fases de individualización de la pena que tiene lugar en un Sistema de Indeterminación Legal Relativa, que, como se ha dicho, es el que se adopta en nuestro país, observamos que cada una de ellas, es decir, tanto la legislativa como la judicial y la administrativa tiene gran importancia, empero, puede afirmarse que la mayor responsabilidad recae en el legislador, pues no solo es el encargado de tipificar las conductas que se consideran delictivas, las valora y les asigna una determinada punibilidad, sino que además establece los lineamientos a los que deberán apegarse las autoridades titulares de la individualización judicial y administrativa pues estas últimas deben actuar siempre en observancia del principio de legalidad.

Es por lo anterior que corresponde al legislativo dar los pasos necesarios para frenar la crisis de la pena de prisión y la del sistema penal mismo, no para abolir a aquélla, pues hasta ahora no se ha encontrado una opción eficaz que pueda reemplazarla en su totalidad, y proponer su abolición sin que se haya encontrado un sustituto real, efectivo y viable sería desde cualquier punto de vista una irresponsabilidad. Lo que si se puede hacer es proponer que para aquellos delitos menos graves o que no atenten tan severamente contra los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad se prevean otro tipo de penas, que ya existen pero que se utilizan a mínima escala, que se deje a la prisión como la pena a aplicar cuando efectivamente sean necesario en relación al bien jurídico y el daño que se cause o el peligro en que sea colocado.

Así mismo, un mayor margen de aplicación de los sustitutivos penales y de la suspensión condicional de la ejecución de la pena; una correcta

⁹⁹ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *op. cit.*, p. 221.

regulación de éstos y de los requisitos para su procedencia, que los hagan aparecer como verdaderas alternativas a la pena de prisión y, con ello, la autoridad judicial sumaría un plus en su ya importante labor, pues si bien es de gran relevancia el individualizar la pena, lo sería mucho más si con base en esa individualización se escogiera la mejor opción de entre varias en contraste con que únicamente se limite a establecer la duración de una sola pena.

CAPÍTULO III. PENA CORTA DE PRISIÓN. SUSPENSIÓN CONDICIONAL Y SUSTITUTIVOS DE LA PENA DE PRISIÓN

3.1 INCONVENIENCIA DE LA APLICACIÓN DE PENAS CORTAS DE PRISIÓN. EFECTOS DE SU APLICACIÓN.

Mucho se ha hablado aquí de la incuestionable crisis en que se encuentra sumergida la prisión como pena, la cual es consecuencia de diversos factores dentro de los cuales considero como uno de los más importantes, sin lugar a dudas, la inflación penal provocada por la utilización cada vez más generalizada de la pena de prisión, tanto para conductas de escasa o media como para las de máxima gravedad, lo que deriva en la imposición de dos extremos de aquella pena: la prisión de corta y larga duración.

Sin embargo, estas no son las únicas consecuencias de una inflación legislativa en materia penal, ésta también provoca una saturación de procesos en los juzgados penales y una resolución lenta de los mismos, insuficiencia policial y una sobresaturación de los centros de readaptación social, los que, ante el exceso de población y el consecuente contacto entre delincuentes de mayor peligrosidad, los ocasionales y los delincuentes primarios, se vuelven en centros criminógenos derivando en una mayor dificultad de realizar cualquier tratamiento individualizado de readaptación, ello aparte de lo cuestionable que pueda resultar la idea readaptadora de la prisión.¹⁰⁰

Pese a lo anterior, es necesario afirmar que en la actualidad no se puede prescindir de la prisión, pero si debe ser reservada como la pena a aplicar para los delitos de alta gravedad debiendo convertirse en la ultima ratio¹⁰¹ en los ordenamientos penales. Muchos son los problemas que aquejan a la prisión,

¹⁰⁰ Para un punto de vista critico respecto a este tema *Vid.* BODERO, Edmundo René, *Relatividad y Delito*, Editorial Temis, Bogotá, 2000, pp. 141 y ss.

¹⁰¹ Una explicación breve pero sucinta de este principio en DÍAZ ARANDA, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pp. 86-89.

empero, es menester siempre comenzar de menos a más, dar los pasos iniciales para una posterior propuesta más ambiciosa que para algunos incluso puede ser la abolición de la prisión como pena.

Los comentarios acerca de la prisión de corta duración constituyen un pequeño pero importante avance, porque “como todo camino, el de la alternatividad también se debe andar de menos a más. Porque hoy por hoy sólo se puede soñar con un Derecho Penal con cuyas continuas reducciones se puede alcanzar algún día, quizás no tan lejano, la abolición del sistema carcelario.”¹⁰²

Son diversos los problemas que presentan las penas de prisión de corta duración, sin embargo, se ha señalado como el más importante sus evidentes efectos desocializadores por lo cual se rechaza su imposición y ejecución, lo que de llevarse a cabo es más factible que arrojen o deriven en producir más perjuicios que beneficios, así, afirmaba von Liszt que las penas de prisión de corta duración “ni corrigen, ni intimidan, ni inocuizan, pero, en cambio, arrojan frecuentemente al delincuente primario al camino definitivo del crimen.”¹⁰³

De igual modo la postura de Rodríguez Manzanera al afirmar que las penas cortas de prisión “no permiten... lograr la intimidación individual, la enmienda y readaptación...reúnen una notable variedad de desventajas entre las que encontramos que no existe tratamiento, tienen un costo enorme, son inútiles para lograr la corrección del culpable, falta de sentido intimidatorio...no reporta ninguna utilidad o beneficio, la familia queda abandonada, estigmatizan al delincuente, etcétera.”¹⁰⁴

Los efectos que producen las penas cortas de prisión son en alta medida negativas (aunque la prisión puede que en la actualidad siempre tenga

¹⁰² SANZ MULAS, Nieves, *op. cit.*, p. 401.

¹⁰³ Cita en *Ibid.*, p. 356.

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *La Crisis Penitenciaria y los Sustitutivos de la Pena de Prisión*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1999. pp. 5-6.

consecuencias negativas), y no puede ponerse en práctica tratamiento alguno para lograr la readaptación. Además, por su naturaleza y sus fines la prisión debe reservarse, como se ha dicho, para las conductas delictivas de más alta gravedad. Las penas cortas de prisión “por mucho que estuvieran en posición de desarrollar un apreciable efecto intimidativo, dejarían de nuevo sin resolver el problema del daño producido por el impacto con la cárcel, sobre todo en casos de delincuentes primarios y autores de delitos de escasa gravedad.”¹⁰⁵

La mayoría de la doctrina¹⁰⁶ concuerda en que es necesario la eliminación de penas de prisión con un extremo mínimo de duración inferior a los seis meses de los ordenamientos penales, “puesto que si no se empieza por este sector, todo discurso sobre la necesidad de buscarle alternativas a las penas cortas privativas de libertad ciertamente se convertiría en una prédica en el desierto. Porque poco o nada cabría hacer, en definitiva, respecto de las penas inferiores a los dos o tres años si se sigue admitiendo el que una persona sufra la prisión por una serie de días, semanas o de unos pocos meses.”¹⁰⁷

Al respecto, el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal establece como límite mínimo de duración de la pena de prisión tres meses (artículo 33 primer párrafo) lo cual es cuestionable, pero no lo es tanto en comparación con lo dispuesto en el Código Penal Federal pues en este ordenamiento el límite mínimo es de tres días. Ambos ordenamientos no se ajustan a las modernas tendencias doctrinarias que fijan el límite mínimo recomendable en seis meses.

Ahora bien, como consecuencia de la inflación legislativa que afecta a los ordenamientos penales, todo tipo de conducta delictiva es sancionada con la prisión por lo que a los centros de readaptación social no solo llegan individuos de alta peligrosidad y cuya conducta atentó de manera sumamente grave contra los

¹⁰⁵ SANZ MULAS, Nieves, *op. cit.*, p. 358.

¹⁰⁶ Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Medición de la Pena y Sustitutivos Penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979, p. 69.

¹⁰⁷ SANZ MULAS, Nieves, *op. cit.*, p. 361.

bienes jurídicos fundamentales de la sociedad, sino que también llegan personas cuyas conductas son de escasa gravedad y no tan trascendentes en el ámbito penal, delincuentes primarios y ocasionales que no representan una verdadera amenaza a la sociedad, pero que, al tener un roce con los primeros, pueden llegar a serlo, por lo que puede causarse a la sociedad, más que un beneficio, un grave perjuicio pues en lugar de salir con la aptitud de convivir, salen preparados para la reincidencia o, incluso, para la comisión de delitos de mayor gravedad que por el que fueron sentenciados. Sin embargo, nuestros políticos lejos de elaborar buenas propuestas para combatir la delincuencia, la única respuesta que tienen es establecer la prisión y elevar sus límites mínimos y máximos por lo que cada vez más podemos observar que gran parte de la colectividad pugna por lo mismo, los legisladores cumplen y lo único que ello refleja es el fracaso y la ausencia de verdaderas respuestas al problema.¹⁰⁸

Así, debemos tener en cuenta que en la actualidad la pena de prisión debe ser considerada como la pena a imponer para delitos de relevante gravedad y para aquellos casos en que no haya la posibilidad de imponer sanciones menos dramáticas.

Lo que se persigue es una reducción en el uso de la pena de prisión para aquellos delitos de mínima o mediana gravedad, abrir la puerta a las llamadas alternativas de la prisión para que paulatinamente estos se conviertan en la regla general y la prisión en la excepción.¹⁰⁹

Se busca, en otras palabras, la reducción del uso de la prisión para dar entrada a un elenco de nuevas penas: las alternativas a la prisión, bien actúen como penas principales o bien como sustitutivos a ella. En este sentido se están considerando cada vez más los llamados sustitutivos de la prisión. De esta

¹⁰⁸ Un comentario bastante acertado al respecto en KAUFMANN, Hilde, *Principios para la Reforma de la Ejecución Penal*, Biblioteca de Ciencias Penales, Tomo 1, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1977, p. 17 y ss.

¹⁰⁹ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *La Crisis Penitenciaria...*, op. cit., p. 133.

manera podemos asegurar que, si bien, en la actualidad, la prisión es irrenunciable en forma absoluta, ésta debe ser dejada para los casos en que sea realmente necesario y, en cambio, emplear una serie de alternativas que pueden cumplir mejor su cometido y que traigan un verdadero beneficio no solo para la sociedad sino para el individuo sentenciado mismo, y es que es innegable que, como afirma Melgoza Radillo, “se ha abusado terriblemente del encarcelamiento en cantidad y en calidad, se prescribe como pena para casi todo delito, las condenas son demasiado largas, se despersonaliza al recluso al sujetársele a un régimen de vida enajenante, artificial, y por si fuera poco, se le impone además un régimen de tratamiento sumamente deficiente mediante la compulsión y el chantaje.”¹¹⁰ Un mayor margen de aplicación de las medidas alternativas a la prisión, si bien no solucionarían todo el problema, sería un buen comienzo y la base para la posterior formulación de propuestas de mayor magnitud.

Por lo tanto, considero necesario el empleo de alternativas para evitar la ejecución de penas de prisión, no solo las de corta duración, entendiéndose por estas, como hemos visto, las inferiores a tres años, sino también aquellas inferiores a cinco años, que son penas que se imponen cuando la gravedad del ilícito es baja o media y cuando la culpabilidad del agente no exige más severidad en la sanción, pese a que el límite máximo de punibilidad establecida en el tipo correspondiente pueda exceder de esa cantidad. No hay que ir muy lejos para hallar los medios que puedan evitar tales penas, éstos se encuentran ya establecidos en los ordenamientos penales y lo único que resta es revisarlos para poder darles un mayor margen de aplicación con la finalidad de que esas personas cuya gravedad de conducta y grado de culpabilidad, los que determinan el grado del reproche que se debe realizar en el caso concreto, son de nivel bajo o incluso medio, no lleguen a prisión para evitar las consecuencias especialmente negativas de esta pena, evitar su entrada en ella por sus evidentes efectos desocializadores y criminógenos.

¹¹⁰ MELGOZA, RADILLO, Jesús, *La Prisión, Correctivos y Alternativas*, Editorial Zarahemla, México, 1993, p. 106.

Y es que la tendencia en la actualidad es generalizar la prisión, resultando esto en una notable desproporción entre esta pena y gran parte de los delitos, no solo en cantidad sino en calidad. Consiente estoy de que el problema de las penas de prisión inferiores a cinco años es solo una pequeña parte del problema, pero siempre se debe andar de menos a más, por lo que la labor comienza en buscar opciones para evitar la ejecución de tales penas que por lo general corresponden a la baja o media criminalidad. Este objetivo puede ser alcanzado con la aplicación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la pena de prisión, las que serán estudiadas en la siguiente parte de este capítulo desde su perspectiva teórica y posteriormente su previsión en el Código Penal del Distrito Federal y los requisitos y condiciones que para su otorgamiento señala este ordenamiento.

3.2 LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN COMO MEDIOS PARA EVITAR LA PRISIÓN DE CORTA DURACIÓN.

Pese a que la pena de prisión presenta diversos problemas, en este trabajo nos centraremos en las propuestas que se han planteado para evitar las penas de corta duración, entendiendo por estas aquellas inferiores a tres años así como a su actual amplitud de aplicación que en determinados casos, como lo es el del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, llega a aquellas penas inferiores a cinco años, que, por lo general y como hemos asentado, son penas que se imponen a responsables de delitos de escasa o mediana gravedad.

Tal es así porque al momento de que la autoridad judicial realiza la individualización de la pena empleando para ello el criterio de culpabilidad por el hecho o de acto, como lo mencionamos en el capítulo que antecede, lo que requiere que se haga una valoración tanto de la gravedad del ilícito o grado de injusto como del grado de culpabilidad del agente, podemos desprender que, si dicha autoridad en un caso concreto impone una pena inferior a los cinco años de

prisión, no solo en los casos específicos en que la ley señala una punibilidad cuyo límite no exceda tal cantidad de años, sino también en aquellos casos en que se pudiese rebasar ese número de acuerdo a la punibilidad establecida, ello es un reflejo de que ambos elementos aludidos, a consideración del juez, no son lo suficientemente relevantes para imponer una penalidad mayor, es decir, ni las circunstancias del hecho ni las circunstancias peculiares del delincuente en cuestión son suficientes para imponer una pena superior a los cinco años de prisión.

Es por esto último que dada la naturaleza y fines que tiene la prisión como pena, deben buscarse las formas que permitan que esa personas a quienes se les impone una prisión de corta duración no lleguen a ella si es posible que ello se pueda evitar, dado que, en el estado actual de nuestros centros de readaptación social y la misma esencia de la prisión, según se ha mencionado, pueden causar fuertes efectos desocializadores, pues como asegura Rodríguez Manzanera, “es ya común designar a las prisiones como “universidades del crimen”, ya que es patente el contagio criminal por el contacto permanente con otros delincuentes que son habituales, profesionales o de elevada peligrosidad.”¹¹¹

Y es precisamente en estos casos donde criterios de prevención especial como el principio de proporcionalidad deben entrar en juego para dirigir la mirada hacia las medidas alternativas a la prisión las que aparecen como herramientas necesarias para solo utilizar la prisión cuando sea estrictamente necesario y, por tanto, una progresiva disminución en su empleo.

Ante todo esto, es menester puntualizar que, por el momento, nos abocaremos a analizar las alternativas que pudieren reducir las penas cortas de prisión, las cuales, como se dijo anteriormente, se encuentran ya previstas en los ordenamientos penales, solo que es necesario revisarlas para darles mejor funcionamiento y un mayor margen de aplicación.

¹¹¹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *La Crisis Penitenciaria...op. cit.*, p. 3.

Existen diversas opciones que tienden a evitar una innecesaria ejecución de la pena de prisión y que son utilizadas en casos o supuestos específicos. Estas opciones pueden ir desde la renuncia a la imposición de cualquier tipo de pena, pasando por una fase intermedia consistente en la suspensión condicional de la ejecución de la pena y llegando hasta la sustitución de la pena de prisión, cada una de ellas con diferentes características acorde al nivel de afectación a la esfera jurídica individual del sujeto¹¹² y que pueden exigir un plus en la tarea de individualizar la pena por parte de la autoridad judicial.

A continuación entraremos al análisis de cada medida que mencionamos arriba y concluiremos este capítulo con la regulación que de ellas se hace en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en cuanto a requisitos y condiciones de procedencia y emitiendo una crítica a la misma.

3.2.1 La Nonintervention. Breve referencia.

Como su propio nombre lo indica, esta alternativa consiste en la no intervención penal ante la comisión de ciertas conductas delictivas por no considerarse necesario ni para efectos de prevención general ni de prevención especial el imponer pena alguna, es decir, se renuncia a la imposición de una pena por no ser necesaria.

Son dos las formas que puede adoptar la no intervención, las cuales son:

Principio de Oportunidad. También llamada abstención o suspensión condicional del ejercicio de la acción penal, de acuerdo con Melgoza Radillo esta medida consiste en “el poder otorgado a la autoridad encargada del ejercicio de la acción penal, de abstenerse de iniciar esta, o bien suspenderla o aplazarla cuando el interés público lo aconseje y las condiciones personales del infractor lo

¹¹² Vid, SANZ MULAS, Nieves, *op. cit.*, p. 405.

permitan. Por lo general, tal abandono o aplazamiento de la acción pública está supeditado a que el inculpado acepte y cumpla ciertas condiciones.”¹¹³

Esta vía adoptada en ciertos países como E.U, Suecia y Canada¹¹⁴ tiene cabida tratándose de delitos muy leves y para delincuentes de mínima o nula peligrosidad. Pese a que tiene su sustento en el principio de oportunidad, esta alternativa puede presentar dos formas: la reglada y la libre.

En el principio de oportunidad libre, el órgano encargado de perseguir los delitos goza de discrecionalidad para decidir si ejercita o no la acción penal mientras que, en la reglada, la ley establece de forma concreta los supuestos y las condiciones a las que deberá sujetarse dicha autoridad para decidir instar o no el inicio del proceso penal, es decir, ejercitar la acción penal.¹¹⁵ Como se puede observar, esta figura se da con anterioridad a la iniciación del proceso penal como una anticipación a un enjuiciamiento notoriamente innecesario.

El principio de oportunidad de entrada no tiene lugar a aplicarse en nuestro país atento al principio de legalidad conforme al cual el Ministerio Público tiene que ejercitar la acción penal cuando se encuentren satisfechos los requisitos para ello, como son el cuerpo del delito y la probable responsabilidad lo cual es más palpable aún cuando la misma Constitución otorga a los gobernados la posibilidad de impugnar jurisdiccionalmente la resolución del Ministerio Público de no ejercitar la acción penal o bien desistirse de ella y que, en este caso, es el juicio de amparo.

Pero además, suponer su aplicación sería otorgarle al Ministerio Público la posibilidad de determinar la responsabilidad penal de un inculpado sin acudir a la autoridad judicial lo que de igual forma está en contra de lo establecido

¹¹³ MELGOZA RADILLO, Jesús, *op. cit.*, p. 152.

¹¹⁴ *Vid. Idem.*

¹¹⁵ *Cfr. SANZ MULAS, Nieves, op. cit.*, p. 407.

en nuestra Constitución General en tanto que, por una parte, en ella se consagra la garantía de audiencia y de legalidad y, por otra, la facultad exclusiva de la autoridad judicial en la imposición de penas, de lo que se desprende que solo la autoridad jurisdiccional es quien puede determinar sobre la responsabilidad o no de una persona en la comisión de un delito y cuando un hecho se considera como tal o no, lo que de igual forma es establecido en el artículo 1 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.¹¹⁶

Por otra parte, desde mi punto de vista, este principio tendería a tornarse como un principio de oportunidad política, social o económica; esto se dice porque al otorgarle la facultad al Ministerio Público de abstenerse o aplazar el ejercicio de la acción penal podría prestarse a que en aquellos casos en que aún cuando el delito no sea de gravedad pero que afecte alguno de los ámbitos que señalamos, se opte por abstenerse de ejercitar la acción penal o bien de aplazarla en tanto el clima político, social o económico se apacigüe, lo que, sin embargo, en ocasiones así se realiza y sin necesidad de que este principio esté adoptado por la ley. Ahora bien, en casos en que no haya repercusión en estos aspectos y aún suponiendo se hicieran las reformas tendientes a su aplicación, tendrían que superarse otro tipo de obstáculos, en donde uno de ellos y quizá el más grave es, sin lugar a dudas, la corrupción.

Dispensa de Pena. También llamada despenalización, “son los casos en los que una conducta criminalizada no es jurídicamente sancionada. La mayoría de estos casos están previstos por la misma ley, y se encuentran muy difundidos.”¹¹⁷

En estos casos, “el Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o equidad, de acuerdo con una prudente política criminal.”¹¹⁸

¹¹⁶ *Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal*, 15ª Edición, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2006.

¹¹⁷ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *La Crisis Penitenciaria...op. cit.*, p. 49.

¹¹⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, p. 279.

Aquí, la acción penal fue ejercitada y el proceso judicial sigue su curso normal, solo que al momento de dictar su resolución, la autoridad judicial renuncia, en los casos que así lo permite la ley, a la imposición de pena alguna pues se considera que el autor del delito, debido a las consecuencias de este, ya ha sufrido suficiente castigo y la imposición de una pena adicional a ese sufrimiento sería totalmente desproporcional, en donde encuentra justificación.

La no penalización de este tipo de conductas encuentra también justificación desde los dos puntos de vista preventivos: del especial porque no hay riesgo alguno de que el autor del delito reincida así como tampoco se encuentra necesitado de tratamiento readaptador alguno pues es de mínima o nula peligrosidad; desde el general, porque se considera que su realización no provoca alteración alguna en el orden social.

Dentro de la dispensa de pena podemos ubicar las que en nuestro sistema jurídico se conocen como excusas absolutorias, en donde “los elementos esenciales del delito (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; solo se excluye la posibilidad de punición.”¹¹⁹ Un claro ejemplo de ellas lo encontramos en el artículo 139 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal que señala que no se impondrá pena alguna a quien culposamente ocasione lesiones u homicidio a un pariente de los ahí enumerados, así como también en los casos de aborto enumerados en el artículo 148 del mismo ordenamiento (por ejemplo, si el embarazo es resultado de una violación).

Además de lo anterior, en el mismo ordenamiento se prevé también la denominada pena innecesaria, pues el artículo 75 señala que el juez, de oficio o a petición de parte, podrá prescindir de imponer pena privativa de libertad o sustituirla por otra menos grave o por medida de seguridad, cuando su imposición resulte notoriamente innecesaria e irracional en virtud de que el responsable del delito haya sufrido con motivo de éste graves consecuencias en su persona;

¹¹⁹ *Idem.*

presente senilidad avanzada o padezca enfermedad grave e incurable avanzada o precario estado de salud.

Concluyendo con la nonintervetion, hay que señalar que en nuestro sistema jurídico solo se adopta la dispensa de pena y dado que solo se aplica en los casos que ya hemos señalado, en poco o nada puede realizar un aporte a la reducción del uso de la pena de prisión, sin embargo, su aplicación si tiene un sustento válido en comparación con el principio de oportunidad.

3.2.2 La Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena.

Dado que la ejecución de una pena corta de prisión puede tener mayores efectos negativos, se deben buscar formas de renunciar a su ejecución cuando ello no sea necesario desde el punto de vista de prevención general y especial e, incluso, desde un punto de vista proporcional, “porque una pena de privación de libertad puede ser especialmente negativa –dado que negativa a nuestro juicio lo es siempre- cuando se trata de delincuentes primarios u ocasionales”,¹²⁰ por lo que en los diversos ordenamientos penales se ha incorporado una institución que permite mantener en suspenso la pena y otorga al responsable de la comisión de un delito la posibilidad de que demuestre su voluntad de no volver a delinquir. La finalidad esencial es el evitar los efectos desocializadores que implicaría el ingreso a prisión.

La suspensión de la pena inicialmente puede presentarse en dos modelos que varían en ciertas características específicas que las estructuras de los diversos sistemas jurídicos implanten en ella, así, mientras el sistema europeo adopta la condena de ejecución condicional, el sistema angloamericano opta por la probation, o también llamada suspensión del fallo.¹²¹ Sin embargo, recientemente ha surgido un tercer modelo tomando características de los dos

¹²⁰ SANZ MULAS, Nieves, *op. cit.*, p. 415.

¹²¹ *Vid.* RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *La Crisis Penitenciaria...*, *op. cit.*, p. 109.

anteriores al que se le puede denominar suspensión condicional de la ejecución de la pena con sometimiento a prueba.

Enseguida, haremos una breve referencia a cada uno de los modelos que hemos señalado para así estar en aptitud de establecer cual de ellos es el que adopta el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y, posteriormente, revisar los requisitos y condiciones para su procedencia.

En la suspensión condicional de la pena o condena de ejecución condicional, propia del sistema europeo, el proceso penal culmina con su forma normal, es decir, el tribunal establece la responsabilidad del procesado y dicta sentencia condenatoria en la que impone una determinada pena que la ley prevé para el delito en cuestión, de este modo, el juez debe dictar su resolución condenatoria y establecer la pena correspondiente, sin embargo, la ejecución de ésta queda en suspenso.

Al quedar la pena en suspenso, el reo adquiere su libertad mediante el cumplimiento de ciertas “condiciones atinentes a la confiabilidad del penado y a la reparación del daño. Si el beneficiado con la condena condicional cumple los términos en que ésta es concedida, al transcurrir el tiempo previsto por la ley la sanción se extinguirá.”¹²² Es decir, si el reo no delinque en el plazo fijado, la pena quedará remitida, mas si lo hace, se verá obligado a cumplir no solo la pena impuesta por la comisión del segundo delito, sino también la anterior que quedó suspendida.

Sin embargo, en este modelo no se presta ayuda o supervisión alguna al reo, por lo que se deja a su esfuerzo personal el cumplimiento de las condiciones impuestas. Por ello, asegura Sanz Mulas que la prestación de asistencia “se avista como necesaria, y no como forma de control sino como corresponsabilidad de la sociedad en la labor preventiva, ayudando al sujeto que

¹²² MELGOZA RADILLO, Jesús, *op. cit.*, p. 154.

lo quiere a superar los obstáculos que la propia convivencia social interpone a su compromiso de evitar la reincidencia.”¹²³

A diferencia del sistema europeo, el angloamericano adopta un sistema de prueba denominado probation o suspensión del fallo, condicionándose al cumplimiento de determinadas obligaciones y sujetándose al procesado a un tratamiento educativo y de rehabilitación bajo la supervisión de instituciones penitenciarias o de un funcionario de prueba.

Así, en palabras de Melgoza Radillo, “la probación o sistema de prueba es la suspensión de la imposición de una sentencia durante un periodo de libertad en la comunidad condicionada, entre otras cosas, a la buena conducta del delincuente. Incluye supervisión personal así como guía y asistencia individual a los delincuentes por parte del Estado. Si el delincuente viola la probación, el juez simplemente hace efectiva la sentencia o la dicta y ordena su ejecución.”¹²⁴

En este modelo, el proceso penal sigue su curso normal pero al tener el juez por acreditada la plena responsabilidad del procesado en la comisión del delito, no se pronuncia sentencia alguna, queda en suspenso el fallo y somete al individuo a una serie de condiciones de carácter educativo y rehabilitador (entre otras, tratamiento de desintoxicación, prohibición de residir o frecuentar determinados lugares, etc.) las que tiene obligación de cumplir durante cierto tiempo; una vez transcurrido este, el reo comparece nuevamente ante el juez quien determina con base en la conducta mostrada y en el cumplimiento o no de las condiciones impuestas, si pronuncia su resolución o si, por el contrario, deja sin efectos todo el procedimiento.

De esta manera, podemos afirmar que la probation es una medida que “trata de repartir responsabilidad, en aras a la resocialización del sujeto,

¹²³ SANZ MULAS, Nieves, *op. cit.*, pp. 420-421.

¹²⁴ MELGOZA RADILLO, Jesús, *op. cit.*, p. 139.

entre: éste mismo, al que le da una nueva oportunidad, motivándole para su alejamiento del delito, y la comunidad, a la que se implica a través de la asistencia y el seguimiento de aquél...la probation prevé ayuda al condenado durante el periodo de prueba a través de los organismos asistenciales penitenciarios”,¹²⁵ lo cual es una diferencia radical de la condena condicional.

Finalmente podemos desprender que, como señala Rodríguez Manzanera, son dos las diferencias esenciales entre estos dos modelos, pues, en primer lugar, mientras en la probation lo que se suspende de forma condicional es el fallo o sentencia, en la condena condicional la sentencia es dictada, lo que se suspende es la ejecución de la pena; en segundo lugar, en la probation existen instituciones penitenciarias encargadas de la vigilancia y asistencia del acusado, lo que no existe en la condena condicional.¹²⁶

Recientemente, como un híbrido de los dos modelos anteriores, se ha propuesto e implantado un tercero, tratando de complementar con determinadas características de los anteriores las desventajas de los mismos, en otras palabras, “en los últimos cuarenta años se ha operado un movimiento favorable a la condena condicional supervisada”,¹²⁷ lo que también se conoce como suspensión condicional de la ejecución de la pena con sometimiento a prueba, la cual ha tenido gran aceptación como medida alternativa a la prisión.

Como se ha dicho, este tercer modelo recoge ciertas características de la condena condicional y de la probation, pues consiste en que el juez dicte su sentencia condenatoria e imponga la pena correspondiente cuya ejecución se deja en suspenso pero además, y por influencia de la probation, existe la posibilidad de prestar asistencia y control de personal especializado o de instituciones de asistencia penitenciaria, aunado esto a las obligaciones o condiciones de no

¹²⁵ SANZ MULAS, Nieves, *op. cit.*, p. 420.

¹²⁶ Cfr. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *La Crisis Penitenciaria...op. cit.*, p. 109.

¹²⁷ MELGOZA RADILLO, Jesús, *op. cit.*, p. 160.

delinquir y otro tipo de deberes que el sujeto debe cumplir para que su pena, transcurrido el tiempo establecido, se tenga por extinguida.

En la suspensión condicional de la ejecución de la pena con supervisión se concilian, por un lado, el punto de vista proporcionalista de la pena, en tanto que se aplica a ilícitos cuya gravedad es escasa o media por lo que se hace innecesaria la entrada en prisión aunado también a la personalidad del reo, pero también se prevé la posibilidad de que si la oportunidad es desaprovechada por el reo la pena impuesta será ejecutada; y, por otro, las tendencias rehabilitadoras pues existe la posibilidad de prestar asistencia y tratamiento sin necesidad de ingresar a prisión.

Por lo anterior, de acuerdo con González Zorrilla, “son razones basadas en la prevención especial, las que sirven de fundamento a la suspensión de la pena, pero tales razones se asientan en la premisa previa de la falta de proporcionalidad y adecuación de la pena privativa de libertad para estos supuestos.”¹²⁸

Concluyendo con lo que se refiere a la suspensión, podemos señalar que esta consiste en la renuncia a la ejecución de la pena, una verdadera medida alternativa en caso de que la prisión sea notoriamente desproporcionada a la gravedad del ilícito y al grado de culpabilidad del delincuente además de innecesaria a efectos preventivos tanto generales como especiales.

Sin embargo, en algunos ordenamientos, a pesar de estar previstos, también presentan algunos defectos prácticos que limitan su aplicación, por ello y siempre con el propósito de que la suspensión condicional llegue a realizar un aporte mayor a la reducción del uso de la pena de prisión, se deben comenzar a

¹²⁸ CID MOLINÉ, José, LARRAURI PIJOAN, Elena, *et. al*, *Penas Alternativas a la Prisión*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1997, p. 66.

revisar y analizar la forma en que se regula su procedencia como considero es la que se realizará al finalizar este trabajo.

3.2.3 Sustitución de la Pena de Prisión.

Hablar de sustitución de una pena significa que existen necesariamente dos momentos; el primero que es en el que originariamente la autoridad judicial al dictar su resolución impone la pena establecida en la ley para el responsable de un delito concreto, y; el segundo, que es donde opta o no por la aplicación de una pena en sustitución de la originaria sujetándose a lo que específicamente determine la ley, sin embargo, es necesario señalar que “las penas sustitutivas no son independientes de la pena de prisión, porque, si bien la sustituyen, la sombra de ésta permanece detrás de una posible revocación; luego, simplemente ocupan su puesto.”¹²⁹

Por lo anterior, cabe hacer una distinción entre penas sustitutivas y penas alternativas, pues las primeras, como hemos visto, ocupan el lugar de una pena impuesta originariamente, las segundas son penas que se encuentran establecidas de origen en la ley, es decir, se establecen como punibilidad para cada tipo penal, así, el juez puede imponer una de entre varias opciones que la proporciona la ley en un primer momento y en forma directa; un ejemplo de éstas últimas lo encontramos en el artículo 209 del Nuevo Código Penal en donde se prevé para el responsable del delito de amenazas una punibilidad de tres meses a un año de prisión o de noventa a trescientos sesenta días multa, por lo que en forma directa el juez puede optar ya por la prisión, o bien, por la multa sin necesidad de entrar en un segundo momento.

De esta manera y al igual que la suspensión, la previsión de penas sustitutivas de la prisión tiene como objetivo el de evitar los efectos perjudiciales que son propios de esta pena en caso de conductas delictivas de escasa

¹²⁹ SANZ MULAS, Nieves, *op. cit.*, p. 483.

gravedad en relación también con el grado de culpabilidad de cada delincuente, por ello, en palabras de Melgoza Radillo, “se originaron por la inquietud de mejorar lo penitenciario; esto es, primordialmente respondieron a la necesidad de subsanar los males o contradicciones que tan insistentemente se señalaron a la prisión penitenciaria...fueron concebidas como penas alternativas a la reclusión, o sea, con el claro designio de suprimir o sustituir a la prisión penal desde el principio por decisión judicial.”¹³⁰

El juez penal dicta su resolución estableciendo la plena responsabilidad del sujeto por la comisión de un delito imponiéndole la pena correspondiente y de acuerdo con la punibilidad establecida en la ley, empero, la calidad de la pena es cambiada y debe realizarse su ejecución.

Es precisamente esto último lo que diferencia a la sustitución de la suspensión, pues mientras esta última tiene un carácter no sancionador, en la suspensión se cambia la calidad de la pena y la ejecución de ésta debe llevarse a cabo; una verdadera sanción y es en cada caso concreto en donde se determinará en cuáles de ellos es suficiente con la suspensión de la ejecución de la pena o bien aquellos en los que es más conveniente sancionar con una pena, pero que al exceder la prisión por su misma naturaleza los límites de proporcionalidad y de necesidad tanto para efectos preventivo generales como especiales, la calidad de la misma es sustituida.

Por otro lado, es menester comenzar a emplear otra forma de sancionar los delitos, formas que ya están previstas en los ordenamientos penales pero que se encuentran en desuso; porque las conductas delictivas responden o son consecuencia de muy diversas circunstancias y las diferentes calidades de penas según su naturaleza pueden ser efectivas en unos casos y en otros no y es esta precisamente la razón de que existan diversas clases de penas, porque “es necesario tener un amplio arsenal de penas y la posibilidad de que sustituyan a la

¹³⁰ MELGOZA RADILLO, Jesús, *op. cit.*, pp. 155-156.

prisión”,¹³¹ y es precisamente esta posibilidad un instrumento de importancia para relevar a la prisión a una posición de ultima ratio.

La opción de que la prisión pueda ser sustituida es un buen sendero que han seguido nuestros ordenamientos penales, en concreto el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, como de igual forma lo es que esa posibilidad se prevea para aquellos casos en que la prisión impuesta no exceda de cinco años, empero, también se encuentran ciertos defectos en cuanto a su procedencia que, al igual que los de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, posteriormente abordaremos para realizar un comentario crítico. Por ahora entraremos a hacer breve alusión a las posibilidades de sustitución de la pena de prisión que se encuentran recogidas en el Nuevo Código Penal.

Podemos clasificar en dos grupos a las penas sustitutivas de la prisión según consistan en privación de la libertad o en penas que recaigan en otro bien jurídico del sujeto condenado a ellas.

De este modo, tenemos que la prisión puede ser sustituida por otra pena privativa de libertad, llamados por García Ramírez como sustitutivos mixtos o de segundo grado, los cuales “se componen con elementos de la prisión y de otro sustitutivo”,¹³² es decir, se siguen basando en la pena de prisión pero cuya diferencia es la de limitar el tiempo de permanencia del condenado en los centros de readaptación social. “Esto sucede en la hipótesis de la semilibertad, integrada, en nuestro derecho positivo, a partir de la prisión y de la libertad bajo tratamiento.”¹³³

En efecto, nuestro Código Penal Federal así como el del Distrito Federal prevén la sustitución de la pena de prisión por la semilibertad, único

¹³¹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *La Crisis Penitenciaria...*, op. cit., p. 69.

¹³² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Las Penas Sustitutivas de la Prisión*, Cuadernos para la Reforma de la Justicia, Volumen 2, 1ª Edición, Instituto de Investigaciones Jurídica, UNAM, México, 1995, p. 38.

¹³³ *Idem*.

sustitutivo privativo de libertad establecido en dichos ordenamientos, la cual “rompe con el esquema tradicional de la prisión de reclusión continua e implica alternancia de periodos de prisión y de libertad bajo tratamiento”,¹³⁴ en otras palabras, esta pena permite que se siga manteniendo el contacto con el mundo exterior y evita una de las aristas inconvenientes que presentan las penas cortas de prisión que es, precisamente, la continuidad temporal que conlleva al aislamiento y a la desocialización. Para Luzón Peña, la semilibertad implica ciertas ventajas, pues afirma que “aunque también es una pena privativa de libertad, al ser mucho más limitada la restricción de libertad, que prácticamente no perturba las relaciones familiares, profesionales, etc., y, sobre todo, si su cumplimiento se regula reglamentariamente de modo adecuado, es previsible que no tendrá los efectos nocivos y desocializadores propios de las usuales penas cortas privativas de libertad”,¹³⁵ sin embargo, las dificultades prácticas que presenta la ejecución de este sustitutivo (por ejemplo, que su ejecución pueda llevarse a cabo en los mismos lugares destinados a la prisión) derivan en resultados no favorables, lo que ha provocado que su empleo sea mínimo.

Por otro lado tenemos el grupo de los sustitutos no privativos de libertad, conformado por una clase de penas que no recaen sobre la libertad, pero que no por esto dejan de pretender fines preventivos tanto generales como especiales, entre estos la readaptación social, pues, como afirma García Ramírez, “será precisamente la idea de readaptación social (o resocialización, reinserción, rehabilitación, etcétera) el cimiento de los sustitutos, asociada con el concepto moderno y militante de los derechos humanos y con la reducción de la intensidad de los instrumentos penales como medios de control social.”¹³⁶

Esta clase de sustitutos evitan forma alguna de privación de libertad del condenado afectando otro tipo de bienes jurídicos de éste. El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal prevé dentro de este grupo a la multa, el trabajo a

¹³⁴ MELGOZA RADILLO, Jesús, *op. cit.*, p. 163.

¹³⁵ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *op. cit.*, pp. 70-71.

¹³⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *op. cit.*, p. 37.

favor de la comunidad o en beneficio de la víctima y el tratamiento en libertad (artículo 84 fracciones I y II).

La multa, ya definida en otra parte de este estudio, es la pena más utilizada después de la prisión; los ordenamientos penales la establecen no solo como pena sustitutiva de la prisión sino también como pena principal y que, incluso, se ha señalado que cumple un efecto preventivo general más eficaz que la prisión pues “no cabe duda que la privación de una determinada cantidad de ingresos durante un periodo relativamente largo, representa, en sociedades tan consumistas como las actuales, un sufrimiento comparable al de la privación de la libertad. Porque hoy por hoy solo el dinero nos permite disfrutar de una cierta calidad de vida y, en consecuencia, es lógico que su pérdida tenga una eficacia intimidatoria tan o más importante que la prisión”,¹³⁷ y, por otro lado, está llamada a ser la pena a aplicar en aquellos casos en que el tratamiento no sea requerido.

Pero no solo son estas las ventajas señaladas a la multa, sino que además se acepta que es una pena fácilmente reparable en caso de error por parte de la autoridad judicial además de que representa una fuente más de ingresos para el Estado, razones por lo que se ha convertido en el sustitutivo por excelencia de la prisión en la mayor parte de los ordenamientos penales, sin embargo, la multa ha presentado ciertos obstáculos importantes, los que se reducen principalmente en lo que se refiere a la equidad al fijar su monto y a la situación de insolvencia de gran parte de los condenados a ella.¹³⁸

Por lo que hace al primer obstáculo señalado, este se ha ido superando con la adopción de un sistema con el cual la fijación de la multa corresponde a la concreta situación económica del condenado: el denominado sistema días multa, dentro del cual, el sentenciado debe pagar de acuerdo a sus ingresos diarios, por lo que en las sentencias en donde la multa es impuesta, ya

¹³⁷ SANZ MULAS, Nieves, *op. cit.*, p. 502.

¹³⁸ *Cfr.* KENT, Jorge, *Sustitutivos de la Prisión, Penas sin Libertad y Penas en Libertad*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, pp. 85-86.

como pena principal o como sustitutivo de la prisión, es fijada en un determinado número de días y no en una cantidad fija de dinero. De este modo, un juez en el momento en que valora el grado de culpabilidad y la gravedad del ilícito determina un cierto número de días multa como pena, pero en segundo momento y dependiendo de la situación económica del sentenciado, señala la cantidad a pagar por cada día de los que ha sido condenado; al multiplicar esos dos factores, resultará el total a pagar.¹³⁹

“Con ello se pretende garantizar un doble objetivo: por una parte, que la multa no suponga una afección a las necesidades básicas del infractor y, por otra, que la multa prive de un porcentaje igual de renta a las diversas personas.”¹⁴⁰

Respecto al segundo obstáculo, esto es, en cuanto a la existencia de personas que no tienen más que los ingresos suficientes para satisfacer sus necesidades básicas, e incluso, en ocasiones ni para esto, cuando hay insolvencia del sentenciado (que en ocasiones son mayoría), es por lo que se han dirigido las miradas hacia otras medidas, como el que se acepte el pago de la multa a plazos o bien, puede darse la posibilidad de que la misma multa sea sustituida por otro tipo de sanción no privativa de libertad.

El Nuevo Código Penal no comete el error de prever una pena privativa de libertad para el caso de que el sentenciado a multa no la pueda pagar, pues establecer una privación de libertad como sustituto implicaría que se pudiese agravar la sanción del condenado por el hecho de ser pobre; por lo que se prevén sustitutivos no privativos de libertad para la multa, esto porque es indudable que la pena sustituta nunca debe ser más aflictiva y dramática que la sanción sustituida; aceptar lo contrario conllevaría a imponer sanciones más graves a personas de bajos recursos que, lamentablemente, son mayoría.

¹³⁹ CID MOLINÉ, José, LARRAURI PIJOAN, Elena, *et. al., op. cit.*, p. 40.

¹⁴⁰ *Ibid.* p. 41.

También dentro de los sustitutivos no privativos de libertad tenemos el trabajo en beneficio de la comunidad que consiste, de acuerdo a lo establecido en el artículo 36 del Nuevo Código Penal, en la prestación de servicios no remunerados en instituciones públicas, educativas, de asistencia o servicio social, o en instituciones privadas de asistencia no lucrativas.

Por lo tanto, estamos frente a una medida que tiene en su aplicación relevantes objetivos pues “al par de rehuir la amenaza del cautiverio, posibilita al infractor saldar su deuda con la sociedad sin mengua para su libertad, su trabajo y la tranquilidad de su hogar.”¹⁴¹

De acuerdo con varios autores,¹⁴² esta pena ha tenido gran desarrollo y una aceptable experiencia, principalmente en Inglaterra donde es denominada Community Service Order, donde “era vista como una alternativa con capacidad para sustituir a la prisión en la prevención de la delincuencia y que permitiera reforzar los lazos entre el condenado y la comunidad por medio de su contacto con personas que prestan servicios a la comunidad pero de forma voluntaria.”¹⁴³

Sin embargo, a pesar de los beneficios que su aplicación podría aportar, su realidad práctica presenta diversos problemas, pues para su correcto funcionamiento se requiere de una importante colaboración del Ejecutivo quien sería el que ofrezca los puestos de trabajo y mantener de ello bien informado a la autoridad judicial además de que esos trabajos, al ser no remunerados, se debe ser cuidadoso con el fin de evitar actividades injustas o cometer abusos.

A la par del trabajo a favor de la comunidad, el Nuevo Código Penal prevé también el trabajo en beneficio de la víctima señalando que este consiste en la prestación de servicios remunerados, en instituciones públicas, educativas, empresas de participación estatal o en empresas privadas.

¹⁴¹ KENT, Jorge, *op. cit.*, p. 90.

¹⁴² Entre otros, CID MOLINÉ, José, LARRAURI PIJOAN Elena, *et. al, op. cit.*, p. 94 y ss.

¹⁴³ *Ibid.* p. 96.

Como también se desprende del citado precepto, el cumplimiento de esta pena debe realizarse en los lapsos en que no se interfiera con las actividades que representen la fuente de ingresos para la subsistencia del sentenciado y su familia. El trabajo en beneficio de la víctima o a favor de la comunidad también puede imponerse como pena autónoma (artículo 36 último párrafo), pero como sustitutivo de la prisión, cada jornada de trabajo sustituirá un día de prisión y, como sustitutivo de la multa, cada jornada saldará dos días multa (artículo 39 primer párrafo).

Por último, dentro de estas alternativas no privativas de libertad, el Nuevo Código Penal establece el tratamiento en libertad cuando la pena de prisión impuesta no exceda de cinco años, por otro lado, el artículo 34 del mismo ordenamiento señala que consiste en la aplicación, según el caso, de las medidas laborales, educativas, de salud o de cualquier otra índole autorizadas por la ley, orientadas a la readaptación social del condenado y bajo la supervisión de la autoridad ejecutora, pudiendo imponerse como pena autónoma o como sustitutivo, en este caso, su duración no podrá exceder de la correspondiente a la prisión impuesta. Con esta pena se tiende especialmente a la prevención especial, sin embargo, su eficacia práctica ofrece ciertas dudas pues, afirma Sanz Mulas que debe sumársele a la bondad de la letra de la ley “la correspondiente infraestructura, sobre todo humana, en lo que a su efectivo control, orientación y cuidados del condenado se refiere. Porque la viabilidad de esta sanción como medida alternativa de la prisión está, sin duda, en la relación directa de las mencionadas medidas laborales, educativas y curativas, con el “origen” del delito. Esto es, con las carencias de educación y trabajo, sufridas por el condenado, y que en último término, se constituyen en la causa última de su actuación delictiva”,¹⁴⁴ razonamiento este con el que estamos profundamente de acuerdo.

Hasta aquí el análisis de las diversas que se establecen como opción para sustituir a la prisión conforme al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal,

¹⁴⁴ SANZ MULAS, Nieves, *op. cit.*, p. 574.

por lo que ahora se pasará a realizar un estudio de los requisitos y condiciones de procedencia que tanto para la suspensión condicional de la ejecución de la pena como para la sustitución de la prisión se establecen en el mencionado ordenamiento.

3.3 LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

3.3.1 Sustitución de la Pena de Prisión. Condiciones de Procedencia.

El artículo 84 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal¹⁴⁵ dispone lo siguiente:

Artículo 84. (Sustitución de la prisión). El juez, considerando lo dispuesto en el artículo 72 de este Código, podrá sustituir las penas de prisión, en los términos siguientes:

I. Por multa o trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad, cuando no exceda de tres años; y

II. Por tratamiento en libertad o semilibertad cuando no exceda de cinco años.

La equivalencia de la multa sustitutiva de la pena de prisión, será en razón de un día multa por un día de prisión, de acuerdo con las posibilidades económicas del sentenciado.

Por otro lado, el artículo 85 señala que también cabe sustituir la pena de multa por trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad, lo cual,

¹⁴⁵ Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, *op. cit.*

en relación con el artículo 39, puede ser de forma total o parcial y cada jornada de trabajo saldrá dos días multa.

Como podemos observar, el Nuevo Código permite la posibilidad de sustituir la prisión que no exceda de cinco años, lo cual es reflejo de las modernas corrientes que señalan que las alternativas a la prisión no sólo deben enfocarse a las penas cortas de prisión sino impregnarlas de una mayor amplitud con el afán de reducir a la prisión a los casos en que sea necesario.¹⁴⁶ En lo que respecta a las condiciones para su procedencia, éstos se encuentran establecidos en el artículo 86 que a continuación se transcribe y posteriormente haremos un comentario crítico.

Artículo 86. (Condiciones para la sustitución). La sustitución de la sanción privativa de libertad procederá, cuando se cubra la reparación del daño, pudiendo el juez fijar plazos para ello, de acuerdo a la situación económica del sentenciado.

La sustitución de la pena de prisión no podrá aplicarse por el juzgador, cuando se trate de un sujeto al que anteriormente se le hubiere condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio y cuando no proceda en términos de las leyes respectivas, tratándose de una transgresión en perjuicio de la hacienda pública.

Aunque este precepto inicialmente habla de sustitución de pena privativa de libertad, es claro que la intención es referirse a la pena de prisión si lo analizamos conjuntamente con lo dispuesto en su segundo párrafo y con el artículo 84, por lo que considero hay un error de redacción, pues no solo la prisión está prevista como pena privativa de libertad, donde también cabe ubicar a la semilibertad. Por otro lado, de esta disposición se desprende que son dos las

¹⁴⁶ Cfr. JAÉN VALLEJO, Manuel, *Sistema de Consecuencias Jurídicas del Delito, Nuevas Perspectivas*, 1ª Edición, UNAM, México, 2002, pp. 36-37 y LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *op. cit.*, pp. 79-80.

condiciones generales para que proceda la sustitución de la prisión que son, por un lado, cubrir la reparación del daño y, por otro, que no se trate de un sujeto al que anteriormente se le hubiere condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio.

a) Cubrir la Reparación del Daño. Comentario.

Por lo que hace a la exigencia de cubrir la reparación del daño, considero pertinente la medida pues si bien es cierto que, como afirma Sanz Mulas, “el delito, al fin y al cabo, constituye un acto que ante todo y sobre todo afecta el orden social”,¹⁴⁷ no podemos hacer menos el daño sufrido por la víctima u ofendido, pues como bien señala García Ramírez, en el ámbito penal “se requiere de soluciones equilibradas y equilibradoras de los intereses y pretensiones en juego. Estas se vinculan con los sujetos de la contienda penal: inculpado, ofendido, sociedad, Estado.”¹⁴⁸

En efecto, no podemos abocarnos únicamente a la persona del condenado y en la sociedad al establecer la posibilidad de que se sustituya la prisión y hacer menos los derechos de la víctima u ofendido, “de ahí, asimismo, que la conversión entrañe alguna exigencia a propósito de los derechos del ofendido, que no deben quedar insatisfechos.”¹⁴⁹

Por otra parte, respecto al problema que podría causar el que la insolvencia para poder satisfacer la reparación del daño eliminara de tajo la posibilidad de que la prisión fuese sustituida, provocando situaciones de desigualdad, nuevamente aparece como acertada la medida tomada en el Nuevo Código Penal, pues existe la posibilidad de que el juez pueda fijar plazos para que sea cubierto, tomando en cuenta la situación económica del sentenciado pudiendo, además, exigir garantía si lo considera pertinente (artículo 48 primer

¹⁴⁷ SANZ MULAS, Nieves, *op. cit.*, p. 468.

¹⁴⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *op. cit.*, p. 40

¹⁴⁹ *Idem.*

párrafo), por lo que es dable el afirmar que “no se descuida el resarcimiento del daño privado que causó el delito, ni se impide, por la falta de capacidad de pago inmediato, la conversión (sustitución).”¹⁵⁰

b) Que el sujeto no haya sido condenado anteriormente en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio.

En forma concreta, a lo que se refiere el legislador con esta condición es que no procede sustituir la pena a quien sea reincidente por delito doloso que se persiga de oficio. A este respecto, como señala Ángel de Sola, los criterios preventivo especiales “llaman también a plantear la conveniencia de prescindir de la prisión o acortar su duración, cuando no resulta indispensable en el caso concreto.”¹⁵¹ En efecto, son los aspectos preventivo especiales, aunado a otros factores como la proporcionalidad, los que determinan en cada caso concreto cuándo es conveniente sustituir o no la pena de prisión y un indicador de ello puede ser precisamente la reincidencia tanto para la necesidad de un tratamiento como la posibilidad de cometer futuras conductas delictivas, sin embargo, tal y como el precepto en comento lo plantea, desde mi punto de vista, no sólo es ineficaz para poder indicar los aspectos que hemos mencionado, sino que también provoca que la aplicación de los sustitutivos se vea un tanto obstaculizada, pues con esta redacción, no interesa si la condena anterior fue por delito de la misma o similar índole que el actual, lo cual evidenciaría para efectos preventivos especiales la posibilidad de cometer futuras conductas delictivas.

Pero además, no interesa que tan antigua pueda ser esa condena anterior, y a este respecto, tampoco se puede concebir que los efectos de una sentencia penal persigan de forma indefinida al sujeto sobre el que recayó la condena, lo que indudablemente “implica que aquél que lo fue alguna vez sufra

¹⁵⁰ *Ibid.* p. 46.

¹⁵¹ DE SOLA DUEÑAS, Ángel, GARCÍA ARÁN, Mercedes y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Alternativas a la Prisión, Penas Sustitutivas y Sometimiento a Prueba*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986, p. 27.

una capitis diminutio que no podrá borrar jamás, lo cual se traduce en una verdadera clasificación de las personas.”¹⁵²

Por lo anterior, con toda razón asegura Rodríguez Manzanera que “es necesario revisar el concepto de reincidencia para el otorgamiento de este beneficio.”¹⁵³ Es por esto que surge la necesidad de establecer un régimen de reincidencia en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, pero es una figura que debe ser estudiada con cuidado, por lo cual, se dedica un capítulo para su análisis y con esas bases poder realizar una propuesta al final de este trabajo; lo que si podemos concluir en este inciso es que con la actual redacción se obstaculiza de forma un tanto relevante la procedencia de la sustitución de la pena de prisión. Empero, lo que tiene a su favor esta redacción es que solo se considere una condena anterior respecto a delitos dolosos o intencionales pues, como veremos en el capítulo siguiente, solo respecto a esta forma de realización se puede hablar de reincidencia.

En cuanto a la revocación de la sustitución ante el incumplimiento de las condiciones impuestas, no siempre será de forma inmediata pues hay la posibilidad de que se aperciba de hacer efectiva la pena sustituida si se vuelve a incumplir. También procederá la revocación si al sentenciado se le condena en otro proceso por delito doloso grave; si no reúne ésta característica, el juez decidirá si hace efectiva o no la pena sustituida (artículo 87 fracciones I y II).

3.3.2 Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena. Requisitos de Procedencia y Condiciones a Cumplir.

Como hemos mencionado, el Nuevo Código Penal adopta el modelo de suspensión condicional supervisada, lo que implica necesariamente que el sentenciado se sujete y cumpla determinadas condiciones que la propia ley señala

¹⁵² SANZ MULAS, Nieves, *op. cit.*, p. 467.

¹⁵³ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *La Crisis Penitenciaria...*, *op. cit.*, p. 137.

y que son necesarias para su otorgamiento. Esas condiciones serán impuestas por el órgano jurisdiccional quedando bajo cuidado y vigilancia de la Dirección de Ejecución de Sanciones Penales (artículo 32 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales).¹⁵⁴ Por así considerarlo conveniente, primero se hará referencia a las condiciones a cumplir y posteriormente a los requisitos de procedencia.

a) Condiciones a Cumplir. Comentario.

*Artículo 90. Para gozar del beneficio anterior –estamos hablando de suspensión condicional- a que se refiere el artículo anterior, el sentenciado deberá.*¹⁵⁵

I. Otorgar la garantía o sujetarse a las medidas que se fijen para asegurar su comparecencia ante la autoridad, cada vez que sea requerido por ésta;

II. Obligarse a residir en determinado lugar, del que no podrá ausentarse sin permiso de la autoridad que ejerza el cuidado y vigilancia;

III. Desempeñar una ocupación lícita;

IV. Abstenerse de causar molestias al ofendido o a sus familiares; y

V. Acreditar que se ha cubierto la reparación del daño, pudiendo el juez fijar plazos para ello, de acuerdo a la situación económica del sentenciado.

Podemos señalar que las primeras cuatro fracciones responden a la tendencia rehabilitadora del sentenciado sin necesidad de que entre en prisión, pues el objetivo de esta medida es, fundamentalmente “el de evitar en lo posible la reincidencia en el delito, sin que para ello sea necesario ejecutar una pena de prisión, la “prueba” habrá de estructurarse orientándola a esa meta preferente, de acuerdo con las características del caso concreto.”¹⁵⁶ Puede ser cuestionable el que estas medidas sean suficientes o no, o que sean las adecuadas para la

¹⁵⁴ *Ley de Ejecución de Sanciones Penales*, 15ª Edición, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2006.

¹⁵⁵ *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, op. cit.

¹⁵⁶ SANZ MULAS, Nieves, op. cit., p. 470.

consecución de tal fin, sin embargo, eso ya será objeto de un estudio más profundo que de dichas medidas y de la suspensión condicional se realice concreta y más profundamente.

Por lo que hace a la fracción V, es decir, acreditar que se ha cubierto la reparación del daño, participa de la misma crítica que cuando hablamos de la sustitución de la pena de prisión, pues indudablemente que en la actualidad no sólo debemos ver hacia la restauración del orden social, sino también hacia los derechos de la víctima u ofendido que en el Derecho Penal actual no se pueden hacer a un lado. Por todo esto, García Ramírez afirma que para el otorgamiento de cualquier medida alternativa a la prisión “es preciso ponderar equilibradamente el beneficio del inculcado, el respeto a los derechos del ofendido y la defensa de la sociedad”,¹⁵⁷ o más bien dicho, la restauración del orden social.

b) Requisitos de Procedencia. Consideraciones Críticas.

El artículo 89 establece los requisitos de procedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por lo que enseguida se transcribe:

Artículo 89. (Requisitos de procedencia de la suspensión). El juez o el Tribunal, en su caso, al dictar sentencia condenatoria, suspenderá motivadamente la ejecución de las penas, a petición de parte o de oficio, si concurren los requisitos siguientes:

I. Que la duración de la pena impuesta no exceda de cinco años de prisión.

II. Que en atención a las condiciones personales del sujeto, no haya necesidad de sustituir las penas, en función del fin para el que fueron impuestas; y

¹⁵⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *op. cit.*, p. 47.

III. Que el sentenciado cuente con antecedentes personales positivos y un modo honesto de vida. El juez considerará además la naturaleza, modalidades y móviles del delito.

Por lo que se refiere a que la duración de la pena impuesta no exceda de cinco años, como hemos visto ya, es un gran paso que se da en este ordenamiento penal pues es plausible la ampliación de la duración de la pena a suspender a esa cantidad de años.

En lo que respecta a la fracción II, es indudable que la individualización de la pena es de relevante importancia, pues no solo determina el quantum de la pena a imponer en un primer momento sino que, en un segundo, con base en las circunstancias exteriores del hecho y las características peculiares del delincuente, debe determinar si hay necesidad de sustituir o es mejor optar por la suspensión, pues como vimos a lo largo de este capítulo, la suspensión condicional se encuentra en un punto intermedio entre la no intervención y la sustitución, pues mientras en la suspensión hay una renuncia condicionada respecto a la ejecución de la prisión, en la sustitución se opta por cambiar la calidad de pena y, por lo tanto, la ejecución de ésta última debe llevarse a cabo.

Por último y lo que se considera el punto más crítico, es el requisito establecido en la fracción III, o sea, que el sentenciado cuente con antecedentes personales positivos y un modo honesto de vida. Esta redacción, a mi modo de ver, más que un requisito que tenga que ver con criterios preventivos, se asemeja más a un criterio de la llamada culpabilidad de autor, además de que en ningún momento define qué debe entenderse por antecedentes personales positivos, lo que permite un juzgamiento de cualquier aspecto y de cualquier momento de la vida del sentenciado y una apreciación altamente subjetiva por parte de los jueces, lo que se podría equiparar a la llamada culpabilidad por la conducción de la vida, o bien, que por la existencia de una condena anterior también llegue a considerarse que un sujeto, por ese hecho, no cuenta con antecedentes personales positivos, lo

cual aparece, a todas luces, incorrecto, pues provoca diversidad de criterios en las autoridades jurisdiccionales. Todo esto se dice pese a que recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció un criterio jurisprudencial (tesis 140/2005) en el que determina que un antecedente penal no necesariamente evidencia una mala conducta por parte del condenado; aquí se transcribe.

CONDENA CONDICIONAL. LOS ANTECEDENTES PENALES NO SON NECESARIAMENTE SUFICIENTES PARA ACREDITAR QUE EL SENTENCIADO NO HA EVIDENCIADO BUENA CONDUCTA ANTES DEL HECHO PUNIBLE Y, POR TANTO, PARA NEGAR EL OTORGAMIENTO DE AQUEL BENEFICIO. De la interpretación sistemática y armónica del artículo 90, fracción I, inciso b), del Código Penal Federal, se concluye que los antecedentes penales no necesariamente deben calificarse como un dato incontrovertible que denota que el sentenciado no ha evidenciado buena conducta anterior al hecho punible y, por tanto, negarle el beneficio de la condena condicional con base en ellos. Por lo tanto, es potestad del juzgador valorar las constancias que obren en la causa penal para determinar razonablemente si existe a favor del sentenciado la presunción de que no volverá a delinquir, y estar en posibilidad de concederle tal beneficio, sin que este criterio tenga como propósito establecer una regla de validez universal para que sea aplicada mecánicamente por los juzgadores, sino que tiene por objeto que sean precisamente éstos quienes a partir del conocimiento directo e inmediato de las circunstancias del hecho y de las características del sentenciado, en ejercicio del arbitrio judicial con que cuentan -ya que la condena condicional constituye un beneficio y no un derecho para el sentenciado y una facultad y no una obligación para el juzgador- estén en posibilidad de ponderar las circunstancias y los medios de prueba relativos para determinar el otorgamiento o no del beneficio de la condena condicional.¹⁵⁸

Como bien puede observarse, la jurisprudencia se refiere al requisito de buena conducta que se establece en el Código Penal Federal respecto de la suspensión condicional, sin embargo, aún y cuando puede tener también aplicación al requisito en comento del Nuevo Código, desde mi punto de vista no mejora el actual funcionamiento de tal institución, además de que de la lectura de la ejecutoria de donde deriva esta tesis, para la Corte hay conductas que puede

¹⁵⁸ IUS 2005, *op. cit.*

realizar el sujeto que si bien no han sido sancionadas penalmente, pueden revelar una proclividad al delito, lo que de alguna manera refuerza nuestra crítica pues no solo se toma en cuenta las conductas que han tenido relevancia jurídico-penal, sino cualquier otro aspecto de la vida de la persona. De todo esto podemos afirmar que esta tesis de jurisprudencia no mejora en nada la actual regulación del requisito que nos ocupa así como tampoco de un mayor margen de aplicación a la suspensión condicional.

En lo referente al modo honesto de vida, de igual manera, en ningún momento la ley señala qué debe entenderse por tal término, dependiendo de cada persona qué quiera considerar honesto y que es lo deshonesto, lo cual conllevaría a decisiones influenciadas por prejuicios y aspectos morales que son inherentes a las personas y, por tanto, a los jueces, lo que se apartaría del principio de legalidad.¹⁵⁹

El artículo 91 señala que la suspensión comprenderá la prisión y la multa y, en cuanto a las demás sanciones impuestas, deja a consideración de la autoridad judicial resolver según las circunstancias del caso. Este mismo precepto señala que la suspensión tendrá una duración igual al de la pena sustituida; una vez transcurrida ésta, la pena se tendrá por extinguida, siempre que durante ese lapso, el sentenciado no de lugar a nuevo proceso que concluya con sentencia condenatoria, caso en el cual, el juez determinará, tomando en cuenta las circunstancias y gravedad del delito, si aplica o no la pena suspendida. Para el caso de que el condenado incumpla alguna de las condiciones impuestas, el juez podrá hacer efectiva la pena o apercibirlo de que lo hará si vuelve a faltar, lo cual responde, evidentemente, a criterios preventivos generales, pero que, ante ello, no de forma automática se hace efectiva la pena, sino que cabe la posibilidad de un apercibimiento anterior, si así lo considera pertinente la autoridad judicial.

¹⁵⁹ Cfr. ROBLEDO RAMÍREZ, Jorge, *Concepto y Principios para la Aplicación de los Sustitutivos Penales. Estudio de su Regulación en España y México*, Editoriales de Derecho Reunidos, Madrid, 1996, pp. 322-326

CAPÍTULO IV. REINCIDENCIA

4.1 CONCEPTO (CONSIDERACIONES GENERALES).

El término *reincidencia* significa *recaída, reiteración*;¹⁶⁰ en el ámbito penal sería recaída o reiteración de conductas delictivas, sin embargo, este desglose no es suficiente para que en Derecho Penal se pueda hablar de reincidencia, más aún si hay otras figuras que también consisten en la reiteración de conductas delictivas como lo es el concurso de delitos.¹⁶¹ Lo que deba entenderse por reincidencia depende de cada ley sustantiva en la que se puede proporcionar su propia definición legal como derivación de los elementos que incluyan o los efectos de la figura misma, es decir, de los efectos y alcances que otorguen a la reincidencia. Así, en forma general, Amuchategui Requena señala que la reincidencia “se presenta cuando un sujeto delinque por segunda vez, siempre que haya sido sentenciado por el primer delito”¹⁶², sin embargo, no basta que el sujeto haya sido sentenciado, sino que esa sentencia debe ser condenatoria y haber causado estado para que válidamente se pueda hablar de condena anterior.

Es por lo anterior que sólo hasta la realización de la propuesta en este trabajo estaremos en aptitud de precisar qué se considera reincidencia, los efectos y alcances que pueda tener dentro del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal; para ello, es necesario primero analizar determinados aspectos que tienen que ver con la figura de la reincidencia y que pueden servir de fundamento para la propuesta mencionada. Por otro lado, es preciso señalar que la mayoría de la bibliografía que será utilizada en este capítulo corresponde a autores extranjeros, la cual fue elaborada de acuerdo con la legislación aplicable en su

¹⁶⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal*, Voz Reincidencia 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1999, p. 882.

¹⁶¹ Cfr. LATAGLIATA, Ángel Rafael, *Contribución al Estudio de la Reincidencia*, Traducción de Carlos A. Tozzini, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 21.

¹⁶² AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda, *Derecho Penal, Cursos Primero y Segundo*, Editorial Harla, México, 1993, p. 101

país de origen, por lo que sólo acudiremos a ella en tanto sea compatible con lo señalado por el Nuevo Código y con lo efectos que de acuerdo con la propuesta final deba tener la reincidencia en este ordenamiento penal.¹⁶³

Una vez aclarado lo anterior, iniciaremos este capítulo con una clasificación de la reincidencia de acuerdo con diversos autores pues de ello podemos ir desprendiendo los posibles alcances de esta figura; posteriormente revisaremos las teorías que se han planteado como fundamento de la reincidencia así como las diversas objeciones que se han desarrollado en su contra pues considero que este tema debe ser manejado con cuidado pues de nuestro orden constitucional se desprenden principios y garantías que pueden verse vulnerados con la previsión de determinados efectos de la reincidencia en los ordenamientos penales, lo cual procuraremos no realizar al formular nuestra propuesta.

4.2 CLASIFICACIÓN.

Como en todos los casos que se propone una clasificación, tratándose de la reincidencia también existen variadas formas de realizarla acorde con los autores que han abordado el tema, empero, varios de ellos coinciden en las especies que a continuación vamos a enumerar.

Reincidencia General y Específica. Se habla de reincidencia general cuando un sujeto delinque por segunda vez, pero el segundo delito cometido corresponde a una naturaleza distinta de la del primero por el cual fue condenado. Así, a manera de ejemplo, la primer condena fue por delito contra el patrimonio y el segundo contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual. A este tipo de reincidencia también se le conoce como reincidencia *impropia*. Por el contrario, habrá reincidencia específica o también llamada *propia*, cuando la primer y segunda condena correspondan por delito de la misma o análoga naturaleza, por

¹⁶³ Cfr. MIR PUIG, Santiago, *La Reincidencia en el Código Penal*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1974, p. 431.

ejemplo, cuando ambas condenas correspondan por la comisión de delitos contra el patrimonio.¹⁶⁴

Reincidencia Real y Ficta. Estaremos ante una reincidencia real, cuando el sujeto vuelve a cometer una nueva conducta delictiva después de haber cumplido totalmente la pena impuesta por el primer delito. En cambio, se llama reincidencia ficta cuando el sujeto comete una nueva conducta típica, antijurídica y culpable sin haber cumplido efectivamente la pena impuesta en la condena anterior, como sucede, por ejemplo, en el caso de que en la condena pretérita la pena haya quedado en suspenso.¹⁶⁵

Reincidencia Simple y Agravada. Habrá reincidencia agravada si dentro de sus efectos se encuentra el de ser una agravante directa de la pena que corresponda por la comisión de un delito. Será reincidencia simple cuando no se prevea en los ordenamientos penales como una agravante directa de la pena, independientemente de que sea revestida con otro tipo de efectos.¹⁶⁶

4.3 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA REINCIDENCIA.

Son diversas las teorías que se han formulado para fundamentar la reincidencia, especialmente sus efectos agravantes y el que constituya un criterio a tomar en cuenta en la individualización de la pena. Del desarrollo de éstas esperamos encontrar lo que más ayude para sostener la propuesta que será realizada al final de este estudio. Cabe aclarar que la siguiente enumeración no es limitativa, nos concretamos a ella pues de alguna manera resumen los numerosos planteamientos que se han desarrollado por varios estudiosos del derecho penal.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Cfr. AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda, *op. cit.*, p. 101.

¹⁶⁵ Cfr. GARCÍA, Luis M., *Reincidencia y Punibilidad. Aspectos Constitucionales y Dogmática Penal desde la Teoría de la Pena*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 135.

¹⁶⁶ Cfr. ARTOLA, Luis Juan y Hugo López Carribero, *La Reincidencia, Aspecto Teórico y Práctico del Instituto*, DIN Editora, Buenos Aires, 2000, p. 36.

¹⁶⁷ Un completo desarrollo del tema en MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, pp. 427 y ss.

De este modo tenemos que la mayoría de las teorías que a continuación analizaremos tienden a fundamentar a la reincidencia como una agravante de la pena o bien como un aspecto propio de la individualización judicial en lo que se refiere a la determinación del quantum de la pena. Dentro de ellos encontramos lo siguientes:¹⁶⁸

- a) Insuficiencia Relativa de la Pena Ordinaria.
- b) Mayor Necesidad de Prevención Especial.
- c) Mayor Grado de Culpabilidad del Agente.
- d) Mayor Contenido de Injusto.

4.3.1 Insuficiencia Relativa de la Pena Ordinaria.

Esta teoría formulada por Carrara, encuentra su base en que la ley presume que la conminación o amenaza de la pena ordinaria es suficiente para que la colectividad se abstenga de delinquir pero, si alguien comete un delito, la experiencia de la ejecución de esa pena ordinaria es suficiente para evitar futuras conductas delictivas, esto es, prevención especial, empero, la reincidencia demuestra que esta presunción ha perdido toda validez en el reincidente y, por tanto, es inútil imponerle la pena ordinaria en la medida en que con su recaída demuestra en el la insuficiencia relativa de ésta, es decir, con la imposición de aquella no se evitó la comisión del actual delito por lo que de imponerse la misma pena no se evitaría ulteriores recaídas.¹⁶⁹

Sin embargo, además de que para que se considere a esta formulación como válida se tendría que llevar a cabo el total cumplimiento de la pena y otorgar de manera real las condiciones para la readaptación social, pues sólo así se evidenciaría la insuficiencia de la misma, la agravación de la pena con

¹⁶⁸ Cfr. TENCA, Adrián Marcelo, *Causas del Delito y Teoría de la Pena*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 248.

¹⁶⁹ Vid. Prólogo de Renén Quirós Pérez en KARAYEV, T. E., *La Reincidencia en el Delito*, Traducción de René Gómez Manzano, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1982, p. XII.

base en esta teoría encuentra su sustento en aspectos meramente preventivos dejando a un lado el criterio de culpabilidad por el hecho.

4.3.2 Mayor Necesidad de Prevención Especial.

Esta teoría tiene gran similitud con la anterior pues funda la agravación de la pena en una insuficiencia del tratamiento penitenciario recibido en el cumplimiento de la pena impuesta con anterioridad, por lo que es necesario que, ante la comisión de un segundo delito, la sanción sea mayor para estar en posibilidad de aplicar un mejor tratamiento. Sin embargo, esta mayor necesidad de prevención especial sólo se basa en meras presunciones pues no hay un dato real que haga aparecer como efectiva dicha necesidad pues opera de manera automática cuando se cumplan los elementos que la ley precisa para su configuración, por lo que al no haber un indicador real de esa insuficiencia de la pena anterior a efectos del tratamiento “es obvio que no tiene en miras –al menos directamente- mejorar la prevención especial, sino que probablemente persigue formular un reproche mayor o una mayor prevención general”.¹⁷⁰

4.3.3 Mayor Culpabilidad del Reincidente.

Esta teoría fundamenta los efectos de la reincidencia en la afirmación de que el autor ha mostrado una mayor culpabilidad al cometer el segundo ilícito por lo que corresponde formularle un mayor reproche y, por ende, que se le imponga una condena de mayores efectos que la anterior.

Un reincidente muestra una mayor culpabilidad pues, pese a que ya ha soportado una pena, al momento en que comete un nuevo delito refleja una insensibilidad por la pena que le fue impuesta anteriormente con lo que se demuestra un desprecio a los bienes jurídicos protegidos por la norma penal a través del desprecio del significado de la condena anterior, es decir, “la mayor

¹⁷⁰ GARCÍA, Luis M., *op. cit.*, p. 106.

culpabilidad que funda el mayor reproche radica en que el sujeto conoce la amenaza penal mejor que otro que nunca la ha sufrido”.¹⁷¹ En otras palabras, existe mayor culpabilidad del sujeto que ya ha sido condenado por la comisión de un delito y por lo tanto muestra un desprecio por la amenaza penal lo que refleja su mayor voluntad de no ajustarse a la norma penal que quien no ha sufrido condena alguna y, en tanto hay mayor culpabilidad, mayor será también la intensidad de la sanción.

Empero, esta teoría parte de la idea de que hay un mayor desprecio por ajustarse a lo ordenado por la norma penal, sin embargo, habría que preguntarse si el que una persona después de haber sido condenada vuelve a recaer en el delito lo que refleja más bien es una menor capacidad de ajustarse a la norma y, por consiguiente, una menor culpabilidad en tanto que esta no lo motiva, dicho en otras palabras, hay una disminución en la capacidad de inhibición y, por ende una menor culpabilidad lo que conllevaría a que se le imponga una pena atenuada.¹⁷²

4.3.4 Mayor Contenido de Injusto.

Para esta teoría, la reincidencia eleva el grado de injusto o gravedad del hecho en virtud de que se provoca una mayor alarma social con la nueva conducta delictiva de alguien que anteriormente ya ha sido condenado por ser responsable de la comisión de un delito, ya que el nuevo “hace que la imagen general del derecho como medio proveedor de seguridad jurídica quede harto maltrecha, lo que resiente la seguridad de la coexistencia en mayor medida que la conducta delictiva primaria, pese a que la afectación objetiva sea idéntica en ambos casos”,¹⁷³ esto es, la capacidad del orden jurídico de reestablecerse ante la comisión de una conducta delictiva por parte de un reincidente se pone en entredicho pues la colectividad se percata de que la pena no sirve para frenar a

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 108.

¹⁷² Cfr. MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, p. 540.

¹⁷³ GARCÍA, Luis M., *op. cit.*, p. 115.

los delincuentes en la realización de futuras conductas delictivas, lo que deriva en que la gravedad del hecho sería mayor y, por tanto, corresponde una pena mayor que la que correspondería a un delincuente primario.

Sin embargo, esta teoría presenta varias inconsistencias las cuales se pueden reducir en que se basa en meras presunciones o en aspectos puramente accidentales pues el mayor contenido de injusto estaría condicionado a que la comunidad tuviera real conocimiento de que el delito en cuestión ha sido cometido por alguien que ya ha sido condenado anteriormente, en otras palabras, en saber que el sujeto que comete el delito es un reincidente, pues de otro modo, no puede asegurarse que la alarma social es mayor que la que se causa con la conducta delictiva primaria.

De este modo, los efectos de la reincidencia que serían generales y abstractos no pueden hallar su sustento en aspectos accidentales o en presunciones, como precisamente lo es que el delito cometido por un reincidente provoque una mayor alarma social.

4.4 OBJECIONES AL RÉGIMEN DE REINCIDENCIA.

A pesar de que existen, como ya vimos, diversas teorías que han tratado de sustentar los efectos de la reincidencia, esencialmente como agravante y como aspecto relevante en la individualización de la pena.¹⁷⁴ Sin embargo, en un Estado Social y Democrático de Derecho hay principios propios de este sistema que pueden verse vulnerados con tales efectos derivados de la reincidencia. Son tres las principales objeciones que se levantan contra el régimen de reincidencia los cuales son:

- a) Violación al principio Non bis in idem.
- b) Incompatibilidad con el Criterio de Culpabilidad por el Hecho.

¹⁷⁴ Vid. KARAYEV, T.E , *op. cit.*, p. IX-X.

c) Violación al Principio de Igualdad.

4.4.1 Reincidencia y Non bis in idem.

Una primera objeción a la previsión de la reincidencia lo constituye el que sus efectos principales implican una violación al principio non bis in idem que en nuestra Carta Magna se encuentra establecido en el artículo 23 el cual señala que *Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene.*¹⁷⁵ Este principio es recogido por el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal pues en su artículo 122 primer párrafo señala que *Nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene.*¹⁷⁶

Al respecto se señala que los efectos de la reincidencia se encuentran en evidente contradicción con el principio citado pues al considerar la posibilidad de que la existencia de una condena anterior pudiera tomarse en cuenta para la determinación del quantum de la pena o la de agravar directamente la misma implicaría volver a realizar un juicio valorativo sobre hechos realizados por el mismo sujeto pero que ya han sido materia de un proceso y sentencia anteriores, por ello es que se cuestiona a la reincidencia en tanto la mayor gravedad de la pena correspondiente al segundo delito obedece a la realización de un anterior delito que ya fue juzgado en definitiva.

De este modo, un régimen de reincidencia en que se prevea la posibilidad de afectar la determinación del quantum de la pena correspondiente al nuevo delito o agravar dicha pena conllevaría a realizar un nuevo juicio de valor con respecto a conductas delictivas anteriores del sujeto y que directamente se verían reflejadas en la pena a imponer, por lo que bien podemos afirmar que efectivamente se atenta contra el principio en comento.

¹⁷⁵ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, op. cit.*

¹⁷⁶ *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, op. cit.*

A mi parecer, ninguna de las teorías analizadas anteriormente que tratan de fundamentar los efectos de la reincidencia que hemos citado, salvan el obstáculo que representa el principio *non bis in idem*, especialmente en lo que se refiere a su consideración en la individualización judicial o como agravante de la pena que corresponda.

4.4.2 Reincidencia y Culpabilidad por el Hecho.

Como ya hemos precisado, el criterio de individualización judicial de la pena en un Estado que se atribuya ser Social y Democrático de Derecho debe ser el de culpabilidad por el hecho o por el acto, en donde la determinación del quantum o cantidad de la pena a imponer al responsable de una conducta delictiva debe responder únicamente a la culpabilidad mostrada en esa conducta en concreto y no deben entrar en juego aspectos alejados de ella como lo podría ser el juzgar el cómo cada sujeto decide llevar su vida.

En efecto, si aceptáramos que el régimen de reincidencia tenga efectos de agravar la pena o de ser considerada para llevar a cabo la individualización judicial, en lo que se refiere a la determinación del quantum de la pena, estaríamos aceptando también la aplicación de uno de los criterios del llamado derecho penal de autor, esto es, la culpabilidad por la conducción de la vida y realizar una valoración no solo del grado de injusto y de la culpabilidad mostrada por el sujeto en el hecho concreto sino también de su conducta anterior a la comisión de la conducta delictiva pues “las agravantes de la pena aplicada a un sujeto declarado reincidente tiene como fundamento las acciones ilícitas realizadas con anterioridad”¹⁷⁷, en otras palabras, “la agravación de la pena por reincidencia es un castigo dirigido a una personalidad en lugar de a una conducta concreta.”¹⁷⁸ Por tanto, si realmente se adopta una culpabilidad por el hecho no tiene cabida el considerar este efecto de la reincidencia.

¹⁷⁷ ARTOLA, Luis Juan y Hugo López Carribero, *op. cit.*, p. 41.

¹⁷⁸ GARCÍA, Luis M., *op. cit.*, p. 122.

Por ello, es criticable la posición que adopta nuestro Código Penal Federal pues si bien es cierto que con las reformas de 1994 se alejó del criterio de peligrosidad para la individualización de la pena para adoptar el de culpabilidad por el hecho, aún quedan reminiscencias de aquel pues en el artículo 65 establece que para la individualización judicial se deberá tomar en cuenta la reincidencia a que hace referencia el artículo 20 y que, no solo es contradictorio con la culpabilidad por el hecho sino también lo es con el principio *non bis in idem*,¹⁷⁹ como también lo es el criterio (tesis 76/2001) que la Suprema Corte de Justicia estableció al respecto.

CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO, DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO, EN TÉRMINOS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 52 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, DE 10 DE ENERO DE 1994. Del proceso legislativo de la referida reforma se advierte que tuvo como finalidad abandonar el criterio de la peligrosidad como el eje fundamental sobre el que debía girar la individualización de la pena, para adoptar la figura del reproche de culpabilidad. Al respecto, los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal vigentes a la fecha, establecen un esquema de individualización de la pena que es una especie de combinación de dos sistemas, el de culpabilidad de acto como núcleo del esquema, y el de culpabilidad de autor como una suerte de cauce hacia una política criminal adecuada. El numeral 52 indica que al imponer la pena respectiva debe atenderse al grado de culpabilidad del agente, en tanto que el artículo 51 dice que deben tenerse en cuenta las circunstancias peculiares del propio sujeto activo, entre las que destaca, en términos del artículo 65 del mismo cuerpo de leyes, la reincidencia. Por otra parte, la fracción VIII del propio artículo 52 señala que debe atenderse a las condiciones propias del sujeto activo, que sirvan para determinar la posibilidad que tuvo el mismo de haber ajustado su conducta a lo previsto en la norma. Todas estas reglas tienen como finalidad específica servir de medio por virtud del cual el derecho penal proporcione la seguridad jurídica a que aspira, teniendo para ello como objetivo la prevención de conductas delictivas, al ser una de las formas que asegura la convivencia de las personas en sociedad, y así cumplir con la prevención especial a que alude el numeral 51 del ordenamiento legal citado, que deriva de la aplicación de la pena a un caso concreto para evitar la posterior comisión de delitos por

¹⁷⁹ *Vid.* LATAGLIATA, Ángel Rafael, *op. cit.*, pp. 29-30.

parte del sentenciado. Por tanto, si bien las alusiones a la culpabilidad deben ser entendidas en la forma de una culpabilidad de acto o de hecho individual, en esas referencias necesariamente deben encontrarse aspectos claramente reveladores de la personalidad del sujeto, ya que es incuestionable que la personalidad desempeña un papel importante en la cuantificación de la culpabilidad, toda vez que es uno de los datos que nos indican el ámbito de autodeterminación del autor, necesario para apreciar el por qué adoptó una resolución de voluntad antijurídica pudiendo adoptar una diferente. En ese orden de ideas, es claro que el juzgador al determinar el grado de culpabilidad del acusado, debe tomar en cuenta sus antecedentes penales, para así estar en posibilidad de verificar si la prevención especial consagrada en el artículo 51 ha funcionado o no.¹⁸⁰

4.4.3 Reincidencia y Principio de Igualdad.

La posibilidad de que al reincidente se le agrave la sanción por el delito cometido en comparación con el que no lo es puede ser considerado como un acto discriminatorio pese a que las conductas pueden ser de similar gravedad; de igual forma lo sería el tomarlo en cuenta para individualizar la pena pues conllevaría a un mayor juicio de disvalor que del que no lo es.

Por otra parte, también se ha señalado que es de igual forma un trato discriminatorio el que se niegue la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la sustitución de la misma a los reincidentes, sin embargo, considero que este efecto en particular tiene otros matices por lo que no comparto esta postura.

Es por ello que en el siguiente punto de este capítulo se abordará lo referente a un efecto de la reincidencia que poco se ha analizado tanto en las teorías que la fundamentan como en las objeciones en contra del régimen y que es, precisamente, el que la establece como requisito de procedencia tanto de la suspensión condicional como de la sustitución de la prisión ya que ésta será de relevante importancia para la fundamentación de la propuesta a realizar en este trabajo.

¹⁸⁰ *IUS 2005, op cit.*

4.5 REINCIDENCIA, SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN.

Antes de hacer referencia a este tema que para el desarrollo de este trabajo es de gran relevancia, cabe hacer la aclaración de que la bibliografía consultada para este capítulo, además de que, como ya se dijo, corresponde en su mayoría a autores extranjeros, se enfocan, primordialmente, en tratar sobre los fundamentos del efecto agravante de la reincidencia o bien de su inclusión como aspecto inserto en la individualización judicial de la pena. Es por esto que aquí se tratará de plasmar una consideración propia y que pretenda sustentar la pertinencia de la reincidencia como factor para determinar la procedencia de las medidas alternativas a la prisión que se dan en la etapa judicial como lo son la suspensión condicional y la sustitución de la pena de prisión. Hecho este comentario, entremos de lleno al punto que nos concierne.

4.5.1 La Reincidencia como Factor para la Procedencia de la Suspensión Condicional y de la Sustitución de la Pena de Prisión.

Se ha dicho en otra parte de este trabajo que tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la sustitución de la prisión son medidas que tienden a evitar una innecesaria ejecución de la pena de prisión desde el punto de vista preventivo general y preventivo especial aunado a lo desproporcionado que resultaría la ejecución de una pena de tal intensidad en relación con la gravedad del hecho y las características peculiares del delincuente.

En efecto, la razón de ser de la suspensión condicional y la sustitución de la pena de prisión es la de constituirse en alternativas para evitar una innecesaria ejecución de tal pena tanto desde la perspectiva preventivo general como preventivo especial. De este modo tenemos que estas medidas se encuentran afectadas primordialmente por criterios preventivos y, por lo tanto, son estos mismos criterios los que se deben tomar en consideración al momento de

establecer los requisitos de procedencia de dichas medidas así como para la pertinencia entre una y otra pues, como ya mencionamos anteriormente, mientras en la suspensión condicional la ejecución de la prisión se deja en suspenso, en la sustitución la calidad de la pena es permutada y la ejecución de la pena sustituta debe llevarse a cabo, lo que constituye, precisamente, la diferencia esencial entre suspensión y sustitución.

Es por lo anterior que la reincidencia es una figura que puede aportar datos que complementen o hagan tangible esa necesidad preventiva de la ejecución de la pena de prisión y, por lo tanto, afectar la procedencia de medidas como la suspensión condicional y la sustitución de la pena cuya función, como se ha venido reiterando, es la de evitar la ejecución innecesaria para efectos preventivos de la pena de prisión en tanto ésta no debe ejecutarse “sin necesidad de prevención general o especial.”¹⁸¹

Ahora bien, por qué se dice que la reincidencia pudiera aportar datos objetivos y concretos de que la pena es necesaria en su ejecución para efectos preventivos. Como vimos en el primer capítulo de este trabajo, tanto la prevención general como la especial tiene como objetivo precisamente el evitar la comisión de conductas delictivas, pero es la prevención especial la que se enfoca más directamente a la finalidad de evitar la comisión de futuras conductas delictivas concretándose en la persona del delincuente y en la aplicación del tratamiento readaptador que tiende a perseguirse con la moderna concepción de los fines de la pena.

Y es precisamente en la posibilidad de cometer futuras conductas delictivas lo que permite la pertinencia de establecer la reincidencia como factor que determine la procedencia o no de la suspensión condicional y de la sustitución de la pena como un dato objetivo y concreto de que existe la posibilidad de que el condenado vuelva a delinquir y que, por tanto, la ejecución de la pena aparece

¹⁸¹ ROMÁN QUIROZ, Verónica, *op. cit.*, p. 250.

como necesaria tanto para efectos preventivo generales como especiales, sin embargo, para que ese dato sea efectivamente concreto y objetivo no basta con la sola recaída en el delito, sino que debe reunir otras características que en el siguiente punto serán señaladas.

Sin embargo, es necesario primero desligar este efecto de la reincidencia de los dos señalados con anterioridad que son, concretamente, la agravación de la pena y su influencia directa en la determinación del quantum de la pena.

En primer lugar, el que la reincidencia se prevea como requisito para la procedencia de la suspensión condicional y de la sustitución de la pena no constituye una agravación de ésta, pues nada tiene que ver con la imposición de una pena más severa a la prevista para cada tipo penal, es decir, el juez penal para entrar al estudio de la procedencia de la suspensión condicional o de la sustitución, necesariamente ya en un primer momento se debió establecer la plena responsabilidad penal del sentenciado en la comisión del delito que dio origen al proceso y, por tanto, la imposición de la pena correspondiente de acuerdo a la culpabilidad por el hecho y dentro de los límites mínimos y máximos establecidos en la ley sustantiva penal. Ese quantum o cantidad de pena impuesta en nada se verá afectada por la previsión del efecto de la reincidencia consistente en ser requisito para la procedencia de la suspensión condicional y la sustitución de la pena de prisión, en otras palabras, no agrava la pena impuesta ni en calidad ni en cantidad, únicamente tendrá el efecto de determinar mediante un dato objetivo la necesidad de ejecutarla o no o bien sustituir la calidad de la pena por una menos dramática desde la perspectiva de los criterios preventivos.

En segundo lugar, coherentemente con lo que hemos venido señalando, el efecto de la reincidencia en cuestión no influiría en la determinación del “cuanto” de la pena, esto es, no se establece como aspecto que pretenda afectar ni la gravedad del hecho ni la culpabilidad del agente con relación al

hecho cometido, en otras palabras, nada tiene que ver con una probable afectación de la culpabilidad por el hecho y, por ende, tampoco en la determinación del quantum o cantidad de la pena que corresponda imponer por la comisión de un delito, lo cual, como hemos visto, no se debe determinar con base en otros criterios que no sea el de culpabilidad por el hecho.

Ahora, si bien es cierto que puede afirmarse en primera instancia que la suspensión condicional y la sustitución corresponden a la fase de individualización judicial de la pena, debemos también precisar que corresponde a un segundo momento de esta fase, pues en el primero corresponde determinar el quantum de pena a imponer conforme a los límites que otorgue la punibilidad establecida y conforme al criterio de culpabilidad por el hecho y, solo en un segundo momento, reunidos los requisitos establecidos en la ley y utilizando su arbitrio, la autoridad judicial podrá optar o por la sustitución o por la suspensión condicional que son alternativas que responden a otros criterios distintos al de culpabilidad como lo son los preventivos generales y especiales.

4.5.2 La Reincidencia como Aspecto Preventivo Especial.

La necesidad preventiva de la ejecución de la pena de prisión puede ser complementada por datos objetivos que hagan aparecer como necesaria la ejecución de esta pena; se ha afirmado aquí que la reincidencia puede aportar ese dato objetivo y concreto de la conveniencia de ejecutar la prisión con el consecuente tratamiento rehabilitador en tanto puede evidenciar la posibilidad de cometer futuras conductas delictivas.

Pero cómo establecer la regulación del régimen de reincidencia que sea efectiva para este objetivo, esto es, para que no quede, como bien afirma González Zorrilla, “la más absoluta vaguedad y, por tanto, la más absoluta inseguridad”, es decir, que la procedencia o no de la suspensión condicional o de la sustitución de la prisión, más que responder a criterios preventivos, se

encuentre “basada muchas veces en prejuicios o estereotipos...al margen de cualquier parámetro fiable de seguridad del famoso juicio de pronóstico”,¹⁸² que es, precisamente, la posibilidad de la comisión de futuras conductas delictivas por parte del condenado.

Es por esto que la sola recaída en el delito no es suficiente para evidenciar esta circunstancia; entonces, cuál es la clase de reincidencia que si pueda proporcionarla de manera objetiva y concreta.

Dentro de esta tesitura, considero que sólo la reincidencia específica es capaz de tomarse en cuenta para obtener tal circunstancia, ello porque si una persona ya fue procesada y condenada por un delito y pese a ello, vuelve a cometer una nueva conducta típica, antijurídica y culpable de la misma naturaleza que el anterior, hay ahí una evidencia de la posibilidad de que esa persona cometa futuras conductas delictivas pues pese a la primer condena vuelve a cometer un delito de la misma índole o género que el anterior, por lo que, desde mi punto de vista, es una circunstancia que “aporta datos que complementan el principio de necesidad preventiva de pena” cuya ejecución pueda aparecer como “más adecuada para evitar que el condenado vuelva a delinquir.”¹⁸³

En este aspecto estaría la fundamentación de la reincidencia como requisito para la procedencia o no tanto de la suspensión condicional como de la sustitución de la pena y no en establecer que “la relevancia de la reincidencia está dada por el hecho de que el culpable, por el valor de su precedente experiencia judicial no es digno de ningún favor. Es este, en efecto, como ya se ha puesto de manifiesto, el sentido de las disposiciones de la ley penal que excluyen al reincidente del perdón judicial y de la suspensión condicional de la pena.”¹⁸⁴ No comparto esta última postura pues no se deben considerar a las alternativas a la prisión como meros actos de clemencia o de piedad, sino que aquellas también

¹⁸² CID MOLINÉ, José, LARRAURI PIJOAN, Elena, *et. al., op. cit.*, p. 74.

¹⁸³ ROBLEDO RAMÍREZ, Jorge, *op. cit.*, p. 325.

¹⁸⁴ LATAGLIATA, Ángel Rafael, *op. cit.*, p. 105.

tienen una razón de ser y un objetivo concreto que no es precisamente la indulgencia sino que tienen su fundamento en criterios preventivos útiles tanto para el reo como para la sociedad misma y que, por tanto, tienden a estar orientados hacia la realización de esas finalidades preventivas.

Por otra parte, este requisito referente a la reincidencia no solo encuentra tendencia a criterios preventivo especiales sino que también estaría dirigido a fines preventivo generales por lo que no deben aparecer como actos de clemencia que se otorgasen de forma automática, pues de ser así, como bien asienta Latagliata, “provocaría un sentido de viva desconfianza en la autoridad del Estado que se difunde en la opinión pública.”¹⁸⁵

4.5.3 Su Regulación en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

a) Artículo 86 Segundo Párrafo (Sustitución de la pena de prisión).

En primer término, la primera parte del segundo párrafo del artículo 86 señala que *La sustitución de la pena de prisión no podrá aplicarse por el juzgador, cuando se trate de un sujeto al que anteriormente se le hubiere condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio.*¹⁸⁶

Esta regulación corresponde a la que hemos denominado reincidencia general pues no importa que el delito por el cual se fue sentenciado sea de naturaleza distinta al actual lo que, de acuerdo con lo que hemos señalado, no es suficiente para evidenciar la posible comisión de futuras conductas delictivas; de este modo, si la condena anterior fue por robo y la actual por abuso sexual, pese a que la pena de prisión impuesta sea inferior a cinco años, no procede sustituirla por otro tipo de pena.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 110.

¹⁸⁶ *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, op. cit.*

Por lo que hace a que la condena anterior corresponda a delito doloso me parece acertado, sin embargo, nada dice respecto a la forma de realización del segundo delito por el cual se es condenado por lo que conforme a esta redacción hay la posibilidad de que aún siendo el segundo o actual delito realizado culposamente y sea sancionado con pena de prisión también no procede la sustitución. Al respecto, considero que para hablar propiamente de lo que es la recaída en el delito sólo puede considerarse la realización dolosa tanto en el anterior como en el actual, pues para que sea precisamente una recaída, debe haber voluntad para ello, es decir, el resultado del delito debe ser querido y aceptado.

En lo que se refiere a que la condena anterior sea por delito doloso que además se persiga de oficio, considero innecesario este requerimiento pues, por un lado, son realmente pocos los delitos perseguibles por querrela y, por otro, no veo en que pueda aportar tal requisito de procedibilidad al objetivo de la reincidencia como factor de procedencia de la sustitución de la pena. Pero aunado a esto, nada dice sobre el segundo delito que bien puede ser perseguible por querrela, pero si el anterior lo fue de oficio, tampoco procede la sustitución.

Por último, no se establece una temporalidad para que prescriban los efectos de la condena anterior (o dicho de otro modo, prescripción de la reincidencia), por lo que bien esa condena anterior pudo haber tenido lugar hace dos, cuatro, diez o quince años y de igual manera no procederá la sustitución.

b) Artículo 89 Fracción III (Suspensión condicional).

El artículo 89 referente a los requisitos de procedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena señala en su fracción III *Que el sentenciado cuente con antecedentes personales positivos y un modo honesto de*

*vida. El juez considerará además la naturaleza, modalidades y móviles del delito.*¹⁸⁷

Ya hemos criticado esta redacción cuando hablamos de la regulación en general de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en el Nuevo Código, y se señaló que con esta actual redacción se podría verdaderamente realizar un juicio de disvalor de la vida completa de una persona, de cualquier aspecto de la misma, aún de aquellos que no sean de relevancia jurídico-penal, o bien, que baste una condena anterior para considerar que un sujeto ya no cuenta con antecedentes personales positivos.

Por otro lado, complementando lo que hemos manifestado, resulta interesante lo que señala Robledo Ramírez respecto a la mención de “modo honesto de vida”, pues afirma que “esta exigencia constituye un aspecto moralizante, que no es necesario ni tolerable examinar para pronosticar si el condenado cometerá o no un nuevo delito. Se trata, pues, de un aspecto que no aporta nada al fin que se persigue con las sanciones sustitutivas y sí, por el contrario, su consideración por parte de los jueces y tribunales obstaculiza la imposición de dichas sanciones.”¹⁸⁸

Es por todo esto que se propone el establecimiento de un régimen de reincidencia con este único efecto, es decir, como una figura que pueda aportar datos objetivos y concretos para un mejor funcionamiento y eficacia tanto de la suspensión condicional como de la sustitución de la pena en tanto que éstas alternativas se ven afectadas de criterios preventivos, los cuales también deben servir para establecer su procedencia, los elementos que la configuran así como determinar en que tiempo dejará de tener relevancia la condena anterior para efectos de la reincidencia.

¹⁸⁷ *Idem.*

¹⁸⁸ ROBLEDO RAMÍREZ, Jorge, *op. cit.*, p. 326.

4.6 PRESCRIPCIÓN DE LOS EFECTOS DE LA CONDENA ANTERIOR EN RELACIÓN CON LA REINCIDENCIA.

Una cuestión difícil que surge cuando se trata el tema de la reincidencia es precisamente la prescripción de esta, o mejor dicho, de los efectos de una condena anterior en relación a la reincidencia, esto porque lo que prescribe no es la reincidencia en sí, sino más bien los efectos de una condena dictada con anterioridad para determinar si una persona es reincidente o no.

No se pretende con la propuesta a realizar en este trabajo que a la persona que delinque y se le condene por ello se le cause una capitis diminutio que no pueda borrar durante su vida, es decir, no se pretende que los efectos de una condena anterior persigan de manera indefinida a una persona como una especie de marca (es decir, como antes se causaban marcas físicas a los delincuentes hoy prohibidas por el artículo 22 constitucional), que no pueda ser borrada.

No puede dejar de tener relevancia que una persona después de haber cumplido la pena o de considerarse extinguida ésta, pudo haberse alejado de la comisión de conductas delictivas para vivir ajustado a la norma; es por esto que considero pertinente que se establezcan las reglas para determinar cuándo deje de considerarse una condena anterior para efectos de la reincidencia. De esta manera y como lo establece el Código Penal Federal en su artículo 20, considero atinado el atender a las reglas establecidas para la prescripción de la potestad de ejecutar las penas.

Concluyendo con este capítulo, de lo manifestado a lo largo de este y de todo el presente trabajo es posible, a consideración mía, fundamentar el establecimiento de un régimen de reincidencia en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y se ha adquirido la aptitud para proponer y precisar su regulación y que sería la siguiente:

La regulación del régimen de reincidencia propuesto, que estaría ubicado dentro del Capítulo IX del Título Cuarto del Libro Primero del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, referente a las Reglas Generales para la Sustitución y Suspensión de Sanciones, es la siguiente:

Artículo 91 BIS. Hay reincidencia, cuando un sujeto a quien anteriormente se le hubiere condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso cometa un nuevo delito, también doloso, de la misma o análoga índole o naturaleza, aunque uno de ellos o ambos hayan quedado en grado de tentativa punible, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena anterior o desde que la misma se tenga por extinguida, un lapso igual al de la prescripción de la potestad de ejecutar la pena.

Consecuencia de ello, la reforma de la parte primera del segundo párrafo del artículo 86, referente a la sustitución de la pena de prisión, y también, la reforma a la primera parte de la fracción III del artículo 89, que atiende a la suspensión condicional para quedar de la siguiente manera:

(Artículo 86, segundo párrafo, primera parte) La sustitución de la pena de prisión no podrá aplicarse por el juzgador, cuando se trate de un sujeto al que se considere reincidente en términos de lo dispuesto en el artículo 91 BIS de este Código...

Artículo 89. (Requisitos para la procedencia de la suspensión). El juez o el Tribunal, en su caso, al dictar sentencia condenatoria, suspenderá motivadamente la ejecución de las penas, a petición de parte o de oficio, si concurren los requisitos siguientes:

III. Que el sentenciado no sea reincidente conforme a lo dispuesto en el artículo 91 BIS de este Código...

CONCLUSIONES

PRIMERA. Las distintas concepciones que se han dado del término pena pueden variar de acuerdo con la época y las diversas posturas ideológicas adoptadas por los autores que la han conceptualizado. De estas diversas concepciones podemos decir que la pena es la privación o restricción de bienes jurídicos prevista en la ley y que se impone al responsable de la comisión de un delito por la autoridad judicial. Al igual que la misma conceptualización de la pena ha variado con el paso del tiempo y del avance de las ideas, las teorías respecto a los fines de la misma han sido objeto de variados estudios y opiniones, sin embargo, en la actualidad la mayoría de las posiciones aceptan que la pena tiene fines preventivos tanto generales como especiales aunque no podemos dejar a un lado el mantenimiento del orden social.

SEGUNDA. Con el avance de las ideas penales se han desarrollado también diversos tipos o clases de penas, las cuales afectan distintos bienes jurídicos del individuo; cada calidad de pena tiende a realizar los fines que se han señalado aunque de forma distinta dada su propia naturaleza y los matices que cada ordenamiento penal les impregne. Dado que las conductas tipificadas como delito por el legislador son muy variadas y responden, de acuerdo a la situación económica, política, social y cultural de cada país, de igual forma, a diversas causas y motivaciones, aparece como necesario que se empleen esas diversas clases de pena para cumplir, con mayor eficacia, los fines que de manera general se acepta que la misma tiene, dando una importancia más elevada al aporte de los conocimientos penológicos; empero, la tendencia actual es a emplear la prisión como la pena más común y a sancionar toda clase de conductas delictivas con esta pena.

TERCERA. Es innegable que la prisión es, por su propia naturaleza, la pena más dramática después de la pena de muerte pues recae sobre el bien jurídico, desde mi punto de vista, más importante enseguida de la propia vida que

es, precisamente, la libertad, y la forma en que aquélla es ejecutada conlleva la privación continua de la misma, hecho por el cual debería reservarse como la pena a imponer tratándose de aquellas conductas delictivas que atenten de manera altamente grave contra los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad, tomando el carácter de ultima ratio. Por el contrario, el legislador ha optado por el uso generalizado e indiscriminado de tal pena, tornándola como la más frecuente para sancionar toda clase de conductas delictivas, lo que desafortunadamente ha derivado en un abuso de esta clase de pena y, por tanto, en una crisis de la misma y del propio sistema penal.

CUARTA. Por otra parte, hemos señalado que dentro de los sistemas de determinación de la pena, en nuestro país se ha adoptado, de manera general, el Sistema de Indeterminación Legal Relativa, en donde es el legislador quien establece, al momento de tipificar una conducta, la calidad de pena y los límites mínimos y máximos de ésta a imponer por la autoridad judicial al responsable de la comisión de un delito, quien deberá utilizar su arbitrio y debe apegarse al criterio para la individualización judicial de la pena que se adopte. Sin embargo, también se toman aspectos de otros sistemas, pues existe la posibilidad de que se atenúe o agrave la sanción de acuerdo a circunstancias que también prevé la ley y la utilización de instituciones tales como la suspensión condicional y la sustitución de la pena. Pero también dentro de nuestros ordenamientos penales la autoridad ejecutora es revestida de importante participación en la individualización de la pena, pues se le faculta para la utilización de figuras tales como el tratamiento preliberacional y la libertad anticipada.

QUINTA. Consecuencia de lo anterior es que en la individualización de la pena existan tres fases: la individualización legislativa, la individualización judicial y la individualización administrativa. Sin duda alguna, las tres son importantes pero quien debe comprometerse aún más con su relevante labor son, ciertamente, los legisladores, pues mientras ellos no dejen de considerar a la pena de prisión como la pena a aplicar en todos los casos, la autoridad judicial y la

administrativa no tendrán más opción que imponer y ejecutar la pena prevista en la ley. Se debe comenzar a dirigir la mirada hacia las otras calidades de pena que, como ya se ha dicho, pueden cumplir, en determinados casos, los fines preventivos de manera más eficiente que la prisión y aliviar así la ya sensible crisis de esta pena y del sistema penal mismo. La previsión generalizada de la prisión aparece, en muchos casos, como desproporcionada y, por tanto, innecesaria para efectos preventivos, esto en relación con el bien jurídico protegido por la norma penal y la gravedad de la conducta. Ante la realidad actual del país, el legislativo únicamente se concreta a elevar cada vez más los límites mínimos y máximos de duración de la prisión en lugar de tomar una actitud más comprometida para encontrar soluciones de fondo al grave problema de altos niveles de delincuencia.

SEXTA. Se ha establecido que en la individualización judicial de la pena, por lo que respecta a la determinación del quantum de la misma a imponer por parte del juez al responsable de la comisión de un delito, debe responder, en un Estado Social y Democrático de Derecho, al criterio de culpabilidad por el hecho o de acto, entendiendo a este como el criterio conforme al cual el grado de reproche a realizar a un sujeto debe estar limitado por el grado de culpabilidad reflejado respecto a la conducta que da origen al proceso en particular; dicho de otro modo, el hecho limitará a la culpabilidad, en tanto el sujeto pudo adecuar su conducta conforme a la norma y, a su vez, el grado de culpabilidad, entendido como el mayor o menor margen de elección que tuvo en la situación concreta para decidir su actuar delictivo, limitará en su máximo el quantum de la pena a imponer.

SÉPTIMA. Lo anterior se dice porque en un Estado Social y Democrático de Derecho, en donde necesariamente debe haber un respeto por la dignidad de las personas y por los principios de igualdad y legalidad, el pretender establecer el quantum de la pena con base en criterios peligrosistas o en criterios políticos criminales alejándose de la culpabilidad por el acto o rebasando el límite establecido por ella, no podría realizarse sin que se vieran vulneradas las garantías y principios mencionados. No se puede negar que el criterio de

culpabilidad por el hecho cumple con una importante función garantista de los gobernados ante el ius puniendi estatal. Por ello, se acepta como correcta la postura acogida por el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en donde se adopta el criterio de culpabilidad por el hecho. Cualquier otro aspecto como los preventivos, tanto generales como los especiales e incluso, la personalidad de cada delincuente solo pueden verse reflejados en su favor y solo en tanto no pretendan rebasar el límite establecido por la culpabilidad referente al hecho concreto.

OCTAVA. Ahora bien, ante el abuso que se ha realizado de la pena de prisión, aparecen como verdaderamente importantes instituciones que tienden a evitar una innecesaria ejecución de dicha pena desde el punto de vista preventivo general como del preventivo especial, además de que, por su misma naturaleza, su ejecución resulta un tanto desproporcionada en relación con la gravedad de la conducta como por el bien jurídico protegido por la norma. Tales instituciones son la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución de la misma, que aunque pueden también tener aplicación respecto a otro tipo de penas, su trascendencia mayor la tienen respecto a la pena de prisión. Pese a que en un principio su objetivo primordial era el de abatir las penas de prisión de corta duración, la tendencia actual ha sido el ampliar su margen; de este modo, en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, llegan a aplicar a penas de prisión inferiores a cinco años. Ambas instituciones son importantes para el encuentro de un camino de alternativas a la prisión y que, junto con otras muchas medidas, pueden lograr que, paulatinamente, se desplace a la prisión al carácter de ultima ratio que debe tener.

NOVENA. Sin embargo, en los ordenamientos penales resaltan determinados aspectos en cuanto a los requisitos de procedencia tanto de la suspensión condicional como de la sustitución que, más que optimizar su aplicación, la obstaculizan en cierta medida. Concretamente, en el Nuevo Código Penal, que es el ordenamiento al cual atendemos en esta estudio, la procedencia

de la sustitución de la pena de prisión se sujeta, entre otros requisitos, a que el sujeto no haya sido condenado anteriormente en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio; si lo vemos más claramente, de lo que se trata es de evitar su otorgamiento a los reincidentes, sin embargo, no interesa que la naturaleza o índole del delito por el cual fue dictada la condena anterior sea de la misma o análoga que el actual o sea de otra muy distinta o bien, tampoco importa que tanta antigüedad tenga dicha condena, lo cual, desde mi perspectiva, es ineficaz para los efectos preventivos que pudiera tener tal medida.

DÉCIMA. Por lo que toca a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el punto crítico, de acuerdo con nuestra postura, radica en que uno de los requisitos para que sea otorgada es que el sentenciado cuente con antecedentes personales positivos y un modo honesto de vida. Con esta redacción, más que un requisito que tenga que ver con criterios preventivos, se acerca más a juzgar la forma en que la persona ha conducido su vida, pues al no estar bien definido que debe entenderse por antecedentes personales positivos permite el evaluar cualquier aspecto de la vida del individuo, aún de aquellos que pueden no tener relevancia jurídico-penal, provocando valoraciones subjetivas, o bien, que por existir una condena anterior de igual forma se considere que ya no se cumple con ese requisito y, por lo que hace al modo honesto de vida, constituye más bien un aspecto moralizante alejado de los criterios preventivos que válidamente puedan determinar la procedencia de la suspensión condicional de la pena.

DECIMOPRIMERA. Si la suspensión condicional y la sustitución de la pena de prisión son instituciones que tienden a evitar una innecesaria ejecución de la prisión para efectos preventivos, son precisamente estos criterios los que pueden afectar su procedencia. Efectivamente, la reincidencia puede constituirse en un criterio que pueda establecerse como requisito para la procedencia de dichas instituciones, en tanto puede evidenciar la necesidad preventiva, concretamente preventiva especial, de la ejecución de la pena de prisión

impuesta, tanto por ese juicio de pronóstico de comisión de futuras conductas delictivas como también, en un momento dado, del tratamiento readaptador en prisión. En efecto, la reincidencia puede aportar datos que hagan aparecer como necesaria la ejecución de la pena de prisión dejando a un lado aspectos morales y subjetivistas para tomar únicamente lo jurídicamente relevante, con apego a las garantías y principios que en Derecho Penal se deben respetar.

DECIMOSEGUNDA. De este modo, se ha pretendido dar a la reincidencia efectos que vulneran garantías y principios que se desprenden de un Estado Social y Democrático de Derecho; en efecto, el que la reincidencia sea considerada como una circunstancia agravante o bien como un criterio que pueda elevar el límite máximo del quantum de la pena establecido por el grado de culpabilidad en la individualización judicial de la pena esta en contra del principio non bis in idem y del criterio de culpabilidad por el hecho. Empero, el que sea prevista como requisito de procedencia para la suspensión condicional y la sustitución de la pena de prisión no afecta ninguno de los dos principios señalados pues, por un lado, no agrava de ningún modo la pena impuesta ni tampoco se pretende traspasar el límite establecido por la culpabilidad por el hecho; por tanto, este tercer efecto de la reincidencia es válido, sin embargo, la simple recaída en la comisión de conductas delictivas no es suficiente para justificar su aplicación.

DECIMOTERCERA. El establecimiento de un régimen de reincidencia en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal con el único efecto de ser requisito de procedencia para la suspensión condicional y la sustitución de la pena de prisión, el cual es el único efecto viable y es el que proponemos, no solo requiere de la simple recaída en el delito, sino que para que se torne como un dato objetivo de necesidad preventiva de ejecución de la pena de prisión debe ser una reincidencia específica que haga válido ese juicio de pronóstico de comisión de futuras conductas delictivas y, por otro lado, solo cabría cuando ambos delitos hayan sido realizados dolosamente pues para que ciertamente se pueda hablar de recaída en el delito, la realización y el resultado de los mismos debe ser querido y

aceptado. Pero además, no se pretende que los efectos de una condena anterior persigan de manera indefinida a una persona en relación con la reincidencia, por lo que se propone un plazo de prescripción de los efectos de una condena anterior siguiendo las reglas generales de la prescripción de la potestad de ejecutar las penas.

DECIMOCUARTA. Acorde con todo lo anterior, la regulación del régimen de reincidencia propuesto, que estaría ubicado dentro del Capítulo IX del Título Cuarto del Libro Primero del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, referente a las Reglas Generales para la Sustitución y Suspensión de Sanciones, es la siguiente:

Artículo 91 BIS. Hay reincidencia, cuando un sujeto a quien anteriormente se le hubiere condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso cometa un nuevo delito, también doloso, de la misma o análoga índole o naturaleza, aunque uno de ellos o ambos hayan quedado en grado de tentativa punible, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena anterior o desde que la misma se tenga por extinguida, un lapso igual al de la prescripción de la potestad de ejecutar la pena.

En consecuencia, la reforma de la parte primera del segundo párrafo del artículo 86, referente a la sustitución de la pena de prisión, y también, la reforma a la primera parte de la fracción III del artículo 89, que atiende a la suspensión condicional para quedar de la siguiente manera:

(Artículo 86, segundo párrafo, primera parte) *La sustitución de la pena de prisión no podrá aplicarse por el juzgador, cuando se trate de un sujeto al que se considere reincidente en términos de lo dispuesto en el artículo 91 BIS de este Código...*

Artículo 89. (Requisitos para la procedencia de la suspensión). El juez o el Tribunal, en su caso, al dictar sentencia condenatoria, suspenderá motivadamente la ejecución de las penas, a petición de parte o de oficio, si concurren los requisitos siguientes:

III. Que el sentenciado no sea reincidente conforme a lo dispuesto en el artículo 91 BIS de este Código...

PROPUESTA

Coherentemente con todo lo que se ha señalado a lo largo de la realización de este trabajo y con las conclusiones a las que se ha llegado, es momento ahora de establecer la regulación del régimen de reincidencia que en mi parecer mejoraría la actual regulación de los requisitos de procedencia que han sido objeto de nuestra crítica, tanto de la suspensión condicional como de la sustitución de la prisión; para ello se establecerán los elementos para su configuración haciendo referencia a cada uno de ellos, su ubicación en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y el plazo de prescripción de los efectos de una condena anterior en relación con la reincidencia.

Artículo 91 BIS. Hay reincidencia, cuando un sujeto a quien anteriormente se le hubiere condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso cometa un nuevo delito, también doloso, de la misma o análoga índole o naturaleza, aunque uno de ellos o ambos hayan quedado en grado de tentativa punible, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena anterior o desde que la misma se tenga por extinguida, un lapso igual al de la prescripción de la potestad de ejecutar la pena.

Con esta redacción vendríamos reafirmando todo lo que se ha venido manifestando a lo largo del presente estudio, sin embargo, haremos un análisis de cada elemento.

A) *a quien anteriormente se le hubiere condenado en sentencia ejecutoriada.* Para que se de la figura de reincidencia, necesariamente debe haber una condena anterior legalmente establecida en una sentencia que, además, debió haber causado estado. El simple informe de una autoridad administrativa no es suficiente para evidenciar una condena anterior con las exigencias para la configuración de la reincidencia.

B) *por delito doloso*. Para que válidamente se pueda hablar de recaída en el delito y, por tanto, de reincidencia, los delitos cometidos deben haber sido realizados en forma dolosa, es decir, que el sujeto quiera y acepte el resultado de los mismos. Por ello, para que se configure la reincidencia, tanto la condena anterior como la actual deben haber sido dictadas por la comisión de delitos dolosos.

C) *cometa un nuevo delito también doloso*. En íntima relación con el punto anterior, la exigencia de que no solo la condena anterior se haya dado por la comisión de un delito doloso, sino que también la actual condena sea por la comisión de delito doloso, responde a que, como se manifestó anteriormente, para que válidamente se pueda hablar de reincidencia, ambos delitos deben haber sido realizados en forma dolosa.

D) *de la misma o análoga índole o naturaleza*. Esto es, se trata de una reincidencia específica, clase de reincidencia que, como afirmamos en este trabajo, es la que se puede tornar en un criterio preventivo especial que en concreto arroje un dato objetivo de la posibilidad de comisión de futuras conductas delictivas y la necesidad preventiva de la ejecución de la prisión y, en tanto la suspensión condicional y la sustitución, están afectadas por criterios preventivos, son precisamente éstos los que pueden condicionar su procedencia.

E) *aunque uno de ellos o ambos hayan quedado en grado de tentativa punible*. Ello porque a pesar de que el resultado del delito no se produjo, tal situación no fue por voluntad del agente sino por circunstancias ajenas a él; entonces quería el resultado y lo aceptaría de haberse producido, por tanto, puede hablarse de reincidencia.

F) *si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena anterior o desde que se tenga por extinguida, un lapso igual al de la prescripción de la potestad de ejecutar la pena*. Esto no es más que establecer un plazo para

que deje de tener efectos una condena anterior para la configuración de la reincidencia, ello porque como bien se mencionó, no se pretende que a una persona le persigan indefinidamente los efectos de una condena, constituyéndose en una especie de marca que no pudiese borrarse, por tal motivo, se acoge la regla que sigue el Código Penal Federal y se remite para los plazos de prescripción a las reglas que a tal efecto se establece en relación a la potestad de ejecutar las penas.

G) Por último, la ubicación de esta regulación se encontraría dentro del Capítulo IX del Título Cuarto del Libro Primero del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, referente a las Reglas Generales para la Sustitución y Suspensión de Sanciones, todo ello de acuerdo con el único efecto que tendría este régimen de reincidencia. En consecuencia, también se reformarían la primera parte del segundo párrafo del artículo 86 (referente a la sustitución de la pena de prisión) y la primera parte de la fracción III del artículo 89 (referente a la suspensión condicional), para entrar, en lugar de la redacción actual la siguiente:

(Artículo 86, segundo párrafo, primera parte) *La sustitución de la pena de prisión no podrá aplicarse por el juzgador, cuando se trate de un sujeto al que se considere reincidente en términos de lo dispuesto en el artículo 91 BIS de este Código...*

Artículo 89. (Requisitos para la procedencia de la suspensión). El juez o el Tribunal, en su caso, al dictar sentencia condenatoria, suspenderá motivadamente la ejecución de las penas, a petición de parte o de oficio, si concurren los requisitos siguientes:

III. Que el sentenciado no sea reincidente conforme a lo dispuesto en el artículo 91 BIS de este Código...

No quiero finalizar este trabajo sin antes señalar que esta propuesta se realiza con el fin de mejorar el funcionamiento de instituciones que tienden a evitar una innecesaria ejecución de la pena de prisión, sin embargo, sería una falta de compromiso el no reconocer que el problema de la pena de prisión es mucho más grande, las instituciones a las que aquí nos hemos referido y nuestra propuesta es solo, por así decirlo, la punta de un iceberg de gran tamaño pero que no es posible solucionarlo de golpe. Se tendrán que ir dando los pasos paulatinamente para buscar una adecuada solución a tal problema, por tanto, todos los implicados tenemos que tomar una posición más comprometida si queremos que nuestro ámbito social, por lo menos en lo que respecta al Derecho Penal, comience a cambiar para bien y en beneficio de todos.

BIBLIOGRAFÍA

1. AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda, **Derecho Penal, Cursos Primero y Segundo**, Editorial Harla, México, 1993.
2. ARTOLA, Luis Juan y Hugo López Carribero, **La Reincidencia, Aspecto teórico y práctico del instituto**, DIN editora, Buenos Aires, 2000.
3. BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, **Derecho Procesal Penal**, McGraw Hill, México, 2002.
4. BODERO, Edmundo René, **Relatividad y Delito**, Editorial Temis, Bogotá, 2000.
5. BUSTOS RAMIREZ, Juan y Hernán Hormazábal Malareé, **Lecciones de Derecho Penal**, Volumen I, Editorial Trotta, Madrid, 1997.
6. CASTELLANOS TENA, Fernando, **Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General**, 41ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.
7. CID MOLINÉ, José, LARRAURI PIJOÁN, Elena, *Et. al.*, **Penas Alternativas a la Prisión**, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1997.
8. DE SOLA DUEÑAS, Ángel, GARCÍA ARÁN, Mercedes y HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán, **Alternativas a la Prisión, Penas Sustitutivas y Sometimiento a Prueba**, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986.
9. DIAZ-ARANDA, Enrique, **Derecho Penal, Parte General**, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003.
10. GARCÍA, Luis M., **Reincidencia y Punibilidad, Aspectos Constitucionales y Dogmática Penal desde la Teoría de la Pena**, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.
11. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, **Las Penas Sustitutivas de la Prisión**, Cuadernos para la Reforma de la Justicia, Volumen 2, 1ª Edición, UNAM, México, 1995.
12. HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, **El Proceso Penal Mexicano**, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

13. JAÉN VALLEJO, Manuel, **Sistema de Consecuencias Jurídicas del Delito, Nuevas Perspectivas**, 1ª Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.
14. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, **Introducción al Derecho Penal**, Iure editores, México, 2003.
15. JIMÉNEZ MARTINEZ, Javier, **Las Consecuencias Jurídicas del Delito**, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2004.
16. KARAYEV, T. E., **La Reincidencia en el Delito**, Traducción de René Gómez Manzano, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1982.
17. KAUFMANN, Hilde, **Principios para la Reforma de la Ejecución Penal**, Biblioteca de Ciencias Penales, Tomo 1, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1977.
18. KENT, Jorge, **Sustitutivos de la Prisión, Penas sin Libertad y Penas en Libertad**, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.
19. KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos, **Culpabilidad y Pena**, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2001.
20. LATAGLIATA, Ángel Rafael, **Contribución al Estudio de la Reincidencia**, Traducción de Carlos A. Tozzini, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
21. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, **Teoría del Delito**, 10ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.
22. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, **Medición de la Pena y Sustitutivos Penales**, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979.
23. MALO CAMACHO, Gustavo, **Derecho Penal Mexicano**, 4ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
24. MARQUÉZ PIÑERO, Rafael, **Derecho Penal, Parte General**, 4ª Edición, Editorial Trillas, México, 1997.
25. MELGOZA RADILLO, Jesús, **La Prisión, Correctivos y Alternativas**, Editorial Zarahemla, México, 1993.

26. MIR PUIG, Santiago, **La Reincidencia en el Código Penal**, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1974.
27. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, **La individualización de la Pena de Prisión**, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2003.
28. QUINTANA VALTIERRA, Jesús, **Manual de Procedimientos Penales**, 2ª Edición, Editorial Trillas, México, 1998.
29. RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel, **Penología, Estudio de las diversas penas y medidas de seguridad**, 3ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.
30. RIGHI, Esteban, **La Culpabilidad en Materia Penal**, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.
31. ROBLEDO RAMÍREZ, Jorge, **Concepto y Principios para la Aplicación de los Sustitutivos Penales, Estudio de su Regulación en España y México**, Editoriales de Derecho Reunidos, Madrid, 1996.
32. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, **Penología**, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.
33. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, **La crisis Penitenciaria y los Sustitutivos de la Pena de Prisión**, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1999.
34. ROMÁN QUIROZ, Verónica, **La Culpabilidad y la complejidad de su comprobación**, Editorial Porrúa, México, 2000.
35. ROUSSEAU, Juan Jacobo, **El Contrato Social**, UNAM, México, 1984.
36. SANZ MULAS, Nieves, **Alternativas a la Prisión, su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana**, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004.
37. SARULLE, Oscar Emilio, **Dogmática de la Culpabilidad**, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001.
38. TENCA, Adrián Marcelo, **Causas del Delito y Teoría de la Pena**, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997.
39. VIDAURRI ARECHIGA, Manuel, **Estudios Jurídico-Penales**, 1ª Edición, Universidad de Guanajuato, México, 1997.

40. VILLARREAL PALOS, Arturo, **Culpabilidad y Pena**, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.

LEGISLACIÓN

1. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, 15ª Edición, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2006.

2. **Nuevo Código Penal para el Distrito Federal**, 15ª Edición, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2006.

3. **Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal**, 15ª Edición, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2006.

4. **Código Penal Federal**, 15ª Edición, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2006.

5. **Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal**, 51ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1993.

DICCIONARIOS Y OTRAS FUENTES

1. **Diccionario Jurídico Mexicano**, Tomo P-Z, 13ª Edición, Editorial Porrúa-UNAM, México, 1999.

2. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, **Diccionario de Derecho Penal**, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1999.

3. **IUS 2005 Jurisprudencia y Tesis Aisladas Junio 1917 –Diciembre 2005**, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.