UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

LA DISMINUCIÓN DEL USO DE LA PENA DE PRISIÓN EN UNA POLÍTICA PENAL RACIONAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A:

WENDY VANESA ROCHA CACHO

ASESOR DE TESIS: DR. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

MÉXICO, D. F. JUNIO DE 2007

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

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.

A la Universidad Nacional Autónoma de México

A la Facultad de Derecho

Al Instituto de Investigaciones Jurídicas

…gracias

Al doctor Sergio García Ramírez, quien fue la inspiración, el camino a seguir; de quien obtuve invaluable conocimiento y hermosas palabras de aliento

Al doctor Jorge Carpizo, con gran respeto y admiración, toda mi gratitud

Al "maestro" Ernesto Gutiérrez y González (q. e. p. d.), un gran profesor y, sobre todo, un gran amigo

Al licenciado Pablo Patiño y Souza, por su apoyo y comprensión

Al licenciado Raúl Márquez, jefe y amigo

A mis padres, Germán e Isabel,

…mi mayor bendición

A mis hermanos, Karina y Germán,

…con mucho amor y gratitud

A todas mis amigas y amigos,

…por estar ahí en las buenas y en las malas, en los momentos difíciles y en los de gran dicha, como éste. Gracias por bendecirme con su amistad y por darme abrigo en sus corazones

A todos aquellos que, transitoria o permanentemente, han formado o forman parte de mi vida; de quienes he adquirido valiosas enseñanzas

A "mushu",

…por las sonrisas que haces brotar de mis labios

Este logro es de todos ustedes

…vi voglio bene

CONTENIDO

Introducción 1

CAPÍTULO PRIMERO

LA PENA

I. Lo normal y lo desviado 9

II. La reacción social 10

III. La reacción jurídico-penal 13

IV. Base normativa (*ius penale*) 16

Derecho penal-ley penal 17

V. Aplicación de la reacción penal (*ius puniendi*) 18

Consecuencias jurídicas de la desviación 20

VI. Etapas de la reacción penal 22

1. Punibilidad. 23

2. Punición 26

3. Pena 29

VII. Conceptos de pena 33

VIII. La pena y el poder punitivo del Estado 35

1. El Estado liberal 35

2. El Estado socialista 38

3. El Estado social y democrático de derecho 42

IX. Finalidad de las penas 44
1. Teorías absolutas. 44
2. Teorías relativas 46
A. Teorías de la prevención general 47
B. Teorías de la prevención especial 48
3. Teorías de la unión o mixtas 49
X. El sistema de penas en México 52
XI. Clasificación de las penas. 63
1. En la doctrina. 63
A. Por su finalidad 64
B. En atención al bien jurídico que afectan 65
C. Por su forma de aplicación 66
D. Por su duración 67
E. Por su forma de ejecución 68
2. En la legislación mexicana 69
XII. Diferencia de la sanción penal —pena— con la sanción administrativa . 76

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PENA DE PRISIÓN

I. Antecedentes históricos 84
II. Antecedentes legislativos en México 92
III. Fines de la pena de prisión 99
IV. Posturas favorables a la pena de prisión 106
V. Críticas a la pena de prisión 111

VI. Problemas en su aplicación 131

VII. Crisis de la prisión. Tendencias hacia su sustitución o abolición 150

VIII. Tendencias político-criminales actuales 151

1. Hacia un derecho penal máximo. La situación mexicana 150

A. Hacia la cadena perpetua en México 157

B. ¿Después de la perpetuidad de la pena, la muerte del delincuente? 159

2. Las políticas reduccionistas propias de un Estado democrático y social de derecho 162

CAPÍTULO TERCERO

DISMINUCIÓN DEL USO DE LA PENA DE PRISIÓN MEDIANTE LOS SUSTITUTIVOS Y CORRECTIVOS DE PRISIÓN EN EL DERECHO MEXICANO

I. Los sustitutivos de prisión 167

1. Concepto 167

2. Naturaleza jurídica 168

3. Finalidad de los sustitutivos de prisión 169

4. Los sustitutivos de prisión 170

A. Multa 172

a. Multa-sustitutiva 175

b. Multa-autónoma/sustituible 177

B. Trabajo en beneficio de la víctima 180

C. Trabajo en favor de la comunidad 182

D. Tratamiento en libertad (de imputables) 184

E. Semilibertad 185

F. Suspensión condicional de la ejecución de la pena. Una figura *sui generis* 186

II. Los correctivos de prisión 196

1. Concepto 199

2. Naturaleza jurídica 199

3. Finalidad de los correctivos 200

4. Los correctivos de prisión 201

A. Tratamiento en externación 201

B. Libertad anticipada 206

a. Tratamiento preliberacional 206

b. Libertad preparatoria 210

c. Remisión parcial de la pena 214

C. Reclusión domiciliaria mediante el Programa de Monitoreo Electrónico a Distancia 218

III. Problemas de los sustitutivos y correctivos de prisión 224

1. Sustitutivos de prisión 225

2. Correctivos de prisión 227

3. A manera de conclusión 233

CAPÍTULO CUARTO

PROPUESTAS PARA DISMINUIR EL USO DE LA PENA DE PRISIÓN

I. Las penas privativas de derechos como nueva alternativa a la prisión . . 236

1. ¿Qué derechos pueden suspenderse? 240

2. ¿Qué derechos no pueden suspenderse? 242

3. Casos en que se justifica recurrir a las penas privativas de otros derechos 244

II. Los sustitutivos de la pena de prisión como penas principales 254

1. Cuándo 255
2. Cómo 257
III. Las medidas de seguridad 259
1. Concepto 260
2. Naturaleza jurídica 261
3. Finalidad de las medidas de seguridad 263
4. Clasificación doctrinal y legal 263
5. ¿Son inconstitucionales las medidas de seguridad? 266
6. Las medidas de seguridad como penas alternativas a la de prisión . . 270
IV. La mediación penal 272
1. Concepto 277
2. Casos en que procede recurrir a la mediación 278
3. Requisitos 280
4. Trámite de la mediación 281
5. Fin de la mediación 283
6. Eectos de la mediación 284
7. Otras figuras 286
V. La justicia restaurativa 293
1. Directrices 297
2. Algunas respuestas 299
3. Algunas excepciones 303
4. Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua 305
Contenido de la Ley 305
VI. Destipificación/despenalización/desincriminación 313

VII. Proposiciones finales 316

Cuadro de propuestas 317

Conclusiones 321

Propuesta. 336

Bibliografía 362

INTRODUCCIÓN

El siglo XXI comienza, se auguran cambios sociales, económicos, políticos y jurídicos. Se prevé el crecimiento de la población de manera significativa, el dinero escasea, las fuentes de trabajo se reducen, aumentan los conflictos y, lo más temido, los delitos. Se escucha el grito desesperado de la población: “justicia”.

Magnicidios no resueltos, secuestradores en serie, una tasa de homicidios brutal, robos a mano armada, violaciones y una lista interminable de ilícitos hacen cada vez más difícil la vida en sociedad. Nos suena familiar. Caemos en la cuenta: estamos refiriéndonos a la tan desafortunada situación de México, nuestro país, nuestra casa. Los sueños se desbaratan, la vida se quiebra, las ilusiones se desvanecen, estamos tan cansados de escuchar los términos “corrupción”, “injusticia” e “impunidad”, pensamos, buscamos soluciones y ¿qué pasa? Nos encontramos con hermosos discursos que nos prometen una vida mejor: el “sol” en el horizonte, el “cambio” en la puerta y el que asegura que “sí sabe gobernar”. Les creemos, nada es peor que no abrigar esperanza alguna. Despertamos del dulce y efímero sueño, nos topamos con la triste realidad, la situación se mantiene: el sol no sale, el cambio no llega...

Caemos en la desesperación, seguimos buscando soluciones, nos preguntamos constantemente: ¿qué podemos hacer?, ¿acaso estamos perdidos?, ¿habrá solución alguna a nuestro infortunio? Nos tranquilizamos, retomamos la cordura. Nos damos cuenta de lo pequeños que somos y de la imposibilidad física —quizá intelectual— de encontrar solución a tan desafortunado presente, quizá futuro.

La carga es tanta y tan pesada que no vemos salida. Empezamos a destejer las telarañas mentales que atan nuestra razón. Decidimos enfocarnos a un problema, uno solo. ¿Qué es lo que más nos preocupa?, ¿cuál es la percepción generalizada de nuestra sociedad?, ¿qué es lo que clamamos con más fervor?: de nuevo nos encontramos con el término “justicia”. Entramos en pánico. Nos

cuestionamos: ¿cómo solucionar el problema de la justicia si aún no podemos resolver el problema de su significado? Se pierde el optimismo, vuelve la congoja. Ansiamos encontrar respuestas prontas a cada una de nuestras interrogantes; optamos por retomar ideas escritas hace cientos de años, ¡lo encontramos!: “dar a cada quien lo que le pertenece”.

Aunque no nos satisface del todo, nos conformamos, creemos inútil comenzar discusiones bizantinas o emplear frases metafóricas. Partimos de esa idea. De nuevo, cientos de preguntas cruzan por nuestra mente: ¿y ahora qué?, ¿qué utilidad práctica tiene esa justicia de “dar a cada quien lo que le pertenece”?, ¿cómo aplicar dicho concepto a la solución de todos los problemas ya descritos? Comprendemos que estamos inmersos en un mar de ideas, problemas y tentativas soluciones.

“Justicia”, ¡tan hermoso, trivial y a la vez utópico concepto!

¿Qué justicia es la que más nos preocupa y menos nos ocupa? ¿Qué situaciones provocan la percepción generalizada de la población de que la justicia es algo difícil —por no decir imposible— de alcanzar? Escuchamos la radio, miramos la televisión, prestamos atención a las conversaciones de nuestros amigos y familiares: todos tienen algo que contar al respecto, todos tienen una queja, todos han padecido directa o indirectamente la “injusticia”, la “impunidad”. Tomando prestada la expresión de Dieter Nohlen, “el contexto hace la diferencia”: algunas de sus pretendidas “injusticias” nos provocan risa, algunas otras verdadera congoja, dolor e indignación. Entre éstas encontramos conductas antisociales (intentamos hacer gala de nuestro lenguaje jurídico —ciertamente limitado—, quizá para impresionar) tanto de nuestros amigos, vecinos y compañeros de sociedad como de los encargados de velar por nuestra libertad, tranquilidad y seguridad. Nos damos cuenta de que sin querer —casi queriendo— hemos llegado al clímax de nuestra reflexión: las conductas antisociales son las verdaderas y reales causas, por no decir el origen, de las expresiones “injusticia” e “impunidad”. Y decimos que son las verdaderas y reales causas por el simple hecho de su realización, ya que implica que el Estado no ha llevado a cabo uno de

sus principales fines: mantener la pacífica convivencia social y la seguridad de los miembros que lo conforman. Pero es importante aclarar, para evitar malos entendidos, que las conductas antisociales *per se* no son sinónimas de dichos términos, sino que la realización de las mismas representa la antinomia de la sana y correcta convivencia social y de la eficiente labor del Estado en mantener el tan esperado “orden social”. Aunque, claro, no se trata de buscar un único, supremo y tan ansiado culpable: el Estado es el reflejo de la sociedad que lo conforma. No podemos —moralmente hablando— exigirle al Estado que acabe con la corrupción cuando somos corruptos, que reprima –y tal vez por casualidad readapte- a quienes cruzan la delgada y a veces efímera línea que separa una conducta social de una antisocial, cuando todos, o al menos la gran mayoría, la hemos cruzado: ¿quién —tal vez por la premura o por el simple hecho de que no hay un coche a la vista— no se ha pasado un semáforo con la luz en rojo?; ¿quién no se ha estacionado en lugares claramente señalados como prohibidos para ese fin?; ¿quién no ha hecho siquiera un pequeño intento a fin de evitar una multa o que su auto sea enviado a pernoctar a un corralón? Como bíblicamente se dice: quien esté libre de pecado que lance la primera piedra. Así las cosas, no estamos en posición —de nuevo apelo a la moral— de exigir ni reprochar si todos aportamos nuestro granito de arena: el *delitón*.

Lo anterior no significa que debamos darnos golpes de pecho por nuestras “pequeñitas” faltas y permanecer en absoluto silencio ante las conductas antisociales y ante la forma en como el Estado, nuestro Estado mexicano, trata de reprimirlas y en ocasiones esconderlas.

Se escuchan voces a lo lejos que piden nuevamente la tan ansiada justicia, pero ahora no viene sola, se hace acompañar del término “castigo”. Castigo ¿para quién?, ¿cuándo?, ¿cuánto tiempo?, ¿en qué circunstancias?, ¿con qué fin?

Apelamos a nuestra lógica y entendemos el verdadero sentido de esas voces: castigo para quienes cometen conductas antisociales o para quienes abandonan el parámetro de la “normalidad”. ¿Cuándo? en el preciso instante en

que las cometan; ¿cuánto tiempo? para siempre; ¿en qué circunstancias? las que sean; ¿con qué fin? para castigar simple y llanamente.

Nos horrorizamos, estamos retrocediendo en el tiempo para bien o para mal. La tan famosa y temida Ley del Talión: ojo por ojo, diente por diente. ¿Acaso la realidad ha rebasado la ficción?

Después de reflexionar todos los comentarios hechos hasta el momento, nos damos cuenta de que seguimos en el mismo lugar, con la misma situación, con la misma realidad. Hemos llegado al punto de la depresión, de la impotencia, de la decepción, pero no perseguimos incitar suicidios, sino buscar soluciones a dichos problemas, y para ayudarnos en ese no fácil cometido trataremos de aterrizar todos los comentarios y reflexiones anteriores en puntos clave que nos servirán como hilo conductor para el desarrollo de la presente investigación.

1) Uno de los mayores problemas que enfrenta la sociedad y el Estado mexicanos, aparte de los reseñados con anterioridad, es el de la delincuencia, que va desde pequeñas faltas administrativas —me remito al caso del semáforo en rojo— hasta los delitos considerados —y no sólo por la ley sino por nuestra conciencia misma— como verdaderamente graves: homicidios, secuestros, violaciones y una interminable lista de “monerías”.

2) Es difícil, por no utilizar el término “casi imposible”, evitar conductas antisociales o delictivas cuando no hay empleo, por consecuencia dinero, ni posibilidades de una vida mejor para la mayor parte de la población. Problema que se agrava cuando muchos de nosotros —por no decir “mayoría”— estamos acostumbrados al dinero fácil y abrigamos más esperanza en el “melate” que en conseguir un empleo bueno y remuneratorio. En este particular caso, prevenir dichas conductas es una labor, por decirlo así, titánica.

3) Con el panorama anterior en mente, llegamos al supuesto central: las conductas delictivas han sido cometidas, ¿y ahora qué? Entramos verdaderamente en el meollo del asunto, en la parte escabrosa del tema:

¿cómo castigar (quizá readaptar) a los socialmente inadaptados? Desde tiempos no muy remotos se ideó un concepto —que hasta bonito suena— para retribuir, prevenir y/o readaptar a estos sujetos: “pena”. Esta pena o castigo ha adoptado varias modalidades; la más famosa: la pena de prisión. Y digo que la más famosa porque la pena de prisión representa para nosotros lo que para la era del paleolítico significó el fuego, para el *homo erectus* la caza y para el *homo sapiens* la agricultura y la domesticación de animales. Lo anterior sin afán de exageración, ya que ha sido y es, hasta el momento, la forma más “racional” y “humana” de —digámoslo sin rodeos— castigar y marginar de la sociedad a quienes cometen dichas conductas y atentan contra la sana convivencia social. Traducción: “desaparecerlos del mapa” de una manera “racional” y ante todo “humana”, y si por casualidad se readapta, ¡qué mejor!

4) Desafortunadamente la pena de prisión, como todo en esta vida, lleva aparejadas múltiples desventajas, las cuales nos han llevado a cuestionarnos respecto a su efectividad, su “racionalidad”, funcionalidad y nos han hecho dudar hasta de su aplicación. Como respuesta a estas interrogantes han surgido diversas posturas abolicionistas o algunas otras que tienden a su sustitución, mismas que en muchos países se han convertido en realidad y han rebasado la ficción. Nuestro país se ha acogido a las teorías sustitutivas a fin de evitar o al menos disminuir el impacto que causa en los individuos su aplicación —sin menospreciar el daño que causa, evidentemente, al bolsillo del Estado—.

5) En este punto es necesario comentar que el mayor problema en la aplicación de la pena de prisión no es su uso en sí, ya que como mencionamos anteriormente, hasta la fecha no se ha encontrado una pena “mejor” que al mismo tiempo que castigue, readapte (al menos en teoría), sino su abuso. Se tiene la fiel creencia —por demás desafortunada— de que la pena de prisión es *per se* correctiva o readaptadora, y que además es la única forma (además de la pena de muerte) de que “el delincuente

pague por su delito". Así, una gran parte de la población exige que todo delito sea castigado con la pena de prisión; pero la cosa no queda ahí: se piden penas más largas para las personas que comentan delitos calificados como graves (homicidios, secuestros, robo de infantes, violaciones y robos con violencia). Ejemplo de lo anterior, como se verá con mayor detenimiento, es la consulta popular realizada por el Partido Revolucionario Institucional y el Partido Verde Ecologista de México en el Estado de México el 16 de febrero de 2003 con la finalidad de conocer la opinión de la población de aquel estado respecto a la aplicación de la pena capital y de la cadena perpetua para quienes cometieran ese tipo de delitos, consulta que tiene como finalidad última el "endurecimiento" del Código Penal de dicha entidad federativa.

6) La pena de prisión, sea de corta o de larga duración, conlleva múltiples desventajas, como lo hemos apuntado en el inciso anterior, tanto para quienes se encuentran purgando dicha pena como para sus familiares, amigos, para el Estado y para la sociedad misma. Ante esta serie de menguas se ideó, propuso, discutió y finalmente aprobó la introducción a nuestro sistema penal de los sustitutivos de la pena de prisión, esto es, formas de evitar que inadaptados leves o personas no tan adaptadas pudiesen "escapar" a la pena de prisión, pero sin que esto constituyese un indulto o que significara dejar sin castigo o posibilidad de "readaptación" a dichos sujetos, de acuerdo con el mandamiento constitucional establecido en el artículo 18, según el cual el fin de la pena de prisión, mediante el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, es la reintegración del delincuente a la comunidad como forma de readaptación social, finalidad que a su vez deben perseguir los sustitutivos.

7) Pero, contrario a lo que podría pensarse, el problema no termina allí, ya que en la aplicación de los sustitutivos de la pena de prisión se han presentado ciertas "anomalías", por llamarlas de algún modo, mismas que se traducen en desventajas, las cuales a su vez vuelven deficiente la aplicación de los

mismos desvirtuando sus objetivos, desilusionando a las víctimas del delito y creando en la población en general el sentimiento y la firme creencia de que en nuestro país impera no un Estado de derecho, sino un Estado de impunidad.

8) Otro punto no de menor importancia es el referente a los correctivos de prisión. ¿Qué sucede cuando una persona ha cometido un delito y no cumple con los requerimientos o requisitos de procedencia para que se le aplique un sustitutivo de la pena de prisión? Indudablemente deberá ir a prisión por el tiempo al que se le haya condenado por sentencia firme que cause ejecutoria, al menos en principio. Y decimos que en principio porque aquí es donde entran al "juego" los llamados *correctivos de prisión*, los que se traducen, en pocas palabras, en *correctivos de la sentencia*. Para evitar confusiones debemos aclarar que este último comentario no lo hacemos con afán de desaprobación, sino hablando, como popularmente se dice, "sin pelos en la lengua". Al igual que la pena de prisión y los sustitutivos de la pena de prisión, los correctivos de prisión tienen sus ventajas, entre ellas disminuir el impacto que causa en el individuo que la sufre, tanto mental como físicamente, así como el evitar la sobrepoblación de las prisiones, al acortar la estancia de los delincuentes en las mismas. Pero, y siempre hay un pero, también traen consigo desventajas, las cuales consideramos no se deben principalmente a su regulación legal, sino a su aplicación a los casos en concreto.

9) Ante tan desolador panorama —la ineficacia de la prisión como pena humanizante, los defectos y problemas que se presentan en la aplicación de los sustitutivos y correctivos de prisión, así como la carencia de una idea nueva o renovadora que sustituya por completo (en todos los casos) la pena de prisión— parece que no existe salida posible sin mermar los intereses de la colectividad y de las víctimas del delito. Dejaremos, por el momento, una pregunta en el aire: ¿qué podemos hacer?

Frente a las situaciones anteriormente descritas, el presente trabajo de investigación no pretende buscar un significado para los términos injusticia, impunidad, corrupción y sus antinomias, sino presentar un panorama real de los medios que se han empleado para disminuir el uso de la pena de prisión —mediante los sustitutivos y correctivos—, la búsqueda de nuevos medios de solución de los conflictos sociales (podríamos hablar en este punto, por ejemplo, de la "justicia restaurativa", la mediación penal, la conciliación, la negociación, la suspensión del procedimiento a prueba, los acuerdos reparatorios) y la propuesta, ciertamente no muy popular, de la disminución de la penalidad establecida en los tipos penales y la despenalización, destipificación o desincriminación de algunas conductas que bien podrían prevenirse por medios de tutela menos gravosos que el derecho penal, a la vez que se analizan los avances y retrocesos que los mismos tópicos han tenido en otras latitudes; avances que podrían mejorar, al tiempo que influir, la política penal mexicana, agregando necesariamente el adjetivo "racional" a las reformas que busquen implementarse para mejorar nuestro sistema penal y penitenciario.

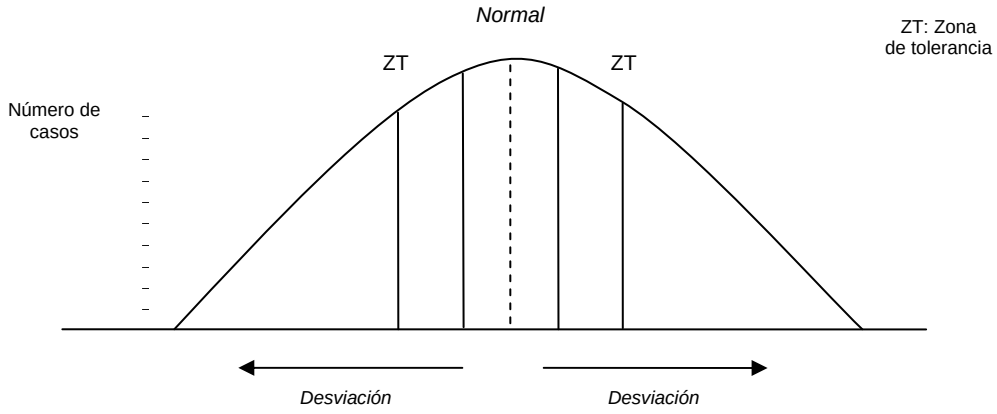
CAPÍTULO PRIMERO

LA PENA

I. LO NORMAL Y LO DESVIADO

Vivimos en una sociedad integrada por seres humanos dotados de derechos individuales, sociales, culturales y políticos reconocidos por el Estado y por todos los integrantes de la comunidad. En tal virtud, se ha establecido una serie de "reglas" de convivencia que todos debemos observar, reconocer y respetar.

Esas reglas de convivencia, cualquiera que sea su carácter —religioso, jurídico, político, moral, comunitario, etcétera—, sean o no jurídicas, establecen una forma de ser o de comportarse para lograr una adecuada y pacífica convivencia social. La conducta que se aparta de lo considerado como "normal", es decir, de esa forma generalizada de ser o de comportarse, se considera como desviada o "anormal"; pero no toda conducta ni todo sujeto que se aparte del punto medio de la normalidad puede ser calificado de anormal, ya que esta calificación dependerá del grado de la desviación tomando como base la idea de normalidad.



FUENTE: Tomado de Rodríguez Manzanera, Luis, *Penología*, 2a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 38.

Así, con base en el esquema anterior, las conductas que se encuentran dentro de la zona de tolerancia, si bien ya no son consideradas como "normales",

tampoco pueden ser consideradas como anormales o desviadas. Sólo las conductas que rebasen el área de tolerancia serán consideradas como verdaderamente desviadas. Luego entonces, la desviación vendría a ser "el resultado de un proceso de interacción que tiene lugar entre el comportamiento del sujeto y la reacción social por parte, sobre todo, de las instancias de control social...".[1]

En virtud de que el comportamiento de los seres humanos está influido por factores de tipo moral, ético, religioso, social, político y cultural, tanto la normalidad como la zona de tolerancia y la anormalidad o desviación no se encuentran claramente definidas ni delimitadas, sólo podrán precisarse de acuerdo con la reacción que produzcan en la comunidad —reacción social—, ya sea ésta de aceptación, tolerancia o rechazo.

II. LA REACCIÓN SOCIAL

Imaginemos que hemos sido invitados a una reunión a celebrarse en Los Pinos; vestimos nuestro mejor —quizá el único— traje de etiqueta para causar una buena impresión, ya que, si la suerte nos sonríe, quizá rozaremos de hombro al presidente de la República en turno. Todo acontece sin contratiempos: los canapés son más que exquisitos; nos topamos con los personajes más importantes de la política, por lo que tratamos de hacer gala de nuestra cultura y buenos modales, sin dejar de lado nuestro amplio —al menos eso creemos— vocabulario; el discurso no nos resulta tan interesante hasta el momento, pero los canapés y las copas de champagne bien valen el sacrificio. De manera por demás inesperada uno de los invitados, que tomó un particular gusto por tan suculenta y fina bebida, comienza a desprenderse de su vestimenta y a dar rienda suelta a su "buen" sentido del humor, mientras que el resto de los anonadados, sorprendidos, asustados e indignados invitados se limita a mirar el *show* con desaprobación (aunque también hubo sonrisas discretas). Inmediatamente, y ante la obvia molestia del presidente de la República por tan "desagradable" espectáculo, los

[1] Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 2001, p. 153.

guardias presidenciales se apresuran a sujetar al simpático invitado y conducirlo a la salida más cercana.

Culminado el discurso presidencial, los presentes permanecen sentados en sus respectivas sillas e inician los infaltables comentarios respecto al incidente. La mayoría de los invitados hace gala de su amplio y fino vocabulario, tachando a tan singular personaje de impertinente, loco, enfermo, ebrio, exhibicionista, vulgar e *inadaptado*, entre muchos otros adjetivos no aptos para ser mencionados aquí.

Como se observa en el ejemplo anterior, nos encontramos, por una parte, frente a una conducta que la mayoría de las personas considera "anormal" o "desviada", en virtud de que las normas que rigen el comportamiento social de los individuos en reuniones de tal magnificencia indican una conducta completamente opuesta a la realizada; por otra, la reacción de todos los presentes —reacción social—, misma que podemos resumir como de total desaprobación. Podemos asegurar, sin lugar a duda alguna, que el invitado "estrella" no regresará a Los Pinos ni acudirá a otra reunión de esas características, y no precisamente por falta de ganas, sino de invitación. Pero, ¿por qué el "simpático" invitado en nuestro ejemplo será cordialmente no invitado? Podríamos esgrimir muchas razones, pero la principal de ellas es la desaprobación de los concurrentes al evento de la conducta realizada por ese sujeto, quienes podrían comentar: "se pasó de la raya". Ese "pasarse de la raya" indica que la conducta en cuestión en percibida por todo aquel que presenció o se enteró del incidente (en virtud de que todo lo que pasa en Los Pinos termina casi siempre en primera plana) como incorrecta, no-normal (permítaseme esta expresión) y, para los más "moralistas", hasta despreciable. Pero la reacción de la mayoría de la gente hacia ese tipo de conductas no termina con el simple juicio moral, sino que se manifiesta externamente a través de conductas concretas, que pueden ir desde simplemente retirarle el habla, hasta la total y completa marginación (en este caso, más allá de la desaprobación generalizada, las personas lo marginarán de sus eventos sociales, situación que hasta cierto punto comprendemos en virtud de que todo buen anfitrión —incluido obviamente nuestro presidente de la República— evitará al máximo "espectáculos"

de esta naturaleza, porque no es considerado normal ni consuetudinaria o moralmente correcto desnudarse en fiestas o reuniones sociales. ¿Qué tan incorrecto es?, ¿quién dice que no es correcto?, ¿podría ser muy grave para los adultos y jocoso y hasta aceptable para los jóvenes?).

Con base en lo anteriormente ilustrado, podemos, ahora, definir la *reacción social* como el *efecto secundario e inmediato del núcleo social ante una conducta* de algún individuo, grupo o sector, que es *percibida como incorrecta, anormal, antisocial o desviada* o, bien, que excede los parámetros considerados normales de comportamiento.

De acuerdo con Luis Rodríguez Manzanera,[2] la reacción social presenta las siguientes reglas:

1) *A toda desviación corresponde una reacción*. La regla general es que toda conducta considerada anormal o desviada provocará una reacción en los miembros de la colectividad; pero como toda regla general, tiene sus excepciones: puede haber desviación sin reacción, reacción sin desviación y una reacción desproporcionada respecto de la desviación. Esto debido a la rigidez moral, cultural o religiosa de la sociedad de que se trate, ya que existen conductas que son duramente reprimidas en colectividades “conservadoras”, y mayormente toleradas en colectividades “liberales”.

2) *Existe una correlación entre el tamaño de la desviación y la magnitud de la reacción*. Mientras la magnitud de la desviación sea mayor, mayor será la reacción. En otras palabras: la reacción del grupo social se hará más notable o grave en tanto más se aleje el sujeto del punto medio de la normalidad.

3) *La reacción sigue el signo de la desviación*. Como anteriormente comentábamos, a todo hecho humano corresponde una reacción del grupo social. A una conducta positiva corresponderá una reacción positiva (en forma

[2] Rodríguez Manzanera, Luis, *Penología*, 2a. ed., México, Porrúa, 2000.

de premio o recompensa), en tanto que una conducta negativa provocará una reacción negativa (en forma de desaprobación, marginación o castigo).

Respecto al ejemplo que mencionábamos: *a)* un sujeto en estado de ebriedad que se despoja de su vestimenta (conducta desviada) ante la indignación (reacción social) del resto de los presentes; *b)* una conducta considerada *levemente* anormal o antisocial (magnitud de la desviación) frente a la reacción de los guardias presidenciales que se apresuran a mostrarle la salida del recinto haciendo uso de una *moderada* violencia (magnitud de la reacción), y *c)* la conducta del sujeto ha sido percibida por la mayoría de los presentes como anormal (signo de la desviación —negativa—) y la reacción a la misma es de reprobación (signo de la reacción —negativa—).

Ahora bien, dependiendo del tipo de normas que sean inobservadas por un sujeto determinado, la reacción social podrá ser de carácter comunitario, religioso, político, ideológico o jurídico, o bien provocar reacciones de diferentes caracteres para una misma conducta (reacción total).[3] En este espacio únicamente nos referiremos a la reacción social de carácter jurídico.

III. La reacción jurídico-penal

Como hemos dicho, a toda conducta considerada como desviada (ya sea ésta de carácter positivo o negativo) corresponderá una reacción de la misma magnitud e índole. Luego entonces, para que se produzca una reacción jurídica deberá anteceder a ésta una conducta que se aparte de la observancia de una norma de ese carácter.

[3] Supongamos que una niña de 15 años se entera por azares del destino (decimos por "azares" en virtud de que por su situación económica no cuenta con los medios para acudir con un médico que confirme el diagnóstico) que está embarazada de su novio de 16 años. Argumentando su juventud, falta de experiencia y de dinero, aunando a esto el nulo apoyo del futuro padre, decide acudir a una clínica —ilegal— a fin de que le practiquen un aborto. Desafortunadamente, y como consecuencia de las malas condiciones sanitarias de la clínica y poca preparación de quien realiza esas prácticas, la niña sufre complicaciones y se encuentra al borde de la muerte. El supuesto "médico", por humanidad o simplemente por no "cargar con el muertito", la introduce en su vehículo y la abandona en la entrada del hospital más cercano, donde la atienden con prontitud y eficacia salvándole la vida. Como era de esperarse, la noticia corre como pólvora y comienza a sucederse toda una cadena de eventos: la Iglesia evidentemente no tarda en manifestar su absoluta desaprobación ante un acto tan inmoral y anticristiano (reacción moral/religiosa: probablemente la excomunión), los miembros de su colonia "la señalan con el dedo" mostrando un claro desprecio hacia ella (reacción social: marginación), y el Ministerio Público hace lo propio a fin de integrar la averiguación previa en su contra (reacción jurídico-penal: imposición de una pena; esto último hasta antes del 27 de abril de 2007, fecha en que se despenaliza el aborto en el ámbito del Distrito Federal). Como puede observarse, una sola conducta puede originar diversas reacciones, de igual o distinta magnitud.

Estamos ante una norma jurídica cuando las reglas socialmente aceptadas y pactadas (en forma de enunciados) como fundamentales para el desarrollo y progreso de los individuos y de la sociedad en su conjunto se expiden conforme al procedimiento de creación establecido en la ley fundamental (el modo de su creación es lo que hace "jurídica" a una norma). Además del requisito anterior, es necesario que establezca una conducta como obligatoria, prohibida o permitida (requisito que otorga a un enunciado el adjetivo de "normativo"), siendo éstas las formas básicas de deber y de permisión.[4] Así, una conducta que ignore la obligatoriedad, prohibición o permisión establecidas en las normas jurídicas, naturalmente provocará una reacción jurídica negativa para el infractor.

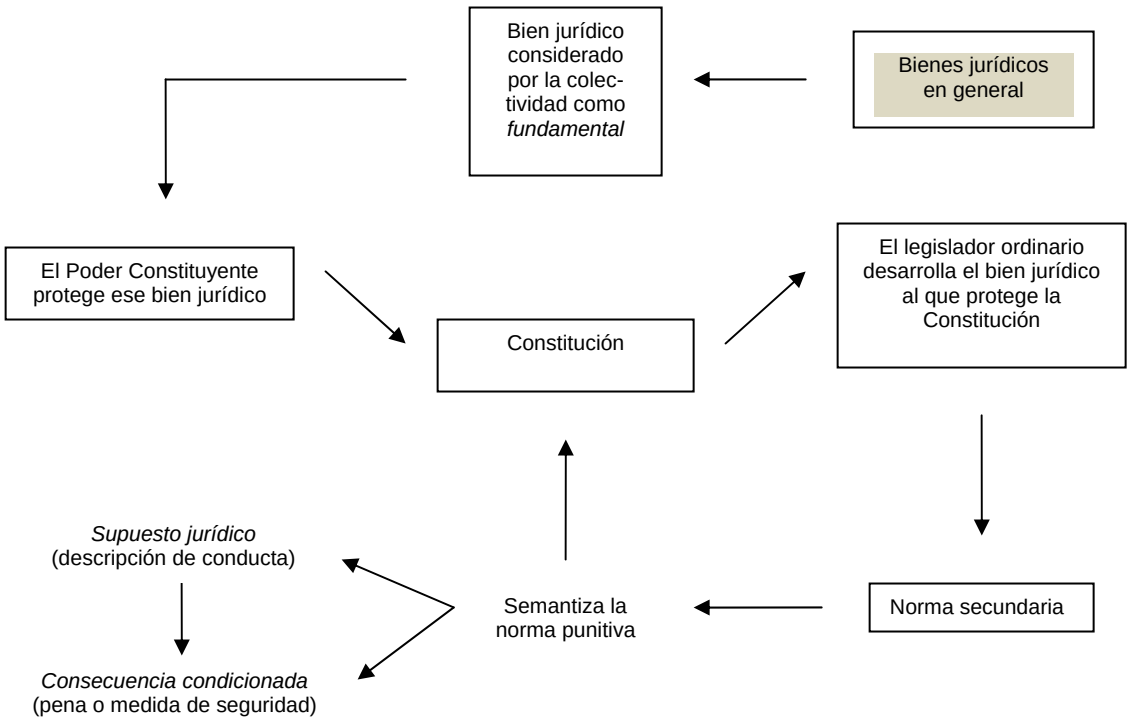
Las normas jurídicas se han clasificado en diversas ramas dependiendo del aspecto de la vida social que regulen. De tal forma, nos encontramos ante normas de derecho público, de derecho privado, de derecho social e internacional. Dentro de las normas jurídicas consideradas de carácter público se encuentran las normas penales.

Las normas penales, si bien persiguen la misma finalidad de toda norma jurídica, a saber: la protección de bienes jurídicos, sólo protegen aquellos bienes considerados como fundamentales para el desarrollo de la vida en sociedad. Así, la violación o inobservancia de las mismas provocará una reacción jurídico-penal.

Pero es necesario aclarar que no todos los bienes jurídicos[5] son fundamentales ni serán objeto de protección penal, sólo "aquellos derechos fundamentales [bienes jurídicos] cuyo núcleo de valor es de tal manera sensible o valioso que requieren de una protección o garantía de máxima *ratio*".[6] Además, la determinación, calidad y presencia de un bien jurídico merecedor de protección penal no la realiza el legislador arbitrariamente, sino que la deriva jerárquicamente

[4] Huerta, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 21 y 22.
[5] José Cerezo Mir señala que "bien jurídico es todo bien, situación o relación deseados y protegidos por el derecho. La suma de los bienes jurídicos constituye el orden social creado y protegido por el derecho". Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1981, p. 16.
[6] Al respecto, la doctora Olga Islas considera que "los bienes que debe recoger el legislador en las normas penales son, única y exclusivamente, los que son necesarios para la subsistencia misma de la sociedad o para hacer soportable la vida humana en la sociedad o para hacer viable el integral y democrático desarrollo (biótico, económico, político y cultural) de los seres humanos". Islas de González Mariscal, Olga, "Valores éticos tutelados por el derecho penal mexicano", en García Ramírez, Sergio (coord.), *Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación*, México, Fondo de Cultura Económica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pp. 211 y 212.

de la norma suprema. Así, una vez determinada la existencia jurídica de un bien jurídico protegible, mediante un consenso "plebiscitario" y no por simple mayoría, el legislador ordinario semantiza la norma punitiva compuesta de supuesto jurídico y consecuencia condicionada, es decir, descripción de conducta y señalamiento de pena o medida de seguridad.[7]



En el esquema anterior se aprecia la cadena concatenada de eventos que inicia con el bien considerado por la colectividad como fundamental para la convivencia; en un segundo momento, dada la relevancia del bien en cuestión, el Poder Constituyente lo plasma explícita o tácitamente en la ley fundamental; en un tercer momento, el legislador ordinario (llamado también poder constituyente permanente) toma el bien, en ese momento convertido en jurídico, y lo detalla mediante una norma secundaria (respetando los principios y límites establecidos o impuestos por la Constitución), y en la cual semantiza (da forma) la norma penal,

[7] En este punto seguimos a González de la Vega, René, "Principio de jerarquía normativa y legislación penal: una correlación no resuelta en Hispanoamérica", *Derecho penal*. *Memoria del Congreso de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. I. Derecho penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 179-195.

que se compone por dos elementos: supuesto jurídico y consecuencia condicionada (para que esta última se dé, será necesario que se configure el supuesto jurídico, lo cual podemos representar mediante el silogismo "Si A es, debe ser B").[8]

Si bien la reacción jurídica es la más grave forma de reacción social, la reacción penal es la más terrible de todas las reacciones, en virtud de que cuenta con el aparato estatal de coerción y represión más organizado, cuya base normativa son las leyes penales y cuya finalidad última es la aplicación de la reacción penal.[9]

IV. BASE NORMATIVA (*IUS PENALE*)

Diego Valadés conceptúa al Estado de derecho como "la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder; el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales, y la observancia de los derechos individuales, sociales, culturales y políticos".[10]

Bajo este tenor, la aplicación de la reacción penal deberá sujetarse, como toda actividad estatal, a la Constitución y a las leyes penales (base normativa), única fuente o lugar donde se origina el derecho penal. Entendiendo por este último, "aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad".[11] En sentido similar, se lo ha conceptuado como el "conjunto de normas jurídicas que prohíben

---

[8] Al respecto, Calliess sostiene que las normas penales poseen, además, una función (social) de comunicación entre tres sujetos: el destinatario de la prohibición o eventual sujeto activo de la conducta delictiva —*Ego*—, la posible víctima de dicha actuación —*Alter*— y el llamado a reaccionar frente al delito mediante la pena —*Tercero*—. "La norma (penal) crea entre *Ego*, *Alter* y *Tercero*… una red comunicativa en la cual cada sujeto espera no sólo el comportamiento, sino también las expectativas de los otros. Así, *Ego* ha de expresar no sólo un determinado comportamiento del *Tercero* como respuesta a su actuar, sino que el *Tercero* y *Alter* esperan que se deje determinar a favor de una conducta no delictiva". Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 3a. ed., Barcelona, PPU, 1990, p. 38.

[9] Rodríguez Manzanera, Luis, *op. cit.*, nota 2, p. 55.

[10] Valadés, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 7 y 8.

[11] Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 11a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 11. De similar forma se expresan Claus Roxin (*Derecho penal. Parte general*, t. I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego-Manuel Luzón, Miguel Díaz y Javier de Vicente, Madrid, Civitas, 1997, pp. 41 y 44) y José Cerezo Mir (*Curso de derecho penal*…, *cit.*, nota 5, p. 15).

la comisión de delitos y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica".[12]

Así, sólo podrá aplicarse la reacción penal al sujeto que haya realizado —acción— alguna o algunas de las conductas sancionadas por las leyes penales, o bien al sujeto que no haya realizado —omisión— alguna o algunas de las conductas que se esperaba llevara a cabo y cuya no realización origina una "infracción" de carácter penal,[13] o en fin, al sujeto que encontrándose obligado a la evitación de un resultado no lo impide —comisión por omisión—, produciéndose el resultado típico,[14] y siempre con apego a los procedimientos que para ese fin se establezcan en las mismas.

Derecho penal-ley penal

Como mencionamos líneas arriba, no corresponde al derecho penal la sanción de meras "inmoralidades"[15] o de conductas que no merman los bienes jurídicos considerados como fundamentales para una sana convivencia, sino aquellas que ponen en peligro el funcionamiento del sistema social.[16] Su función

[12] Mir Puig, Santiago, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 8, p. 13.

[13] Referido a un simple no hacer, independientemente de si de dicha omisión se origina o no el resultado típico, como por ejemplo la omisión de auxilio contemplada en el artículo 157, que se consuma con el mero no prestar auxilio.

[14] Mir Puig, Santiago, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 8, pp. 320 y 324. No existe unanimidad en la doctrina respecto al contenido y la naturaleza de la comisión por omisión (también denominada *omisión impropia*), pues mientras Santiago Mir Puig afirma que se trata de un delito de resultado, esto es, lo que se castiga es no evitar un resultado lesivo que no causa el sujeto con su comportamiento típico, Welzel se pregunta si "¿puede equipararse el no evitar una lesión de un bien jurídico (o sea, por ejemplo, la omisión de salvar a quien se está ahogando) con la producción de ésta (la muerte), de modo que la primera pueda ser penada de acuerdo a la misma disposición penal que la última y bajo qué presupuestos?" (Welzel, *Derecho penal alemán*…, *cit.*, nota 11, p. 286). Al respecto, y a fin de echar luz sobre el tema, el Código Penal para el Distrito Federal señala, en su artículo 16, que "en los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si: I. Es garante del bien jurídico; II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo", señalando además que se considera garante del bien jurídico a quien: "a) aceptó efectivamente su custodia; b) voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de [esa] naturaleza; c) con su actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o d) se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo". Sobre el tema pueden verse: Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal*…, *cit.*, nota 5, pp. 318 y 339; Roxin, Claus, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 11, pp. 247 y ss.; Welzel, *Derecho penal alemán*…, *cit.*, nota 11, pp. 272-307; Mancera Espinoza, Miguel Ángel, "La comisión por omisión en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, una nueva propuesta", en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *Análisis del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Terceras Jornadas sobre Justicia Penal* "*Fernando Castellanos Tena*", México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 57-67.

[15] Como señala Santiago Mir Puig, el concepto de bien jurídico "se utiliza por la doctrina penal en dos sentidos distintos: *a)* en el sentido *político-criminal* (*de lege ferenda*) de lo único que merece ser protegido por el derecho penal (en contraposición, sobre todo, a los valores meramente morales); *b)* en el sentido *dogmático* (*de lege data*) de objeto efectivamente protegido por la norma penal de que se trate… [Es decir,] como «objeto de la tutela jurídica»". Mir Puig, Santiago, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 8, p. 137.

[16] El Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal de 1931 contemplaba en sus artículos 255 y 256 los delitos de vagancia y malvivencia, y en el 171, fracción I, el delito de violar dos o más veces los reglamentos o disposiciones de tránsito, mismos que afortunadamente fueron derogados (por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 1991), por una feliz decisión

descansa en la "protección subsidiaria de bienes jurídicos, lo cual se conoce como principio de *ultima ratio*".[17] Esto es, que el Estado sólo puede utilizar su medio de sanción más severo —el derecho penal— cuando otras medidas menos nocivas han sido insuficientes.

No obstante, José Cerezo Mir afirma que "la función del derecho penal no puede limitarse, sin embargo… a una protección actual de los bienes jurídicos, pues para ello llega generalmente demasiado tarde. La función del derecho penal consiste esencialmente en el fomento del respeto a los bienes jurídicos. Para fomentar[lo]… el derecho penal ha de tratar de obligar a los ciudadanos en su conciencia, por su contenido valioso, de habituarles a su cumplimiento (mediante su continuidad) y de apelar, incluso, a sus intereses egoístas por medio de la coacción".[18]

Resumiendo: no cualquier conducta antisocial será sancionada por la ley penal, ni cualquier bien jurídico tutelado por el derecho penal; "sólo cuando los intereses de todos coinciden en que un determinado bien es sumamente valioso para la vida ordenada en comunidad, entonces y sólo entonces podrá ser protegido a través del derecho penal".[19]

V. Aplicación de la reacción penal (*ius puniendi*)

Al surgir los Estados como forma política, y teniendo como una de sus finalidades el establecer un orden social, crean para sí la facultad de castigar en nombre de la comunidad, impidiendo la justicia por propia mano. En otras palabras, el Estado cobra la función primordial de garantizar por distintas vías las libertades básicas y la de hacer un *quantum* mínimo para que el goce de los derechos sea igualitario y garantizado.

---

del legislador, en virtud de que no eran delitos que protegieran bienes jurídicos fundamentales y sí, en cambio, se prestaban para cometer todo tipo de arbitrariedades. Para un análisis exhaustivo de las reformas al Código Penal puede verse Islas de González Mariscal, Olga, "El desarrollo del derecho penal mexicano durante el siglo XX", *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 759-812.

[17] Jäguer, Christian, "Problemas fundamentales del derecho penal", *Criminalia*, México, año LXVI, núm. 1, enero-abril de 2000, pp. 3 y 4.

[18] Cerezo Mir, Santiago, *op. cit.*, nota 5, p. 17.

[19] Díaz-Aranda, Enrique, ¿Debe ajustarse el derecho penal mexicano a los principios de un Estado social y democrático de derecho?, *Derecho penal*. *Memoria del Congreso de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. I. Derecho penal*, *cit.*, nota 7, p. 100.

Sin embargo, debemos agregar que no sólo tiene el deber de aplicar la ley y en su caso las sanciones que de ésta emanen, sino que debe impedir que los particulares por sí apliquen las sanciones que crean convenientes al margen de la ley y sin respetar los procedimientos establecidos en la misma para tal fin, así como castigar a quienes actúen de ese modo. Al respecto, el artículo 17 de nuestra Constitución prescribe: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”.

Así, para que el Estado pueda cumplir con ese deber, es necesario que cree los mecanismos y los aparatos coercitivos y represivos necesarios, mismos que deberán estar compuestos por los cuerpos de policía, el Ministerio Público, los jueces, los fiscales, los carceleros, etcétera.

De lo anterior se desprende que si el Estado prohíbe que cualquier persona se haga justicia por sí misma, éste se encuentra obligado a proporcionar el aparato judicial mediante el cual los particulares puedan conseguir la protección de sus bienes jurídicos o el reconocimiento de sus derechos, lo que incluye la aplicación de la reacción penal a quienes, mediante un hacer o un no hacer, han vulnerado los derechos de otros. Atento a lo anterior, nuestra Constitución dispone en el artículo 17, segundo párrafo: “Toda persona tiene derecho a que se le *administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla* en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial...”.

Pero el poder punitivo del Estado, si éste se califica como “de derecho”, debe estar necesariamente acotado tanto por la división de poderes cuanto por una serie de valores constitucionales[20] que no podrán ser alterados en el ejercicio de

[20] De acuerdo con Miguel de la Madrid, “para que exista un conjunto ordenado y sistematizado de normas de conducta, tuvo necesariamente que existir un conjunto de valores que orientaran la formulación y creación de dichas normas de conducta, así como de las finalidades que éstas intentan alcanzar”. Y “si bien es cierto que tal conjunto de valores se encuentran diseminados en todo el orden jurídico, no menos cierto es que la Constitución, como norma jurídica fundamental, incluye a la mayoría de ellos, o al menos a los más importantes entre todos los que tutela el orden jurídico”. Entre dichos valores se encuentran los *personales* (intereses, principios, aspiraciones y deseos que pertenecen al individuo, consagrados en la “declaración de derechos fundamentales” efectuada en la parte dogmática de las Constituciones, y que se protegen mediante las garantías individuales), los *colectivos* (expresan intereses, principios, aspiraciones y deseos de las comunidades que conforman al Estado y que se protegen a través de los derechos o garantías sociales) y los *públicos* (que se refieren al contenido de los deberes del Estado y a la actividad de los órganos públicos para asegurar el orden social). De ahí que el poder punitivo del Estado se encuentre limitado por el respeto a dichos valores, pues —sentencia De la

dicho poder, de manera que la "función estadual no puede eclipsar la libertad y la libertad no puede esterilizar el ejercicio del poder legítimo".[21]

Consecuencias jurídicas de la desviación

Según decíamos en el apartado II, la reacción seguirá el mismo signo de la desviación. Esto es, a una desviación jurídica *lato sensu* (infracción, delito, falta) corresponderá una reacción del mismo carácter (sanción, pena, medida de seguridad).

De la misma manera, a una infracción administrativa corresponderá una sanción administrativa. Por ejemplo, el artículo 70 del Código Fiscal de la Federación establece que "la aplicación de las *multas*, por *infracciones* a las disposiciones fiscales, se hará independientemente de... las *penas* que impongan las autoridades judiciales cuando se incurra en responsabilidad penal".[22]

Ahora bien, ante una desviación jurídico-penal (es decir, contraria a la forma de ser o de comportarse establecida mediante normas jurídicas de carácter penal), la reacción del Estado (no ya de la colectividad en sentido estricto) será jurídico-penal. Dicha desviación, en nuestro sistema penal, ha recibido el nombre de *delito*.[23] Y sus consecuencias (en la terminología empleada: reacciones) son:[24] *a)* las penas; *b)* las medidas de seguridad, y *c)* las "consecuencias accesorias" para las personas morales. En este punto sólo nos referiremos a los incisos *b* y *c*, ya que más adelante y con mayor especificidad, por ser el punto central del presente trabajo, hablaremos de las penas. Sin embargo, es oportuno aclarar que de la trascripción del artículo 70 del Código Fiscal de la Federación (sólo por mencionar

---

Madrid— "todo precepto constitucional, de manera directa o indirecta, tiene en sus entrañas la protección de un valor", por lo que la violación de uno de ellos redundará en una violación de esta última. Madrid Hurtado, Miguel de la, "Los valores en la Constitución mexicana", en García Ramírez, Sergio, *Los valores en el derecho mexicano*…, *cit.*, nota 6, pp. 266-276.

[21] Sarrulle, Óscar E., *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (abolicionismo o justificación)*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998, p. 77.

[22] Remitimos al lector al apartado "XIV. Diferencia de la sanción penal —pena— con la sanción administrativa".

[23] El artículo 1o. del Código Penal para el Distrito Federal establece que "a nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como *delito*". En cambio, en el sistema jurídico-penal francés se habla de infracciones penales, las cuales, de acuerdo con su gravedad, se clasifican en crímenes, delitos y faltas (artículo 111-1 del Código Penal francés).

[24] El sistema *il doppio binario* —de la doble vía— (es decir, dualidad de sanciones frente al delito: penas y medidas de seguridad) se introdujo en nuestro país con el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931. Véase Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho punitivo. Teoría sobre las consecuencias jurídicas del delito*, México, Trillas, 1993, p. 174.

este ejemplo) se desprende que el término *pena* es propio y exclusivo del ámbito de la responsabilidad penal (aunque en la práctica, en no pocas ocasiones, a lo que estrictamente es una pena se le coloca el disfraz de sanción administrativa por estar fuera del ámbito penal la "infracción" que la motiva o porque no es impuesta por la autoridad judicial).

En cuanto al inciso *b*, podemos comenzar diciendo que en 1893, Carlos Stoos, encargado de la elaboración de la parte general del Proyecto de Código Penal suizo, colocó junto a la pena de naturaleza retributiva otros medios para combatir el crimen, denominados *sichernde massnahmen* (medidas de seguridad).[25] Este nuevo concepto surgió como algo distinto y diferenciable, aunque estrechamente vinculado, al concepto de pena, ya que su naturaleza, sus efectos y sus fines son diversos a los que se le atribuyen a la pena en sentido estricto. Pero por el momento nos conformaremos con decir que desde sus inicios y hasta la fecha, las medidas de seguridad han sido concebidas —palabras más, palabras menos— como aquellos medios que emplea el Estado como forma de reacción jurídico-penal para la prevención de nuevos delitos y para obtener la adaptación del individuo a la sociedad (medidas educadoras o correccionales) o, bien, la eliminación de los inadaptables (medidas de protección o de seguridad en sentido estricto), mismas que se basarán no, como en el caso de las penas, en la importancia del bien lesionado, la gravedad de la lesión y la culpabilidad del autor, sino en la temibilidad del sujeto, es decir, el grado de peligrosidad manifestado por el individuo en su conducta antisocial, ambos conceptos (temibilidad y peligrosidad) ahora en discusión.

De acuerdo con el Código Penal,[26] las medidas de seguridad que pueden imponerse a quienes realicen, por acción u omisión, alguna de las conductas previstas como delitos son: *a)* supervisión de la autoridad; *b)* prohibición de ir a un

[25] Véase Jiménez de Asúa, Luis, "La pena y las medidas de seguridad", *Criminalia*, México, año XXVI, núm. 12, diciembre de 1960, p. 973.

[26] El Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal regulaba, como su nombre lo indica, el ámbito local del Distrito Federal y la material federal, esto hasta el 18 de mayo de 1999, fecha en que se separó el aspecto federal del común y en virtud del cual cada código tomó su propio camino. En el presente trabajo, cuando hagamos referencia a "Código Penal" nos estaremos refiriendo al del Distrito Federal, y si se desea hacer alusión al Código Penal Federal se indicará de esa forma.

lugar determinado u obligación de residir en él; *c)* tratamiento de inimputables o imputables disminuidos, y *d)* tratamiento de deshabituación o desintoxicación (artículo 31). Catálogo al que pueden agregarse las establecidas en el Código Penal Federal consistentes en amonestación, apercibimiento, caución de no ofender, internamiento de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, publicación especial de sentencia y medidas tutelares para menores (artículo 24).

En principio, si bien sólo las personas físicas pueden ser penalmente responsables, el artículo 27 de nuestro Código Penal establece que cuando un miembro o representante de una persona moral cometa algún delito con los medios o instrumentos proporcionados por ésta para dicho fin, en su nombre, bajo su amparo o para su beneficio, podrán imponérsele a dicha persona moral las "consecuencias jurídicas accesorias" que establece el artículo 32, independientemente de las penas que correspondan a la persona física por los delitos cometidos. Dichas "penas" accesorias son: *a)* suspensión; *b)* disolución; *c)* prohibición de realizar determinadas operaciones; *d)* remoción, y *e)* intervención.

VI. Etapas de la reacción penal

Es necesario distinguir tres etapas en la organización y aplicación de la reacción penal; las cuales van desde el momento en que el legislador establece la norma penal, mediante la cual brinda una protección especial a los bienes jurídicos considerados como fundamentales para la sana convivencia y el control social, así como estableciendo/configurando la amenaza concreta de sanción (punibilidad); la propia del judicial, al momento en el cual éste fija la punibilidad, es decir, cuando el juez establece la pena aplicable al caso concreto (punición), hasta el momento ejecutivo, en la cual se crea infraestructura material y humana a fin de cumplir el mandamiento judicial de ejecución de la reacción penal (pena).

A fin de analizar claramente cada una de estas etapas, debemos antes realizar algunas reflexiones. Se dice que actualmente la mayoría de los Estados se configuran como Estados democráticos de derecho. En virtud de ese carácter,

como lo señalábamos anteriormente, todos los órganos del Estado deben ajustar sus actuaciones o actividades a la Constitución y a las leyes emanadas de la misma. En virtud de lo anterior, toda actividad estatal debe ser legal, legítima, limitada (so riesgo de convertirse en autoritaria) y debe guiarse por determinados principios rectores.

Así, la legalidad hace referencia a la conformidad de la actividad estatal con un orden jurídico preestablecido; la legitimación se relaciona con el valor intrínseco de la figura en estudio; los límites nos indican las barreras que dicha actividad no puede sobrepasar, ya que de lo contrario podría perder su legitimación, y los principios rectores son aquellos presupuestos generalmente acordados y aceptados a los cuales debe igualmente ajustarse la actividad estatal.

1. *Punibilidad*

Esta primera etapa es resultado de la actividad legislativa. Consiste en una amenaza de sanción o castigo, que se presenta como privación o restricción de bienes y/o derechos, a quien o quienes realicen o dejen de realizar conductas prohibidas u obligatorias, respectivamente, que se plasma en una norma general de carácter penal. “La punibilidad, elemento o consecuencia del delito, es la sancionabilidad legal penal del comportamiento típico, antijurídico, imputable y culpable... También se denomina punibilidad a la sanción misma aplicable a un delito, esto es, al tramo punitivo que establece el legislador”.[27]

Adicionalmente, el doctor Sergio García Ramírez señala que la individualización legal (que podemos identificar con la punibilidad) “norma la culpabilidad, fija los rangos de punición, estipula genéricamente la naturaleza y cuantía de las penas y medidas, y ajusta éstas, *in specie*, a los supuestos de mayor o menor gravedad en cada conducta típica”.[28]

[27] García Ramírez, Sergio, *Derecho penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, p. 70; del mismo autor, “Derecho penal”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, t. XI, p. 453.
[28] García Ramírez, Sergio, *Derecho penal*, *cit.*, nota anterior, p. 82.

Para que la punibilidad sea legal, deben seguirse los procedimientos que imponen la Constitución y las leyes de la materia respecto a la creación de las normas penales; esto es, que el órgano que la crea (Legislativo) posea dicha facultad de creación, pero no sólo eso, sino que además, al momento de semantizar la norma penal, lo haga siguiendo los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico preestablecido.

Será legítima si efectivamente se establece para la protección real de bienes jurídicos amenazados o dañados, esto es, si de hecho existen situaciones que los ponen en peligro o los dañan y para dicha protección es imperiosamente necesaria la amenaza de castigo o sanción.[29] En este punto es necesario recordar que la punibilidad debe ser el último medio con que cuente el Estado para la protección de dichos bienes jurídicos fundamentales; debe haber agotado anteriormente todos los medios preventivos (jurídicos o no jurídicos) antes de llegar, como *ultima ratio*, a la punibilidad, pues de lo contrario sería ilegítima.

En cuanto a la finalidad de la punibilidad, no puede ser otra que la de prevención general; la cual "consiste en evitar determinadas conductas antisociales gracias a la intimidación que produce la amenaza contenida en la norma penal",[30] pues "su carácter disuasivo o intimidatorio pende como la espada de Democles sobre la cabeza de los ciudadanos".[31] No obstante ello, también cumple una función de prevención general positiva, en virtud de la cual los miembros de la colectividad perciben la real obligatoriedad de las normas penales y la afirmación y valoración de los bienes jurídicos fundamentales, así como su jerarquización mediante la amenaza de sanción.

Su determinación debe realizarse tomando en cuenta criterios cualitativos y cuantitativos. De ahí que al crear una norma jurídico penal el legislador deberá adecuar la cualidad del bien tutelado a la magnitud de la lesión o puesta en peligro respecto a dicho bien, así como efectuar un balance proporcional cuantitativo de la

[29] Al respecto pueden verse "Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en el *caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago* del 21 de junio de 2002", y la sentencia referente a dicho caso emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la misma fecha. Ambos visibles en *http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm*.
[30] Rodríguez Manzanera, Luis, *Penología*, *cit.*, nota 2, p. 89.
[31] Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho punitivo*…, *cit*., nota 24, p. 74.

punibilidad al delito (tipo) que tome en consideración la gravedad objetiva del mismo; para ello, deberá encuadrar la punibilidad dentro de mínimos y máximos de cuotas sancionadoras.[32] De dichos criterios se desprenden los límites de la punibilidad, los cuales van desde la legitimación y la necesidad hasta los impuestos por los derechos humanos reconocidos tanto en el derecho interno e internacional[33] y por el bien jurídico protegido.

Además de los principios de legalidad y legitimación, la punibilidad debe seguir otros principios rectores, a saber:

a) *Principio de necesidad*. La norma penal sólo debe crearse cuando sea necesaria, es decir, que la amenaza de sanción sea indispensable para la protección del bien jurídico tutelado.[34] Pues "no debemos olvidar que el reino del terror y de la anarquía no es aquel donde falta una ley, sino aquel donde ésta supera los límites de la proporción en el intento por parar las manos a los delincuentes".[35]

b) *Principio de generalidad*. La amenaza de restricción o privación de bienes y/o derechos debe dirigirse a todo aquel que viole la norma, pero también a toda la colectividad, a fin de que cumpla con uno de sus principales objetivos: la prevención.

c) *Principio de abstracción*. La punibilidad debe referirse a la totalidad de hechos que tengan lugar durante su vigencia y nunca a casos concretos.

d) *Principio de monopolio del ius puniendi*. Sólo el legislador puede establecer la punibilidad, de acuerdo con lo cual: el juez o el ejecutor no pueden crear punibilidades, y los particulares no poseen la reacción penal en ninguna de sus fases, esto es: no pueden crear amenazas de sanción

[32] *Ibidem*, pp. 73-76.
[33] No pueden, por ejemplo, estipularse como amenazas de castigo (como punibilidad) la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como la amenaza de muerte en los países que la han abolido, de acuerdo con la Convención Americana de Derechos Humanos, independientemente de que las Constituciones de los Estados no estipulen la prohibición de su uso. Estos límites los impone el derecho internacional de los derechos humanos.
[34] Véase *infra*, "Fines de la pena".
[35] Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho punitivo*…, *cit*., nota 24, p. 76.

penales (punibilidad), dictar la sanción que corresponda por la conducta realizada (punición) o ejecutar y aplicar la sanción impuesta (pena).[36]

2. *Punición*

La punición puede ser definida como "la privación o restricción de bienes jurídicos, que se impone con apego a la ley por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de la comisión de un delito".[37] En el parágrafo anterior veíamos que el legislador establece una amenaza de castigo o sanción a quien cometa u omita determinadas conductas; en esta etapa, en cambio, el órgano jurisdiccional competente, con base en esa norma preestablecida por el legislador, aplica dicha sanción o castigo a quien efectivamente ha cometido u omitido alguna de las conductas sancionadas por las leyes penales.

De las consideraciones anteriores se desprenden los siguientes elementos:

a) *Privación o restricción de bienes jurídicos al autor del delito*. La sanción o castigo derivado de la inobservancia de las leyes penales se traduce en una efectiva privación o restricción de bienes jurídicos, los cuales deben ser de su propiedad o goce a fin de que efectivamente se produzca una aflicción en el autor de dichas conductas, ya sea con un fin retributivo o preventivo.

b) *Impuesta con apego a la ley*. La privación o restricción de bienes debe realizarse respetando el principio de legalidad, *nulla poena sine lege*; en virtud del cual el órgano jurisdiccional no puede rebasar el mandato legal que determina el límite máximo y mínimo de la restricción o privación de bienes, siendo ilegal si no cumple con dicho requisito.

c) *Impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes*. De acuerdo con la tradicional división de poderes en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, a cada uno de estos órganos del Estado corresponden determinadas competencias y funciones de manera exclusiva, y otras en las cuales puede haber

[36] Rodríguez Manzanera, Luis, *Penología*, *cit.*, nota 2, pp. 90 y 91. Respecto a estos principios véanse los artículos 14 de la Constitución, 7o. del Código Penal Federal y 1o. del Código Penal para el Distrito Federal.
[37] Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del delito*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 181.

concurrencia. Pero en todo Estado democrático de derecho —al menos en teoría—, "la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial"[38] (podríamos denominarla "competencia constitucional"). Aunque también es requisito *sine qua non* la competencia por cuantía, materia, etcétera ("competencia legal").

d) *Al culpable de la comisión de un delito*. La privación o restricción de bienes debe recaer en el culpable, en respeto del principio *nulla poena sine culpa*, de la conducta considerada por las leyes penales como delito; de aquí surge el principio de la no trascendencia de las penas, siendo la culpa un elemento indispensable para su imposición.

Ahora bien, la finalidad o función de la punición es reafirmar la prevención general, esto es, mostrarle a la colectividad que la amenaza de sanción (punibilidad) es en realidad efectiva, disuadiendo a los posibles criminales de la comisión de las conductas sancionadas. También cumple una función de prevención especial, ya que al imponerse la pena al autor del delito, éste experimentará la aflicción que la pena provoca, intimidándolo para evitar su reincidencia. No obstante, hay quien afirma que "en este estadio o fase, la sanción tiene como finalidad la mera retribución, al devolver mal por mal".[39]

Al igual que la punibilidad, la punición tiene como límites los derechos humanos (es decir, no podrá imponerse una pena que viole los derechos humanos reconocidos por el derecho interno e internacional de los derechos humanos) y el bien jurídico protegido (del valor del bien dependerá la gravedad de la pena, así como del grado de lesión o peligro en que se lo coloque), además de la culpabilidad, ya que la pena deberá ser proporcional a la culpabilidad del autor en el acto penalmente sancionado.

Para considerar a la punición como "racional" y legítima, debe seguir y respetar los principios siguientes:

[38] Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
[39] Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho punitivo*…, *cit*., nota 24, p. 78.

- *Principio de necesidad*. No se debe sentenciar a un sujeto a cumplir una pena cuando no sea estrictamente necesario, ya sea para evitar la reincidencia, bien para retribuir o para efectos de prevención general, dependiendo de la teoría de la función de la pena que se acoja.[40]

- *Principio de personalidad*. La punición sólo puede aplicarse al sujeto culpable de una infracción penal, es decir, no debe trascender a la persona sobre la cual recaerá la ejecución de la pena, *v. gr*. familiares, amigos, etcétera.[41]

- *Principio de legalidad*. La punición debe estar previamente determinada en una ley (*nulla poena sine lege*), y esa ley, a su vez, debe ser anterior al momento de la comisión del hecho delictivo (*nullum crimen sine lege*).[42]

- *Principio de competencia judicial*. Como anteriormente comentábamos, la punición sólo podrá imponerse por el órgano que expresamente posea competencia para ello, el cual, en un Estado respetuoso de la división de poderes y funciones, es el judicial.[43]

- *Principio de defensa*. La punición sólo tendrá validez si el sujeto al cual se le aplica tuvo la posibilidad de defenderse durante el proceso que precede a la imposición de la misma.[44]

- *Principio de particularidad*. A diferencia de la punibilidad, que está dirigida a la generalidad de los miembros de una determinada sociedad, la punición se aplica a un caso concreto: se individualiza la norma general para su aplicación a un caso particular.[45]

---

[40] Véase artículo 70, párrafo segundo, del Código Penal.
[41] Véanse los artículos 23 del Código Penal para el Distrito Federal y 10 del Código Penal Federal.
[42] Artículo 1o. del Código Penal.
[43] Artículo 6o., *ibidem*.
[44] Artículo 20, apartado A, fracción IX de la Constitución mexicana. Respecto a la garantía judicial al derecho a una defensa adecuada véase el artículo 8o., párrafo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
[45] Artículos 71 y 72 del Código Penal local y 52 del ordenamiento federal. Véase, también, Rodríguez Manzanera, Luis, *Penología*, *cit.*, nota 2, pp. 93 y 94.

3. *Pena*

Establecida la punibilidad por el legislador y aplicada al caso concreto por el órgano jurisdiccional, finalmente llegamos a la tercera, y para efectos de nuestro trabajo de investigación más importante, etapa de la reacción penal: la pena,[46] la cual podemos conceptuar como la efectiva privación o restricción de bienes jurídicos al autor de una conducta punible (establecida como tal por el legislador) a través de una sentencia condenatoria dictada por autoridad judicial competente. Se entiende, pues, como la *consecuencia* del delito, en general, y como la *ejecución* de la punición particular.

La pena, como la punibilidad y la punición, deberá ser legal, legítima, respetar ciertos límites (los derechos humanos y la culpabilidad del agente) y basarse en determinados principios (necesidad, personalidad, individualización, particularidad, justicia, prontitud, utilidad y legalidad). Pero antes de abordarlos, nos referiremos *grosso modo* a la finalidad de la pena.

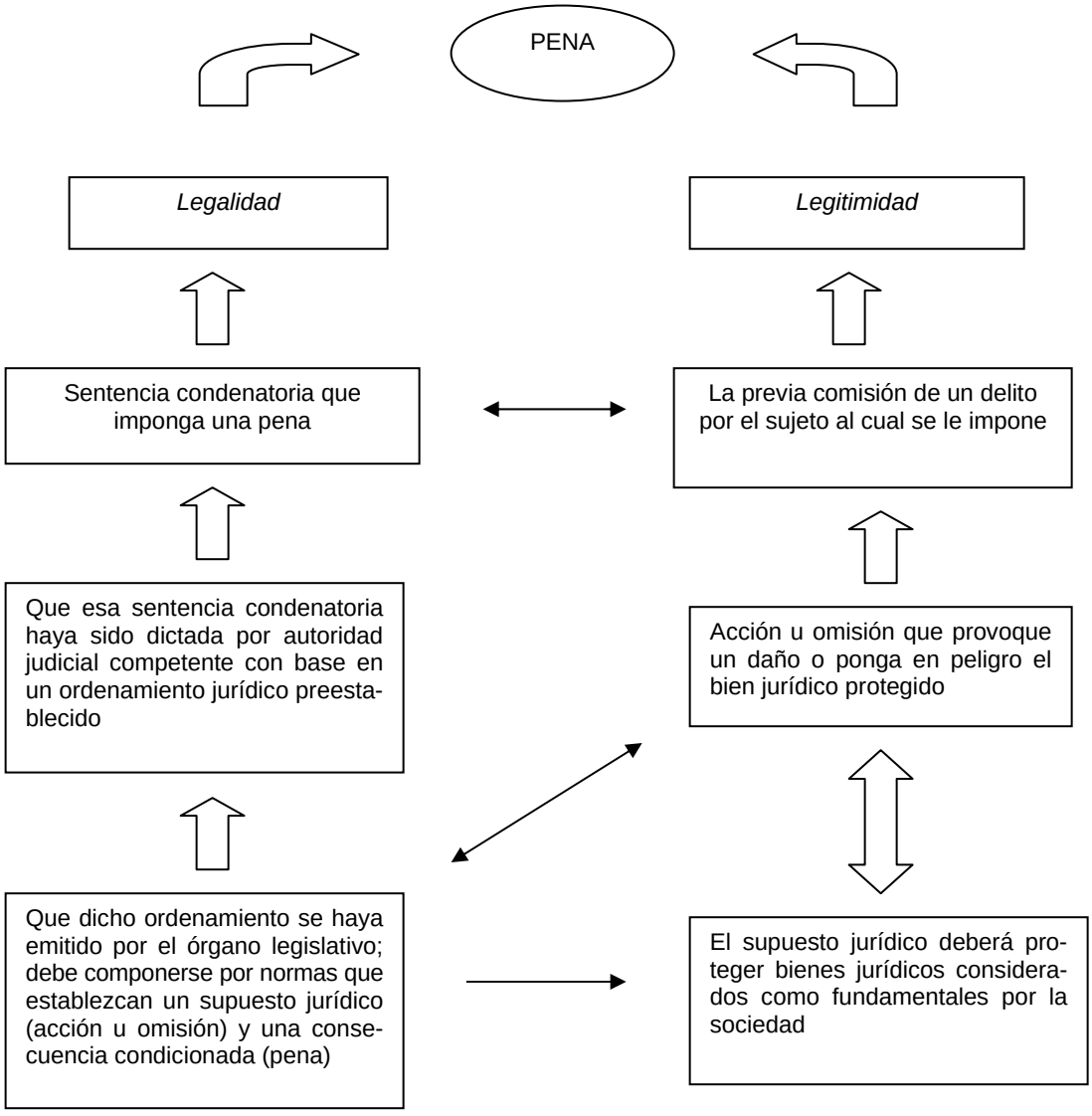
Al respecto se han formulado varias teorías,[47] pero evitando entrar en este momento en polémicas o discusiones podemos decir que tiene dos finalidades: la prevención especial y la prevención general. La primera de ellas se dirige a impedir que el individuo reincida (al haber padecido la pena y sus efectos, el individuo evitará —al menos en teoría— realizar conductas delictivas que tengan como consecuencia la imposición de una pena); en tanto que la segunda se dirige a reforzar la intimidación de la colectividad, ya que ésta, al constatar que la pena efectivamente se aplica, evitará colocarse en la posición de penado.

Ahora bien, la pena sólo podrá ejecutarse si ha sido impuesta mediante una sentencia condenatoria dictada por la autoridad judicial (juez) con base en y respetando el procedimiento establecido por las normas jurídicas procesales. De esta forma, la sentencia condenatoria es una condición *sine qua non* para que la pena sea legal. Pero también es necesario que su ejecución se ajuste a las normas del derecho ejecutivo penal, las cuales establecen propiamente las

[46] Véase *infra* “VII. Concepto de pena”.
[47] Véase *infra* “X. Finalidad de las penas”.

condiciones y modalidades conforme a las cuales se aplicará. En tanto que será ilegítima si no es antecedida por la comisión de una conducta delictiva por el sujeto al cual se le impone.

Lo anterior podemos esquematizarlo de la siguiente forma:



En cuanto a los límites de la pena, éstos los imponen los derechos humanos y la culpabilidad del sujeto. Esto es, las penas establecidas en los ordenamientos jurídicos no deben contrariar las disposiciones del derecho

"nacional" de los derechos humanos,[48] el cual a su vez encuentra su límite en el derecho internacional de los derechos humanos;[49] en tanto que la pena se limitará en su máximo por la culpabilidad[50] y en su mínimo por la repersonalización.

Como comentábamos al inicio de este apartado, la pena debe seguir y respetar determinados principios si lo que se desea es una política penal racional y humanitaria propia de un Estado democrático (algunos agregarían "social") de derecho. Dichos principios son:[51]

1) *Principio de necesidad*. Sólo deberá efectuarse la privación o restricción de bienes a título de pena sólo (y sólo si) es indispensable para la consecución de sus fines (prevención general y prevención especial —¿acaso "retribución"?—).

2) *Principio de personalidad*. La pena sólo podrá privar o restringir los bienes jurídicos del autor del delito, es decir, no puede trascender a su persona.[52]

3) *Principio de individualización*. Como comentábamos *supra*, las legislaciones penales sustantivas establecen un supuesto jurídico (acción u omisión prohibida) y su consecuencia condicionada (pena); dentro de esta última se estipulan límites mínimos y máximos de imposición penal de acuerdo con la culpabilidad de su autor. Ahora bien, cuando el juez individualiza la norma al caso concreto (punición) a fin de establecer la pena correspondiente, deberá tener en cuenta la culpabilidad, la existencia de atenuantes o agravantes, la peligrosidad del individuo, la gravedad de la

[48] "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales" (artículo 22 de la Constitución mexicana).
[49] "Todo Estado parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o *penas crueles, inhumanos o degradantes*" (artículo 16 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes) (cursivas nuestras).
[50] Sobre la culpabilidad no existe avenencia en la doctrina. Se la concibe como en nexo psíquico entre en sujeto y el hecho delictuoso; como la contradicción entre la voluntad del agente y la norma jurídica, contrariedad que genera un juicio de reproche, y como un mal uso de las facultades del agente (García Ramírez Sergio, "Derecho penal", *op. cit.*, nota 26, pp. 445 y 446). No obstante, para no permanecer en el limbo proporcionamos el concepto elaborado por Santiago Mir Puig (*Derecho penal*…, *cit.*, nota 8, p. 576) en el sentido de que "existe culpabilidad cuando el autor de un hecho penalmente antijurídico actúa en condiciones de motivabilidad normal, lo que sucede si no es inimputable… ni obra en una situación de *no exigibilidad*" (es decir, cuando no existen causas de justificación o eximentes de la responsabilidad penal).
[51] Rodríguez Manzanera, Luis, *Penología*, *cit.*, nota 2, p. 96.
[52] El artículo 10 del Código Penal Federal establece: "la responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes...". Estamos en presencia de una disposición que de manera evidente limita la restricción o privación de bienes a los propios del delincuente.

conducta, etcétera. Lo mismo sucede con la pena, ya que en el momento de la ejecución deben tomarse en cuenta las peculiaridades individuales del reo (principalmente se cita el criterio de "peligrosidad", en virtud del cual se determina, por ejemplo, si el sujeto sentenciado a una pena privativa de libertad debe ser recluido en una prisión de máxima o mínima seguridad).

4) *Principio de particularidad*. En virtud de este principio, sólo se sanciona a un sujeto en particular y determinado, lo cual significa que no pueden imponerse penas de forma colectiva ni puede una sola sentencia establecerlas para varios sujetos.

5) *Principio de justicia*. La pena debe ser justa en cuanto a su proporción en dos aspectos: *a)* en relación con la fijación hecha por el legislador, puesto que éste debe ser justo al momento de establecer la proporción entre el delito y la pena, y *b)* en lo referente a la persona que juzga, porque al imponerla debe hacerlo de manera tal que la pena sea proporcional a la gravedad de la conducta y grado de culpabilidad. Este principio es extensivo a la punibilidad y a la punición.

6) *Principio de prontitud*. La pena debe ser pronta, es decir, que cuando se deba imponer una pena se haga lo más pronto posible, ya que la incertidumbre respecto a la misma se convierte en un tormento psicológico.

7) *Principio de utilidad*. Establece que la pena debe ser útil tanto para el Estado como para la sociedad a fin de lograr un beneficio (por ejemplo la cohesión del grupo social). Ese beneficio o utilidad debe ser superior al castigo que recibe o recibió en lo individual el delincuente.[53]

[53] A estos principios pueden agregarse, aunque más que principios de la pena lo son del derecho penal que se precie "democrático": *a)* principio de legalidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*); *b)* principio de tipicidad (es decir, existencia previa de los tipos penales); *c)* principio de intervención mínima (*ultima ratio* o subsidiariedad); *d)* principio del bien jurídico (que se sancione el daño o la puesta en peligro del bien jurídico); *e)* principio de acto (*nullum crimen sine conducta*), y *f)* principio de culpabilidad y de presunción de inocencia. Moreno Hernández, Moisés, "Principios rectores en el derecho penal mexicano", *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, t. II, pp. 1309-1343.

VII. CONCEPTOS DE PENA

Como mencionamos *supra*, la violación o inobservancia de las leyes penales (delito) provocará una reacción jurídico-penal negativa, misma que se presentará en forma de castigo o sanción, términos que se unifican en un solo concepto: *pena*

Cuando oímos hablar del vocablo pena,[54] viene a nuestra mente la idea de un castigo, un mal o un sufrimiento. Y en realidad eso es: un mal impuesto al sujeto que ha cometido un acto antijurídico sancionado por la ley penal.

Para Franz von Liszt la pena "es el mal que el juez inflige al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor".[55] Y señala que de su concepto se desprenden dos caracteres esenciales: 1) "es una lesión sufrida por el autor en sus intereses jurídicamente protegidos, una intromisión en la vida, la libertad, la propiedad o el honor del delincuente", y 2) "es al mismo tiempo una reprobación tangible del acto y del autor".[56]

Por su parte, Eugenio Cuello Calón conceptúa a la pena como "la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes al culpable de una infracción penal".[57] Y agrega: "La privación o restricción impuesta al condenado de bienes jurídicos de su pertenencia… causa en el culpable el sufrimiento característico de la pena. Toda pena, cualquiera que sea su fin… siempre es un mal, siempre es causa de aflicción para el que la sufre".[58] Y ello porque implica la privación, como dijo Locke, de los tres derechos que justifican la existencia del Estado moderno: la vida —negada con la pena de muerte—, la libertad —con la pena privativa de libertad— y la propiedad —con las multas o penas patrimoniales—.[59]

---

[54] Del latín *poena*, castigo impuesto por la autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta. Bunster, Álvaro, "Pena", *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, t. VII, p. 76.
[55] Von Liszt, Franz, *Tratado de derecho penal*, 4a. ed., trad. de Luis Jiménez de Asua, Madrid, Reus, 1999, tomo tercero, p. 197.
[56] *Idem*.
[57] Cuello Calón, Eugenio, *La moderna penología*, Barcelona, Bosch, 1974, p. 16.
[58] *Idem*. Algunos autores niegan que la pena constituye un mal: para Carlos Roeder, "[la pena] no es un mal sino un bien para el delincuente, cuya injusta voluntad reforma"; Dorado Montero la considera como "un bien para el penado en cuanto debe consistir en un tratamiento desprovisto de espíritu represivo y doloroso" (p. 16, nota 1).
[59] Sanz Mulas, Nieves, "Sistema de penas en la actualidad. La situación mexicana", *Criminalia*, México, año LXIII, núm. 2, mayo-agosto de 1997, p. 3.

Welzel, en su *Derecho penal. Parte general*,[60] afirma que la pena es "un mal que se dicta contra el autor por el hecho culpable". En tanto que Jorge Ojeda Velázquez entiende a la pena como "la real privación o restricción de bienes al autor de un delito… determinada jurídicamente en su máximo por la punición impuesta, y en su mínimo por ciertas condiciones temporales y personales del reo que la sufre".[61]

Luigi Ferrajoli refiere que la pena es la "sanción, de naturaleza y límites máximos preestablecidos por la ley, de un delito, impuesta por un juez de acuerdo con las formalidades y garantías del proceso penal".[62]

No obstante la variedad de elementos que componen las definiciones anteriores, todas coinciden en un aspecto: la pena es un mal o castigo consistente en la privación o restricción de bienes jurídicos, pero lo anterior no debe entenderse solamente como pagar con un mal a quien mal hizo, sino que debemos atender a su justificación y su función para comprender su verdadero significado.

Justificación de la pena

Vicenzo Manzini sostiene que "la pena se justifica por la necesidad de asegurar la obediencia a determinados preceptos con las más enérgicas sanciones de justicia. Se garantiza con ella el mantenimiento del orden jurídico del Estado. La función penal es esencialmente social y la pena exclusivamente pública".[63]

De forma similar se manifiesta Arturo Villarreal, cuando afirma que "la pena se justifica por ser el último medio, el más drástico con el que cuenta el Estado para mantener el mínimo indispensable de condiciones necesarias para la convivencia humana".[64] En tanto que Welzel sentencia: "El fundamento real de la

[60] Citado por Ramos Arteaga, Elena, "Las penas y medidas de seguridad. El sistema de la doble vía", *Criminalia*, México, año LXII, núm. 3, septiembre-diciembre de 1997, p. 65.
[61] Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho punitivo*…, *cit*., nota 24, p. 80.
[62] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 717.
[63] Manzini, Vicenzo, *Tratado de derecho penal*, citado por Ramos Arteaga, Elena, "Las penas y medidas de seguridad. El sistema de la doble vía", *op. cit.*, nota 59, p. 64.
[64] Villarreal Palos, Arturo, "La función de la pena", *Criminalia*, México, año LIII, núms. 1-12, enero-diciembre de 1987, p. 182.

pena radica en su carácter indispensable para mantener el orden de la comunidad".[65]

Todas las posturas se expresan en el mismo sentido: el Estado desarrolla todo un sistema punitivo (legisladores que creen las normas penales, jueces que las apliquen, personal que las ejecute e infraestructura en donde esto se haga) como *ultima ratio* (después de agotadas todas las opciones disponibles) para lograr un efectivo control social que posibilite la sana convivencia en sociedad. Sin más, la justificación de la pena es la paz social; es decir, la paz social es lo que justifica que el Estado utilice su poder más enérgico mediante la imposición de sanciones a quienes atentan contra ella.

VIII. La pena y el poder punitivo del Estado[66]

En la teoría del Estado, del derecho y en la dogmática jurídico-penal es indiscutible la relación que existe entre la función de la pena y la función del Estado. La pena es uno de los instrumentos, el más enérgico, con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas —cuando no hay otro medio más "eficaz" para hacerlo—, y su función depende de la que al Estado se le asigne.

Por lo tanto, la función de la pena, sus límites y sus principios dependerán de si estamos frente a un Estado de tipo liberal, de tipo socialista, o democrático y social de derecho (como una especie del género Estado liberal).

1. *El Estado liberal*

Grosso modo, el Estado liberal se desarrolló en Inglaterra a partir del siglo XVII, consolidándose progresivamente en Europa después de la Revolución francesa (1789) y en los Estados Unidos a partir de la guerra de independencia (1776).

[65] Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*…, *cit.*, nota 11, p. 328.
[66] Para el desarrollo del presente apartado nos basamos en Vergottini, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, trad. de la 4a. ed. italiana por Claudia Herrera, México, UNAM-Segretariato Europeo per le Publicazioni Scientifiche, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 216 y ss.

La característica esencial de este tipo de Estado, que se configura como antítesis al absolutismo precedentemente afirmado en los Estados nacionales europeos, era la limitación del absolutismo del soberano y la afirmación de un sistema de garantías frente al poder político, la cual en muchos países comenzó con la lucha por la libertad religiosa y posteriormente ampliada hacia la consecución de mayores libertades políticas.

Las dos corrientes culturales que confluyeron en la concepción del Estado liberal (la de derivación anglosajona y la de derivación francesa) sostenían el predominio del concepto unitario de nación como entidad general en la cual se concentra la soberanía, misma que se expresa mediante el poder constituyente. Además se reconoce el traslado habitual de la soberanía a una asamblea parlamentaria representativa y la superioridad de la ley, la cual sólo puede ser interpretada legítimamente por los jueces.[67]

Dos de los principios esenciales que sirvieron como base y fundamento de esta forma de Estado lo son el *principio de igualdad jurídico-política*, que buscaba terminar con los privilegios de clase (por ejemplo, libertad de pensamiento, de expresión, de circulación, entre otras —llamadas libertades civiles—), y el *principio de libertad*, que tendía a garantizar al ciudadano dicha calidad frente a las injerencias y abusos del poder político, así como asegurarle la participación en la vida pública (entre los cuales se encuentran la libertad de asociación, expresión, reunión, etcétera —libertades políticas—). Pero estos principios no se establecen únicamente como meros mandamientos, sino que comportan una prohibición para el poder político de intervenir en la esfera privada de los ciudadanos. Bajo este

[67] Sobre la concepción y la recepción del Estado liberal en nuestro país, a partir de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, puede verse Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, 7a. ed., México, Porrúa, 1990, pp. 80-86 y ss. Explica el doctor Emilio Rabasa que para los constituyentes mexicanos "natural era, y hasta racional y aun obligatorio, que estudiaran las leyes de los Estados Unidos" si su intención era la de "constituir una República representativa, popular y federal… con la base de la representación del pueblo, [para lo que] era indispensable un Parlamento electivo de que emanasen las leyes, un Poder Ejecutivo con funciones propias de acción gubernativa y de administración, tribunales independientes encargados de la aplicación de las leyes que mantienen el orden social establecido, y como se imponía el sistema federal, precisaba establecer la separación e independencia de los estados… y su subordinación al pacto federal para los intereses comunes" (p. 81). Así como aconteció en México, el modelo de Estado surgido de aquellos sistemas más evolucionados, tarde o temprano, se extendió a otras latitudes, configurándose las anteriores características como sus principios rectores.

tenor, la propiedad privada de los medios de producción fue declarada "sagrada e inviolable",[68] lo que significó el reconocimiento de los derechos económicos.

El régimen de libertades que se desarrolló en el Estado liberal, como comentábamos arriba, partía de la aceptación de un principio fundamental reconocido constitucionalmente: la *igualdad jurídica*. Al cual se agregó, como correlativo, el *principio de libertad*. La exigencia inicial es la de asegurar la protección del individuo contra interferencias del poder político, de lo cual deriva la *obligación jurídica de abstención* por parte del Estado y la afirmación del concepto de libertad negativa. En el mismo sentido y con idéntica finalidad, los derechos de la persona (señalados indistintamente, y no por ello correctamente, como derechos humanos o garantías individuales)[69] son considerados como fundamentales e inviolables. Con el adjetivo "fundamentales" se hace referencia a la esencialidad de estos derechos para los seres humanos, mismos que le son innatos dado que puede gozarlos de manera natural sin la intervención estatal y sin necesidad de declaración del Estado en ese sentido. El régimen de protección de estos derechos, no sólo frente al Ejecutivo y la administración, sino también frente al Parlamento y a la colectividad, les otorga el carácter de *inviolables*. La libertad "negativa", entendida como no interferencia o no impedimento y, en consecuencia, como derecho del individuo a gozar de un espacio reservado e inaccesible a cualquier otro sujeto, público o privado, asumía un valor mayor respecto a la idea de libertad "positiva", que implicaba la posibilidad del individuo de ejercer su propio poder de elección y de decisión frente a las diversas alternativas y oportunidades que se le presentan, posibilidad ésta individualizada y garantizada por el poder estatal. Individualizada a través de la norma

[68] Vergottini, Giuseppe de, *op. cit.*, nota 66, p. 219.

[69] Los derechos humanos han sido conceptuados como el "conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural… que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente" (Rodríguez y Rodríguez, Jesús, "Derechos humanos", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, *cit.*, nota 27, t. IV, pp. 635-638) en tanto que las garantías [podemos agregar: individuales] "son protecciones de los derechos del ciudadano contra el Estado: equivalen a 'barreras' interpuestas entre el poder estatal y la libertad de los ciudadanos" (Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 234). De acuerdo con Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, "no hacer una distinción… entre derechos y garantías, y confundir unos con otras, puede llevar al extremo de suponer que un derecho que no esté garantizado no es en realidad un derecho… o bien, en el otro extremo, a creer que basta la consagración de un derecho en una carta constitucional para tenerlo por garantizado y protegido" ("Garantías individuales", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, *cit.*, nota 27, t. V, p. 657). Sobre el tema puede verse Carbonell, Miguel, "¿Se pueden hacer valer los derechos fundamentales frente a particulares?", en García Ramírez, Sergio (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González Mariscal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, t. I, pp. 201-234.

constitucional y sus leyes reglamentarias, y garantizada mediante la división de poderes y de funciones, ya que esta separación permitiría controles recíprocos y evitaría los abusos y daños a los titulares de los derechos.

Como mencionamos *supra*, el Estado adquiere la calidad de garante de las libertades civiles y políticas y de los derechos económicos frente a las posibles injerencias de los órganos del poder público o, bien, de los sujetos privados, en virtud de lo cual, y para la consecución de tal finalidad (protegerlos y garantizarlos) establece una serie de normas jurídicas destinadas a sancionar dichas interferencias y mermas causadas a los mismos. Dichas sanciones, penas, se entienden en un sentido de retribución: son la consecuencia lógica de conductas ilícitas; aquí se agota y culmina la naturaleza de la pena. Aunque, en una etapa más evolucionada del Estado liberal, también se atribuyó a la pena carácter intimidatorio como forma de prevención general, pero solamente como efecto secundario y subsidiario de la misma.[70]

Así, *grosso modo*, puede concluirse que el Estado liberal buscó más la limitación jurídica de la potestad punitiva que la prevención de los delitos.[71]

2. *El Estado socialista*

En la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), después de los hechos revolucionarios de 1917 que culminaron en la victoria bolchevique, se instauró una forma de Estado basado, doctrinalmente hablando, en los principios marxistas-leninistas, mismos que, sucesivamente, han sufrido modificaciones y actualizaciones exigidas por la práctica política. Sin embargo, en este espacio nos referiremos únicamente a los principios y postulados originarios con alguna referencia, por cuestión metodológica, a dichas actualizaciones.

En gruesas líneas, la doctrina marxista-leninista sostiene que la declaración de “sacralidad e inviolabilidad” de la propiedad privada hecha por el Estado liberal crea las premisas de la explotación, la contraposición entre explotadores y

[70] Véase Mir Puig, Santiago, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 8, p. 43.
[71] *Ibidem*, p. 72.

explotados, cuyo antagonismo de intereses culminaría en la disgregación social. Para evitar esta posible consecuencia se crea el Estado como una fuerza estable que estará por encima de la sociedad. Por medio del Estado y de sus reglas jurídicas —de acuerdo con la concepción marxista-leninista—, la clase más fuerte instaura el dominio sobre las más débiles. Por lo tanto, el derecho se convierte en servidor del Estado: el cambio de la forma estatal —dependiendo de la clase dominante que se encuentre en el vértice del Estado y del poder— comporta el cambio del derecho vigente, el cual se convierte en mero instrumento de dominación de los fuertes sobre los débiles.

Al surgir el Estado socialista como una forma de superación del Estado liberal, se otorga a la clase trabajadora el control de los medios de producción y el ejercicio del poder mediante la "dictadura del proletariado" (primer estadio de la revolución marxista), dentro de la cual, en contraposición al Estado liberal, el Estado y el derecho sólo cumplirán con la función de permitir la consecución de la fase más evolucionada del comunismo (término final de la evolución): una sociedad en la que, barriendo con las injusticias y las desigualdades, se ponga fin a la "explotación del hombre por el hombre",[72] lo que conllevaría a la eliminación de la diferenciación de clases y a su correspondiente conflictividad, y en última instancia a la desaparición del Estado y del derecho.

Particularmente, la intervención del derecho en esta forma de Estado se presentará de dos maneras: *a)* en el plano de lo *material*, donde establecerá las normas necesarias para el éxito de la planificación económica que culminaría con el desarrollo de los bienes de consumo y servirá de instrumento auxiliar de la voluntad en la obra de modificación y eliminación de las relaciones económicas precedentes, y *b)* en el plano de lo *moral*, donde tendrá la misión de educar a los ciudadanos y prepararlos para su vida futura en una sociedad en la que el Estado y el derecho (así como la coacción estatal y jurídica) serán inútiles.

[72] Marx considera que "«la explotación del hombre por el hombre» no dimana de la maldad intrínseca del ser humano, sino que es producto inevitable del sistema capitalista... La renovación de la base económica de la sociedad capitalista y la eliminación de la apropiación privada de los medios de producción traerán consigo —inevitablemente— la consecución [de dicho] objetivo". Márquez Piñero, Rafael, *El tipo penal*. *Algunas consideraciones en torno al mismo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, p. 257.

Adicionalmente, tenderá a la tutela de los derechos individuales y colectivos y a la represión de la *desviación* de los principios marxista-leninistas. Sin embargo, esto no quiere decir que su función se agota en lo señalado *supra*, sino que, además:

a) En cuanto a la organización económica, el derecho regula el proceso de colectivización de los medios de producción.

b) En cuanto a la organización política, el derecho disciplina los institutos de la democracia socialista.

c) Subsiste la función represiva del derecho, pero la misma estará asociada a la temporalidad del mismo, ya que en la "evolución final" dicha función se agotará por el deterioro del Estado y del derecho.[73]

Ahora bien, comentadas *grosso modo* las premisas doctrinales de esta forma de Estado, nos referiremos puntualmente a la posición que guardan los individuos y colectividades dentro del Estado socialista. Si tenemos en mente que la función que se le atribuye al Estado es la realización, en última instancia, del comunismo (en el cual destaca el objetivo fundamental de la plena *igualdad* de los individuos, sin necesidad de formas de coacción jurídica), entonces los derechos (y los medios de tutela) que las Constituciones socialistas otorgan a los individuos y colectividades deberán ser correlativos a los deberes que se les imponen; en el entendido de que siempre deberán encaminarse a la consecución de las finalidades estatales y nunca podrán ejercerse contra las mismas.

Dentro del catálogo de derechos que se otorgan a los individuos y a las colectividades se encuentran:[74]

— Los *derechos políticos*. Permiten la participación del individuo en los asuntos del Estado y en la configuración de las leyes.

[73] Vergottini, Giuseppe de, *op. cit.*, nota 66, pp. 591 y 592.
[74] *Ibidem*, pp. 610-615.

— Los *derechos relativos a la gestión de la producción*. Permiten al ciudadano participar en la gestión administrativa de la economía a través de los pactos colectivos de los trabajadores —sindicatos—.

— Los *derechos sociales, económicos y culturales*. Respecto a los derechos económicos cabe recordar que uno de los objetivos del Estado socialista es la eliminación de la propiedad privada de los medios de producción, por lo tanto al individuo sólo se le reconoce la propiedad personal de algunos bienes considerados esenciales y de las rentas de trabajo.

— Las *libertades individuales*. En consonancia con lo comentado líneas arriba, éstas deberán encaminarse siempre a las exigencias del Estado socialista, es decir, serán reconocidas y garantizadas en tanto sean compatibles con la "dictadura del proletariado" y en última instancia del comunismo, y nunca cuando atenten contra dicha evolución. Ejemplo de esto lo tenemos con el derecho de asociación, respecto al cual se han prohibido todas las formas asociativas inconciliables con el papel de guía atribuido al Partido Comunista y, evidentemente, aquellas que tengan finalidades de oposición.

— Las *garantías de los derechos*. Comprenden tanto la tutela jurisdiccional como la administrativa.

Como consecuencia lógica de lo expresado hasta este punto, la legislación penal en los ordenamientos socialistas se centra en los instrumentos represivos que se utilizan frente a quienes atentan contra el desarrollo del socialismo,[75] tanto en el campo económico (delitos económicos) como en el político (delitos políticos). Pero la función de dichos instrumentos (el derecho penal y su consecuencia: la pena) no descansa únicamente en el binomio protección/castigo cuya finalidad es la consecución del comunismo, sino que buscará la protección de los derechos que en el primer estadio otorgan el Estado y el derecho a través de la prevención —y hasta cierto punto la retribución—.

[75] Véanse Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho punitivo*…, *cit*., nota 24, p. 75 y Mir Puig, Santiago, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 8, p. 72.

3. *El Estado social y democrático de derecho*

Esta forma de Estado acoge los principios fundamentales del Estado liberal —como consecuencia lógica, al ser una especie del género Estado liberal—, pero con tres adjetivos que, a su vez, le agregarán tres funciones fundamentales: la de un Estado social, la de un Estado democrático y la de un Estado de derecho, todos unidos en un solo concepto.

Estaremos frente a un Estado social cuando de sus normas jurídicas se desprenda un "grupo" de disposiciones que comprendan un conjunto denominado "derecho social", que se puede corporeizar como una pretensión evolucionada por los sujetos que se encuentran en situaciones de necesidad de recibir prestaciones públicas a cargo del Estado (para quien se convertirán en deberes/obligaciones de hacer y no sólo de abstención —como sucedía en el Estado "simplemente" liberal—), como son: la educación, la seguridad social, el derecho al trabajo, la libertad sindical, la tutela de la salud y el ambiente, los servicios culturales, etcétera.

Por otra parte, estaremos frente a un Estado democrático —de manera muy general— cuando las instituciones políticas (sin despreciar las cuestiones económicas) permitan la participación real de todos los ciudadanos en la gestión y conformación del poder.

En tanto que nos encontraremos frente a un Estado de derecho cuando la normatividad jurídica establezca una serie de límites jurídicos institucionalizados[76] (fijados para la defensa de los gobernados tanto frente a los órganos de dirección política —ejecutivos— como frente a los administrativos y jurisdiccionales) al poder y a quienes lo detentan. Por lo tanto, las decisiones de los titulares de los órganos públicos no pueden dejarse a su libre arbitrio, sino que deben basarse en reglas abstractas y generales predeterminadas (principio de legalidad); situación que sólo puede obviarse "cuando las exigencias de salvaguardia de la

[76] Por lo tanto rígidos, en virtud de que para su ampliación o eventual disminución será necesaria la intervención de otros órganos del Estado y a través de arduos procedimientos de modificación (reformas constitucionales, legales, nuevas leyes, etcétera).

Constitución imponen la derogación de las garantías previstas como regla" (estado de necesidad).[77]

En sus inicios doctrinales, el Estado lo era de derecho en una doble vertiente: *a)* en cuanto el mismo Estado y sus órganos actuaban dentro de los límites y de la esfera de competencia que les eran impuestos por el derecho preestablecido, y *b)* en cuanto el Estado garantizaba los derechos y libertades subjetivos conforme a su propio ordenamiento, es decir, con base en el mismo derecho preconstituido al que él se encontraba sujeto.

En la evolución del concepto "Estado de derecho" se vislumbrará una transformación del mismo: ya no se limitará a buscar la protección de la clase burguesa frente a las tendencias monárquico-absolutistas, sino que buscará, basándose y limitándose por el derecho, garantizar el equilibrio de clases; momento en el cual podemos hablar ya de "Estado social de derecho". Es decir, en tanto la teoría del "Estado de derecho" buscaba la fijación de límites al poder estatal en protección de las libertades personal y de mercado, el Estado *social* de derecho "modifica esos aspectos individualistas mediante una orientación intervencionista que implica la programación económica e introduce la tutela de los intereses individuales en el cuadro de la de los intereses colectivos".[78]

En virtud de lo anterior, estaremos frente a un Estado social y democrático de derecho cuando: *a)* su actuación se ajuste a los límites fijados por normas preestablecidas; *b)* sea respetuoso de los derechos y libertades reconocidos y establecidos por el derecho preexistente; *c)* establezca una serie de procedimientos a fin de garantizar el respeto y la observancia de dichos derechos y libertades frente a los órganos públicos y frente a la colectividad, y *d)* establezca las modalidades de acuerdo con las cuales los ciudadanos puedan participar en la gestión y conformación del poder.

[77] Vergottini, Giuseppe de, *op. cit.*, nota 66, p. 248.
[78] *Ibidem*, p. 251. Véase, también, Valadés, Diego, *op. cit.*, nota 10, p. 19.

Así, dentro de este tipo de Estado, el derecho penal servirá como "instrumento jurídico democráticamente delimitado con el que dirigir la vida social a la protección de los bienes jurídicos fundamentales".[79]

Con base en lo hasta aquí expresado podemos concluir sosteniendo que la finalidad del aparato represivo estatal en esta forma de Estado será —en líneas generales y a reserva de las precisiones que haremos *infra*— la de la prevención, mediante la cual asegurará la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad y cuya regulación y desempeño deberá ajustarse a los principios comentados. No obstante ello, en épocas más recientes se ha hecho énfasis en la readaptación social como fin último del sistema penal.

IX. Finalidad de las penas

En la doctrina penal se han configurado diversas teorías con el propósito de explicar la "verdadera" finalidad de las penas; así tenemos las teorías absolutas, relativas, y unificadoras o mixtas, cada una de las cuales presenta ciertas variantes en su interior, pero en este espacio sólo comentaremos las ideas principales de las mismas.

1. *Teorías absolutas*

Las teorías absolutas consideran a la pena como un fin en sí misma,[80] ya que ésta sería la justa reacción contra el hecho delictivo o reprobable cometido en perjuicio del núcleo social; es decir, mediante la retribución con un mal al autor de la conducta dañosa se restablece la justicia y el equilibrio social. Y "se habla de teoría[s] absoluta[s] porque para ella[s] el fin de la pena es independiente, «desvinculado» de su efecto social".[81]

De acuerdo con lo anterior, los defensores de estas teorías acogen la idea de que la pena carece de finalidad práctica (ya sea readaptación o rehabilitación social, o bien prevención en sus dos variantes —general y especial—), en virtud

[79] Mir Puig, Santiago, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 8, p. 43.
[80] Véase Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho punitivo*…, *cit*., nota 24, p. 70.
[81] Roxin, Claus, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 11, p. 82.

de que su aplicación deriva de una exigencia de justicia absoluta: el mal merece el mal, y el bien merece el bien. En otras palabras: la pena es la justa consecuencia del delito cometido y el delincuente debe sufrirla, ya sea a modo de reparación o de retribución por el daño causado. Ésta fue la posición defendida por Kant y Hegel.[82]

Para Kant la pena no se funda en que sirva a la sociedad, ya que no puede utilizarse para fines preventivos ajenos a la proporción del mal causado con el delito, en tanto que para Hegel, "el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la concordancia de la «voluntad general» que representa el orden jurídico, rota por la «voluntad especial» del delincuente al cometer el delito".[83] Aplicando la dialéctica, Hegel considera que la pena es la negación de la negación del derecho, es decir, la *posición* es la voluntad general (orden jurídico), la *negación* de la misma es el delito, y la *negación de la negación* se consigue con la pena.[84] Por ende, la pena se concibe como una reacción que sólo toma en cuenta el pasado y no como un instrumento destinado a la consecución de fines posteriores.[85]

Sin embargo, a pesar de que su finalidad o razón de ser es la retribución de mal por mal, sostienen que la pena no es una simple venganza impuesta por el Estado, sino que implica:

a) Restaurar el bien jurídico roto.

b) Sancionar el hecho injusto.

c) Satisfacer a la opinión pública.

d) Reafirmar la fuerza y la autoridad de la norma jurídica, y en última instancia del orden jurídico.

e) Descalificar pública y solemnemente el hecho delictivo.

[82] Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho punitivo*…, *cit*., nota 24, pp. 70 y 71.
[83] Villarreal Palos, Arturo, *op. cit.*, nota 63, p. 185.
[84] Islas de González Mariscal, Olga, "Valores éticos tutelados por el derecho penal mexicano", *op. cit.*, nota 6, p. 206.
[85] Sostenía Hegel: "La anulación del delito es retribución en cuanto ésta es, conceptualmente, una lesión de una lesión". *Líneas fundamentales de la filosofía del derecho*, citado por Roxin, Claus, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 11, p. 83.

Todas ellas coincidentes en la función de realización de la justicia.[86]

Si bien estas teorías han sido duramente criticadas (en virtud de que las penas —de acuerdo con las concepciones "humanitarias"— deben perseguir un fin —aunque muchas veces utópico— socialmente constructivo), presentan una ventaja por demás importante: permiten establecer un límite a la gravedad de la pena a imponer, pues el mal penal se medirá con base en la culpabilidad del autor y no por el simple deseo de venganza —cada día en ascenso— de la colectividad.

Pero si bien lo expresado líneas arriba es importante, las críticas a estas teorías se centran en la idea de que la simple retribución carece de un fin socialmente "provechoso" en el que no solamente se castigue, sino que mediante el mismo se busque la reconciliación entre la sociedad, el Estado y el derecho con el delincuente. Por lo tanto, la retribución no puede ser el fin, sino la medida de merecimiento de la pena.

Dentro de las críticas, Claus Roxin sostiene que la teoría de la retribución no es compatible con la función del derecho penal, pues cuando dicha función se basa en el principio de protección subsidiaria de bienes jurídicos, la pena debe supeditarse a esa tarea; en caso contrario correría el riesgo de perder su legitimación social.[87]

2. *Teorías relativas*

Si bien las teorías relativas[88] reconocen que la pena es un mal que se impone al culpable de una infracción de carácter penal, sostienen que la pena no sólo se impone como respuesta al ilícito cometido, sino que se trata de un medio para la consecución de objetivos o fines especiales (función utilitaria): la prevención general y la prevención especial. Por ende, serán absurdas las penas

[86] Mir Puig, Santiago, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 8, p. 52.
[87] "Y ello porque la voluntad de los ciudadanos le obliga [al Estado] a asegurar la convivencia del hombre en paz y en libertad; [por lo que] está limitado a esta tarea de protección". Roxin, Claus, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 11, p. 84, §8.
[88] Se les denomina teorías relativas porque a diferencia de la idea de *realización de la justicia* (de las teorías absolutas), "las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales". Mir Puig, Santiago, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 8, p. 55.

que tiendan a la eliminación del delincuente,[89] dado que se frustra ese fin preventivo (principalmente en relación con la prevención especial).

En atención al tipo de prevención que se busca lograr con la imposición de la pena, la doctrina las ha divido en: *a)* teorías de la prevención general, y *b)* teorías de la prevención especial. A éstas nos referiremos en las siguientes líneas.

A. *Teorías de la prevención general*

En su sentido moderno, esta corriente fue desarrollada de forma más eficaz por Feuerbach,[90] quien sostiene que la pena sirve como amenaza (conminación penal) dirigida a los ciudadanos para evitar que delincan, es decir, opera como coacción psicológica desde el momento de la amenaza de sanción (punibilidad), durante la individualización de la norma al caso concreto (punición) y finaliza en la ejecución de la pena.

En general, sus partidarios concebían a la pena como un medio para evitar que surjan delincuentes de la sociedad,[91] para lo cual la pena debe "actuar no *especialmente* sobre el condenado, sino *generalmente*, sobre la comunidad".[92]

Ahora bien, dentro de estas teorías destacan dos corrientes: *a)* la prevención general negativa, según la cual la imposición de la pena sirve para disuadir a los delincuentes potenciales de cometer un delito, en virtud de que la pena es percibida por la colectividad como un mal y esto psicológicamente les impide cometerlo, y *b)* la prevención general positiva, que hace alusión a la manifestación de la inviolabilidad del orden jurídico ante la sociedad, dado que la pena debe ser reconocida por la mayoría como la afirmación o el reconocimiento del derecho.

A pesar de que estas teorías sostienen una finalidad más "humana" o socialmente "constructiva", también han sido objeto de duras críticas por causas nada desdeñables: la prevención general no establece límites al poder punitivo del

[89] Véase *infra*, apartado "XIII. Clasificación de las penas".
[90] De acuerdo con Roxin, Claus, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 11, pp. 89 y 90.
[91] Mir Puig, Santiago, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 8, p. 56.
[92] Roxin, Claus, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 11, p. 89.

Estado, lo cual puede llevar a una especie de “terror estatal”, ya que la pena impuesta al delincuente puede exceder la culpabilidad de éste con el afán de causar un mayor temor en la colectividad.[93]

B. *Teorías de la prevención especial*

Para las teorías de la prevención especial, cuyos principales representantes son Enrico Ferri y Franz von Liszt, la función de la pena no radica en el temor psicológico infundido en la colectividad para evitar la comisión de delitos, sino en la prevención de delitos que puedan proceder del delincuente, es decir, la pena trata de evitar que quien la sufre vuelva a delinquir. La manera de conseguir este fin se presenta en una doble vertiente: con la imposición de la pena y mediante el tratamiento del delincuente.

Si bien estas teorías establecen como función/fin de la pena la prevención dirigida al delincuente, persiguen los siguientes objetivos: *a)* impedir que el autor vuelva a delinquir (mediante la disuasión); *b)* mejoramiento del autor para evitar que reincida (a través de la resocialización), y *c)* eliminación de los delincuentes que no se pueden disuadir (como una función de “seguridad”).

Particularmente, Fran von Liszt señala que la prevención puede actuar de tres formas:[94]

a) Asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos.

b) Intimidando al autor mediante la pena, para que no cometa futuros delitos, y

c) Preservándole de la reincidencia mediante su corrección.

Con base en el anterior esquema efectúa una clasificación de los delincuentes y en función a la misma determina el tratamiento adecuado para cada uno de ellos:

[93] Mir Puig, Santiago, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 8, p. 57.
[94] Al respecto puede verse Roxin, Claus, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 11, pp. 85 y 86 y Mir Puig, Santiago, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 8, pp. 59 y 60.

a) Eliminación de los delincuentes habituales por no ser susceptibles de disuasión ni mejoramiento.

b) Disuasión para delincuentes ocasionales.

c) Corrección del autor corregible.[95]

No obstante, tampoco estas teorías están exentas de críticas, las cuales giran en torno a dos aspectos:

— Sus argumentos pueden servir para imponer penas desproporcionadas, ya que, como sucede con las teorías de la prevención general, la pena puede exceder la culpabilidad del delincuente a fin de que la disuasión sea más "efectiva".

— La pena perdería su función si el sujeto, al momento de ser condenado, no es considerado como socialmente desviado y hasta puede considerarse totalmente socializado, razón por la cual no necesitaría ser disuadido.

Así, como contundentemente afirma Santiago Mir Puig[96] (partidario de las teorías mixtas), la prevención especial "no puede, *por sí sola*, justificar el recurso a la pena: en algunos casos la pena no será *necesaria* para la prevención especial, en otros no será *posible*, y finalmente, en ocasiones no será *lícita*, y sin embargo, sería absurda la impunidad del sujeto".

3. *Teorías de la unión o mixtas*

Las teorías de la unión o mixtas tratan de conciliar la retribución absoluta con las finalidades preventivas; admiten la retribución, pero solamente aquella que se dirija a la protección de la sociedad, mediante la prevención tanto general como especial.

Conscientes de las críticas formuladas tanto a las teorías retributivas como relativas, los defensores de estas teorías establecen que la prevención tiene como

[95] Roxin, Claus, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 11, p. 86.
[96] *Op. cit*., nota 8, pp. 62 y 63.

límite máximo la retribución, la cual a su vez tendrá como límite la culpabilidad del autor del delito, lo que evitaría la desproporcionalidad de las penas y el subsiguiente terror penal.[97]

Hasta este punto los doctrinarios están en acuerdo, pero a partir de allí las opiniones se bifurcan: quienes ven en la retribución el fundamento de la pena, otorgando a los fines preventivos un papel meramente secundario (posición conservadora), y quienes consideran que el fundamento de la pena es la defensa de la sociedad —protección de bienes jurídicos— y la retribución es solamente el límite de la prevención (posición progresista).

Sus críticos afirman que el error de estas teorías consiste en pretender subordinar dos posturas opuestas, dando mayor importancia a la retribución, o bien otorgándosela a la prevención, y no en partir de una base de reconciliación de ambas teorías. Ante esta situación, surgió otra corriente que, de acuerdo con Muñoz Conde, resuelve el problema de la función de la pena mediante una solución de "compromiso",[98] y cuyos principales representantes son Schmidhäuser, Santiago Mir Puig y Claus Roxin.

Para Schmidhäuser debe distinguirse entre función de la pena en general y la función de la pena para los distintos sujetos que intervienen en las distintas etapas de la pena[99] (véase *supra*, punibilidad, punición y pena). Si hablamos de la función de la pena en general, el fin de la misma será la prevención, en tanto que si nos referimos a la función de la pena según sea el sujeto que interviene en la vida de la misma, encontraremos que para cada uno de ellos la pena tendrá un fin especial: para el legislador, la pena cumple una función de prevención general mediante la punibilidad; para el juez, la pena cumple una función que combina la justicia (retribución) con la prevención especial (para que el delincuente experimente la materialización de la amenaza de sanción), y para quienes se

[97] Villarreal Palos, Arturo, *op. cit.*, nota 63, pp. 188 y ss.
[98] "Pero como toda solución de compromiso desemboca en un eclecticismo que, queriendo contentar a todos, no satisface totalmente a nadie… No obstante, [esta teoría] tienen el mérito de haber superado el excesivo parcialismo que late tanto en las teorías absolutas como en las relativas". Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975, pp. 35-38.
[99] Mir Puig, Santiago, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 8, p. 63.

encargan de la pena en sí (su ejecución, de acuerdo con las etapas de la reacción jurídico-penal), la pena cumple una función de prevención especial (que en la ejecución de la pena el delincuente reciba el tratamiento adecuado para su reintegración a la sociedad). En síntesis: la pena no cumple sólo una función ni significa la subordinación de ciertos fines respecto a otros, sino que ésta cumple diversas funciones según sea el sujeto a quien se dirige.

De acuerdo con Santiago Mir Puig,[100] la pena cumple en sus tres etapas (Legislativo, Judicial y Ejecutivo) una función de prevención general. En el momento legislativo atribuye a la pena una función de prevención general al establecer la amenaza de sanción disuasiva; lo mismo sucede en el momento de la ejecución penal, en la que la función es de prevención especial. En el momento judicial Mir Puig difiere de Schmidhäuser al atribuir a la pena la función de prevención general (abandonando completamente la idea de la retribución donde todos los demás la conservan), expresada a través de la conminación penal; es decir, no se castiga más duramente el homicidio que el robo porque sea más grave matar que robar, sino porque es más importante *prevenir* que se cometan homicidios que robos.

Si bien la pena debe buscar finalidades que lejos de tender a la eliminación o marginación del delincuente busquen fines como la prevención general y la prevención especial en su modalidad resocializadora o readaptadora, consideramos que no podemos negar ni excluir de la misma la idea de la retribución, dado que de ésta depende la graduación de la pena, es decir, su imposición por el juez de entre el límite máximo y mínimo tomando como base la gravedad y las modalidades de la conducta delictiva; sin ella dichos límites carecerían de razón de ser.

Para Claus Roxin —teoría unificadora preventiva—[101] no debe buscarse la función de la pena en fines generales y específicos, por lo cual centra la problemática en las tres fases de la reacción jurídico-penal: al momento legislativo

[100] *Ibidem*, pp. 812-831. Véase Villarreal Palos, Arturo, *op. cit.*, nota 63, pp. 188 y ss.
[101] Roxin, Claus, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 11, pp. 95-99 §3, especialmente sub §§ 42, 43 y 45.

Roxin atribuye una función de protección de bienes jurídicos imprescindibles para la vida en sociedad por medio de la *prevención general*, puesto que la punibilidad es anterior al delito y por ende no podría ser base de la retribución ni de la prevención especial; al momento judicial (punición) le atribuye tanto una función de prevención general (dado que la imposición de la pena por el juez confirma la seriedad de la conminación penal) como especial (en tanto que la pena no puede sobrepasar los límites de la culpabilidad del autor), y al momento ejecutivo también lo identifica con la función de prevención especial, ya que mediante la ejecución de la sentencia y el tratamiento penitenciario se procurará su no-reincidencia. Como se observa, a ninguno de los tres momentos de la reacción penal le asigna una función retributiva, pues considera que "la retribución no puede… entrar en consideración ni siquiera como un fin atendible junto a la prevención".[102]

La teoría de la unión de Roxin ha sido una de las más aceptadas por la doctrina y plasmada —explícitamente— en la mayoría de las legislaciones modernas, aunque cabe aclarar que, como toda teoría, tiene sus defensores y detractores, pero dada la naturaleza y los fines de este trabajo nos conformaremos con lo reseñado sin entrar en mayor polémica, a reserva de que posteriormente (véase *infra*) expresemos nuestro punto de vista al respecto.

X. El sistema de penas en México

Como vimos líneas atrás,[103] el poder punitivo del Estado tendrá límites clara o vagamente determinados según se trate del Estado liberal, socialista, o democrático y social de derecho; similar situación ocurre respecto a la fundamentación y justificación de la pena.

En consonancia con lo expresado, nos referiremos puntualmente a la situación de México a través de dos interrogantes: ¿nuestro país, a qué diseño de Estado responde?, y de acuerdo con nuestras leyes, ¿cuál es la finalidad de la imposición de las penas?

[102] *Ibidem*, p. 98 §3, sub § 43.
[103] Véase *supra*, apartado "IX. La pena y el poder punitivo del Estado".

Tratando de dar respuesta a estas cuestiones podemos comenzar diciendo que nuestra ley fundamental reconoce las garantías individuales (tan celosas del Estado liberal), cuya tesis se puede resumir así: "el hombre es persona jurídica por el hecho de existir, y como [tal] tiene una serie de derechos".[104] Pero nuestra carta no sólo se limita a establecer un catálogo de garantías sin más, sino que mediante las mismas establece límites al poder del Estado, los que, indudablemente, se verán reflejados en el ámbito penal. Así, por ejemplo, la Constitución de 1857 estableció: "El pueblo reconoce que los derechos del hombre[105] son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución" (artículo 1o.). La misma idea se desprende de nuestra actual carta constitucional, sólo que con la diferencia de que omite la fuente de las garantías que otorga.

De acuerdo con lo anterior, las garantías individuales implican primordialmente una abstención por parte del propio Estado, ya que éstas no podrán restringirse ni suspenderse sino sólo en los casos constitucionalmente previstos y con las condiciones que el texto fundamental establezca.[106] Por el contrario, las garantías sociales plasmadas en nuestra Constitución protegen al hombre como integrante de un grupo social y le aseguran un mínimo educativo y económico, lo cual implica un "hacer" por parte del Estado tendente a lograr esa finalidad. Dichas garantías se encuentran plasmadas, originariamente, en los artículos 3o., 27 y 123 constitucionales, y a las cuales se han agregado, por ejemplo, las relativas a los derechos humanos a la paz,[107] al desarrollo

[104] Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel, "Derecho constitucional", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, *cit.*, nota 27, t. VIII, p. 21.
[105] Es hasta la Constitución de 1917, luego de la reforma, entre otros, al artículo 102 (creación de las comisiones de derechos humanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de enero de 1992), donde de manera más clara se hace una diferenciación entre derechos humanos y garantías individuales, pues se otorga competencia a dichas comisiones para el conocimiento de las presuntas violaciones a los derechos humanos cometidas por el poder público, así como la opción de recurrir al juicio de amparo cuando se trate de una violación a las garantías individuales, también cometidas por el Estado, y de las cuales conoce el Poder Judicial (véanse los artículos 1o., fracción I, de la Ley de Amparo y 3o. de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos). Asimismo, constituye un parteaguas a este respecto la incorporación a nuestra Constitución de los derechos humanos "de tercera generación", que por su naturaleza no pueden encuadrarse en el concepto de garantías individuales (por ejemplo los plasmados en los artículos 2o. y 4o. del texto fundamental).
[106] Esto al menos en teoría, ya que como dice —tomando prestada y adecuando su expresión— el profesor Ernesto Gutiérrez y González, existe un "derecho constitucional" y un "derecho constitucional *al estilo mexicano*". Situación análoga sucede con el derecho penal, como veremos más adelante.
[107] Sobre su consagración internacional pueden verse la Declaración sobre la Preparación de las Sociedades para Vivir en Paz, del 15 de diciembre de 1978 ("I. 1. Toda nación y todo ser humano… tiene el derecho inmanente a vivir en paz"), y la

sustentable, a la libre determinación de los pueblos, a un medio ambiente sano y equilibrado, a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad[108] y el derecho a ser diferente (contenidos en los artículos 1o., 2o., 3o. y 4o. de la Constitución mexicana).[109]

Hasta aquí podemos ahora comenzar a contornear el diseño de Estado a la que se ajusta nuestro Estado mexicano: nuestra Constitución reconoce un catálogo o compendio de garantías individuales (que por cuestiones metodológicas se han dividido en derechos de igualdad, libertad y seguridad jurídica) que a su vez implican un hacer (para garantizarlas) o un no-hacer o abstención (para evitar vulnerarlas) del Estado y en virtud de lo cual todas las leyes y la actuación de los órganos del Estado deben dictarse y ajustarse a la Constitución y a las garantías individuales que ella establece (lo que concuerda con la idea de un Estado de derecho), y dentro de las que podemos visualizar aquellas relativas a la defensa de los particulares frente al poder punitivo del Estado (garantías individuales de seguridad jurídica), que se consignan en los artículos 13 a 23 de nuestra carta magna. De igual forma, al consignar nuestro texto fundamental un catálogo de garantías sociales para la protección de los grupos socialmente "débiles", mismas que en la actualidad se han extendido para otorgar una protección generalizada (como es el caso de la educación y de la seguridad social), podemos hablar de un Estado "social" de derecho.

Ahora bien, si consideramos que nuestro país acoge los rasgos esenciales de la democracia liberal, a saber: "1) elección de los gobernantes por los gobernados; 2) separación o colaboración de poderes; 3) garantía de los derechos individuales y de las libertades fundamentales; 4) pluripartidismo, y 5) aparición de los derechos sociales y de los derechos económicos",[110] podemos afirmar, al

---

Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz, del 12 de noviembre de 1984 ("La Asamblea General [de Naciones Unidas]… 1. *Proclama solemnemente* que los pueblos de nuestro planeta tienen el derecho sagrado a la paz"). Los textos de ambas pueden consultarse en *http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_sp.asp?type=declarat*.

[108] En el que se incluyen los elementos del medio ambiente, el clima global, el genoma humano, la protección de las culturas del mundo, y el patrimonio cultural, entre otros. Véase "Declaración de La Laguna", *El Día*, 8 de diciembre de 2000, visible en: *http://www.eldia.es/2000-12-08/laguna/laguna2.htm*.

[109] Carpizo, Jorge, "Los derechos de la tercera generación: paz y desarrollo", *Derechos humanos y ombudsman*, 2a. ed., México, Porrúa, 1998, p. 102.

[110] Lions, Monique, "Democracia", *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, pp. 892 y ss.

menos en el plano teórico, que el Estado mexicano se configura como un Estado social y *democrático* de derecho. En consecuencia, las normas que dicte o establezca a través del Poder Legislativo (si es respetuoso de la separación de poderes y funciones, y si dicho poder está legitimado al haber sido elegido por los gobernados) deberán ajustarse a las garantías individuales y sociales establecidas por la norma fundamental, pero no sólo eso, sino que deberá hacer todo lo que esté a su alcance para que éstas sean respetadas por todos los miembros de la colectividad mediante el ejercicio del *ius puniendi*, el cual, a su vez, deberá ser respetuoso de dichas garantías y de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales de los que es parte (en consonancia con el artículo 133 de la Constitución).

Respecto a nuestra segunda interrogante, la finalidad de la imposición de las penas en nuestro país, cabe hacernos los siguientes cuestionamientos: ¿cuál es el fin en el papel (*i. e. de iure*) que nuestra Constitución y nuestras leyes penales persiguen con la imposición de penas?, ¿ese fin *de iure* es semejante, diverso o hasta opuesto al *de facto*? Ante preguntas como éstas es difícil presentar una respuesta clara y sencilla, porque donde inicia la pregunta y se intenta responder, de inmediato surgen las contradicciones y los “dimes y diretes” al respecto.

Trataremos de adentrarnos en esta difícil empresa: si bien el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la tendencia resocializadora del sistema penal, cuando ordena: “los gobiernos de la federación y de los estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la *readaptación social del delincuente*”, ésta se ve reafirmada y materializada en algunos puntos, pero contrariada en otros no menos importantes.

Pero antes de entrar en este espinoso tema nos ceñiremos a lo expuesto por nuestra ley fundamental. Conforme a lo establecido por el artículo 18, el fin del sistema penal no es (al menos explícitamente) la retribución ni la prevención (general), sino la readaptación social (como forma de prevención especial

implícita).[111] Y no sólo lo establece de esta manera en el párrafo 2 ya trascrito, sino que lo reafirma en el último párrafo del mismo artículo al establecer: "Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su *reintegración* a la comunidad como forma de *readaptación* social".[112]

Confirmada *de iure* la finalidad de las penas,[113] haremos algunos comentarios respecto a la finalidad *de facto* (evidentemente presumida). Como decíamos, si bien su finalidad la constituye la readaptación social, existen preceptos dentro del Código Penal que parecen contradecirla, hasta podríamos afirmar que en ocasiones parecieran oponerse a la misma.

Comenzaremos nuestras reflexiones refiriéndonos a lo dispuesto por el artículo 33 del Código Penal, el cual establece como pena mínima de prisión 3 meses y como máxima 70 años. Por su parte, el Código Penal Federal —mucho más racional que el propio del Distrito Federal en cuanto al límite mínimo— establece en el artículo 25 los límites mínimo y máximo de duración de la pena de prisión en 3 días-60 años, respectivamente (en el entendido de que si se comete

[111] En consonancia con ello, la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de diciembre de 1991) señala que su objeto es "reglamentar la función del Estado en la protección de los derechos de los menores, así como en la *adaptación social* de aquellos cuya conducta se encuentra tipificada en las leyes penales federales y del Distrito Federal" (artículo 1o.).

[112] Párrafo de muy reciente adición, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2001.

[113] No obstante ello, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha efectuado interpretaciones más amplias en cuanto a la función o finalidad de la pena, en especial la de prisión. Así, en un primer momento señaló que en la Constitución mexicana la finalidad de la pena —y garantía del sentenciado— siempre ha sido la readaptación social del delincuente. Por tanto, una pena que "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". Posteriormente, modificando el criterio anterior, señaló que "el Constituyente no estableció que la pena de prisión tuviera como única y necesaria consecuencia la readaptación social del sentenciado", sino que ésta "ha sido reconocida como adecuada para el *restablecimiento del orden social*" (cursivas nuestras). Véase "Prisión vitalicia. Constituye una pena inusitada de las prohibidas por el artículo 22 constitucional", tesis de jurisprudencia P./J. 127/2001, Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XIV, octubre de 2001, p. 15, y "Prisión vitalicia. No constituye una pena inusitada de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", tesis de jurisprudencia P./J. 1/2006, Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXIII, febrero de 2006, p. 6, respectivamente. Sin embargo, la polémica entre los ministros de la Corte respecto a la finalidad de la pena o del sistema punitivo no concluyó con el dictado de estas tesis de jurisprudencia. El ministro Genaro David Góngora Pimentel, en el voto particular efectuado respecto a la última tesis citada, con tintes de desilusión y resignación señaló que "atrás ha quedado el principio proclamado por nuestra Constitución de que era preciso actuar sobre el infractor y recuperarlo a través de la readaptación…" ("Voto particular del ministro Genaro David Góngora Pimentel", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXIII, mayo de 2006, p. 399). En tanto que en el voto minoritario a la tesis P./J. 127/2001, realizado por Olga Sánchez Cordero y Guillermo Ortiz Mayagoitia, se argumenta que "el fin de la pena no consiste en que se haga justicia, ni en que el ofendido sea vengado, ni en que sea resarcido el daño padecido por él, ni en que se atemoricen los miembros de una sociedad determinada, ni en que el delincuente purgue su delito, ni en que se obtenga su resocialización, ni en que sea eliminado temporal o definitivamente del núcleo social; pues todas éstas no son la finalidad de la pena, sino consecuencias potenciales de la misma… su fin primario es el restablecimiento del orden externo en la sociedad" ("Voto minoritario de los ministros Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XV, enero de 2002, p. 231).

un delito en reclusión, la pena que corresponda al mismo será acumulativa —es decir, sí puede excederse ese "límite máximo"—).

¿En verdad nuestros legisladores piensan que una persona que ha estado en prisión, por ejemplo, 30 años (ni qué decir de 70) podrá salir a la calle como una persona "normal" y apta para mantener relaciones sanas con los sujetos y entorno sociales?; ¿es posible enseñar a alguien a relacionarse socialmente si se ha estado "x" cantidad de años en una prisión de máxima seguridad (las cuales generalmente, por no decir siempre, aplican el sistema celular consistente en 23 horas y media en total y solitaria reclusión y 30 minutos para realizar alguna actividad física a la intemperie) sin contacto con el exterior y sin poder cruzar palabra alguna con un ser viviente capaz de mantener un diálogo?; una persona que ha sido condenada a 40 años de prisión a los 40 años de edad, ¿saldrá vivo de prisión?, ¿lo "resocializamos" —si es que por milagro ocurre— para la tranquilidad y paz social en los nichos? ¿Es posible enseñar a alguien a vivir en libertad mientras se encuentra en reclusión?

Por otra parte, si bien toda norma penal debe dejar un margen de discrecionalidad al juez o tribunal para que éste, tomando en cuenta las circunstancias del hecho delictivo, las características del autor y el peligro o la lesión que ha sufrido el bien jurídico, imponga una pena individualizada y proporcional al delito, los límites entre los que se mueve el juez o tribunal en ocasiones son extremadamente amplios y los límites máximos sumamente elevados,[114] lo que únicamente ocasiona que dos hechos delictivos semejantes sean castigados con penas absolutamente dispares, dependiendo, en una gran cantidad de casos, de factores ajenos y externos al propio delincuente y a su hecho delictivo, como puede ser, por ejemplo, la cobertura dada a los mismos por

[114] Ejemplos de lo mencionado son los límites mínimos y máximos establecidos por el Código Penal para los delitos de homicidio simple (artículo 123: 8-20 años), peligro de contagio cuando la enfermedad fuese incurable (artículo 159: 3 meses-10 años) y ataques a la paz pública (artículo 362: 5-30 años), entre muchos otros. Pero nuestro ordenamiento federal tampoco está exento de este tipo de disposiciones, por ejemplo en los delitos de traición a la patria (artículo 123: 5-40 años), rebelión (artículo 132: 2-20 años), terrorismo (artículo 139: 2-40 años), homicidio calificado (artículo 320: 30-60 años), homicidio en razón de parentesco (artículo 323: 10-40 años), etcétera.

los medios de comunicación masiva y al "prejuzgamiento" realizado por los mismos.[115]

Otro aspecto interesante de comentar es precisamente el relativo a la tipificación *per se* en relación con las penas que pueden imponerse. Para tratar este aspecto nos referiremos a un delito concreto y a las posibles sanciones al mismo mediante un ejemplo —quizá un tanto burdo—. Un "ladroncillo" *no-profesional* (es decir, aquel que aprovecha la ocasión sin un plan concreto y sin la "experiencia requerida") se encuentra disfrutando uno de sus numerosos ratos de ocio bajo la sombra de uno de los cada vez menos árboles que se encuentran en la ciudad de México. Interrumpe su mirada perdida la silueta de una mujer de edad madura no muy bien vestida (en el entendido de que cuando deseamos ir a algún lugar sumamente "reconocido" por el alto índice de robos o "atracos" vestimos nuestras peores "ropas" para evitar ser "presas fáciles") pero con un bolso de mano que parece ser de buena calidad y se encuentra en excelente estado. Al ver el bolso con cierto detenimiento el sujeto en cuestión piensa que será el regalo ideal para su esposa en virtud de que al día siguiente celebrarán su quinto aniversario de boda. Entonces, como "la ocasión hace al ladrón", decide sacar a la luz sus habilidades deportivas y pega una carrera digna de una competencia amateur de atletismo, arrebatando la bolsa del brazo de su legítima dueña y propietaria. Ante tal situación la mujer grita despavorida que ha sido víctima de un asalto y señala al sujeto que corre sin mirar atrás. Dada su *no-profesionalidad* y ante la falta de un escondite cercano al lugar de los hechos, cinco calles adelante

[115] Un ejemplo paradigmático de lo anterior lo encontramos en el caso de Alfonso González Arias, alias "El Chucky", a quien se le seguía un proceso en el fuero local del Distrito Federal por el delito de secuestro y homicidio del estadounidense Peter John Zárate. Los medios de comunicación siguieron de cerca dicho proceso, y en todo momento afirmaron la culpabilidad de tan extraño personaje —tanto por su apariencia como por su sobrenombre—. Si bien se le concedió la libertad por "falta de elementos" para acreditar su responsabilidad, es aquí donde comenzó todo el problema. Los medios ya lo habían "juzgado". Para ellos, y en consecuencia para la mayoría de los televidentes (en un país como el nuestro en el que se prefiere ver una película o una telenovela que leer el libro sobre el que se basa la película o leer el "libronovela"), era culpable. La jueza que dictó el auto de libertad más "desafortunado" de su vida, María Claudia Campuzano, tuvo que enfrentarse a un amplio y encarnizado escrutinio público y laboral. Fue suspendida en sus funciones durante la investigación que se inició para verificar su actuación en dicho procedimiento y si el auto de libertad fue dictado conforme a derecho o si hubo, coloquialmente hablando, "mano negra". Desconozco los detalles del proceso e ignoro si "El Chucky" era inocente o culpable, pero imagino que la actuación de la jueza fue legal al haber sido "reinstalada" en su cargo tiempo después de concluidas las investigaciones. Sin embargo, su credibilidad y seriedad han sido mermadas irreparablemente. Véase Ambriz, Agustín, "Caso Chucky: según Samuel del Villar, la juez debe ser sancionada; Ella contraataca: Los errores los cometió el Ministerio Público", Revista *Proceso*, México, núm. 1106, 10 de enero de 1998; Salgado, Agustín, "Nombran fiscal del Reclusorio Oriente a juez que liberó a *El Chucky* en 1998", *La Jornada*, 20 de diciembre de 2006, visible en *http://www.jornada.unam.mx/2006/12/20/index.php?section=capital&article=038n1cap*.

el singular atleta es interceptado por una patrulla (ya que desafortunadamente, como es común, los testigos del robo no movieron un dedo para auxiliar a la víctima o un gran número de ellos fingió no percatarse del incidente). El sujeto es detenido y conducido a la agencia del Ministerio Público correspondiente, donde la víctima del asalto presenta una denuncia por el delito de robo. Para sorpresa de todos —incluyendo al ladrón—, dentro de la bolsa (la cual para muchos no tenía un gran valor, pero para las mujeres conocedoras hubiese sido fácil identificarla como una "Chanel" original cuyo costo es de aproximadamente 3 mil pesos) se encontraba un anillo de oro de 24 quilates con cinco diamantes pequeños bordeando una enorme gema de diamante, y cuyo valor, al momento de la comisión del delito, es de 1.5 millones de pesos.

En este ejemplo, ¿qué pena podría imponérsele al inexperto ladrón? De acuerdo con el artículo 220, fracción IV, del Código Penal, si el valor del bien robado excede 750 veces el salario mínimo (alrededor de 38 mil pesos) se sancionará con pena de prisión de cuatro a diez años y con 400 a 600 días multa. En este caso, dado el valor de los bienes robados (subrayando que si se hubiese cometido con violencia las penas se verían elevadas de conformidad con el artículo 225), seguramente la pena que se le impondrá se acercará más al límite máximo que al mínimo. Ahora bien, ¿qué pena se le podría imponer si en la bolsa no hubiese estado el anillo? Tendríamos que recurrir entonces al mismo artículo 220 pero en su fracción II, según la cual si el monto de lo robado no excede de 300 veces el salario mínimo (cerca de 15 mil pesos) la pena de prisión a imponer será de seis meses a dos años y de 60 a 150 días multa. Luego entonces, ¿qué se sanciona?, ¿qué fines persigue ese aumento desproporcionado de las penas correlativo al valor de los bienes?, ¿están más desadaptados los que roban objetos de mayor valor que los que lo hacen de objetos de menor precio? Si la imposición de las penas, de acuerdo con el mandato constitucional, persigue la readaptación social del delincuente, y de manera subsidiaria busca la intimidación de la colectividad,[116] ¿readaptamos más a quienes roban lo que vale más e

[116] "[Las] normas jurídico penales... tutelan bienes jurídicos fundamentales... y conmina[n] a la sociedad para que no delinca, por medio de la descripción de penas o medidas de seguridad; de esta manera previene la comisión de injustos culpables y

intimidamos con mayor rigor para tratar de evitar más enérgicamente el robo de bienes de mayor cuantía? ¿Estamos "castigando" la conducta (el robar) o simplemente protegemos más a los que más tienen? Planteo esta última interrogante en virtud de que a una persona de escasos recursos o en pobreza extrema le causará un mayor daño que le sean robados 200 pesos, que si le fueran robados 200 mil pesos, por ejemplo, a Bill Gates, en cuyo caso —aunque evidentemente no justificable— se dirá: "es como quitarle un pelo a un gato". El mismo comentario podríamos hacer respecto al delito de abuso de confianza regulado en el artículo 227 del Código Penal.

Es un principio del derecho penal el que la pena sea proporcional a la gravedad del delito, como invariablemente lo es que la punibilidad sea de igual forma proporcional al valor del bien jurídico objeto de protección penal. Así, la vida y la libertad constituyen los bienes más preciados del ser humano. Luego entonces, a los bienes jurídicos considerados de mayor valor deberá otorgárseles una mayor protección penal que, dicho sea de paso, se identifica —consideramos, erróneamente— con una punibilidad mayor o más alta. Sin embargo, en nuestro México mágico pareciera que respecto a estos principios —si se quiere ya no jurídicos sino lógicos— sucede todo lo contrario. Por ejemplo, si le otorgamos a la vida un valor superior respecto a todos los demás, como el de libertad,[117] resulta incongruente que la pena de prisión aplicable al secuestro ("simple") sea de 40 a 60 años, en tanto que la señalada para el homicidio, también simple, es de 8 a 20 años. Ni siquiera la pena establecida para el delito que puede considerarse como más grave por su forma de comisión (homicidio calificado) es similar a la del secuestro, ya que se lo sanciona con prisión de 20 a 50 años. Así las cosas, al secuestrador le dará lo mismo "secuestrar" que "secuestrar y asesinar" a la víctima, pues la pena en el primer caso es *solo* diez años inferior tanto en el mínimo como en el máximo respecto a esta última (que es de 50 a 70 años).

---

hace posible la convivencia social entre los seres humanos". Proyecto de reformas al Código Penal Federal enviado por el entonces presidente de la República, Vicente Fox Quesada, a la Cámara de Senadores de fecha 29 de marzo de 2004, p. 77.

[117] Aunque no faltan quienes afirman, y no hay duda de que no pocos acontecimientos les asisten para sostener esto, que "por la conquista de su libertad, el ser humano ha ofrecido su vida una y otra vez a lo largo de la historia de los pueblos, e incluso sigue haciéndolo..." (Nader Kuri, Jorge, "Ampliación de la garantía de presunción de inocencia", *Derecho Penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. I. Derecho penal*, *cit.*, nota 7, p. 499).

Algunos otros ejemplos los tenemos con la tentativa de homicidio simple (2.6 a 13.3 años), cuya penalidad es inferior a la establecida para el delito de robo contemplado en el artículo 220, fracción IV, cuando dicho delito se cometa en transporte público (de 6 a 16 años de acuerdo con el artículo 224, fracción III). Aún más, en este último caso dicha penalidad se vuelve casi equiparable a la establecida para el homicidio consumado (8 a 20 años). Finalmente, la pena para las lesiones que ponen en peligro la vida, que oscilará entre 3 y 8 años de prisión, es inferior en su límite máximo que la establecida para quien altere, permita la alteración u opere de forma indebida cualquier equipo o programa utilizado para la ¡verificación vehicular! (que es de 3 a 9 años de prisión, además de la multa respectiva).[118] Igual sanción se aplicará para quien ilícitamente venda uno o más documentos que acrediten la aprobación de la citada verificación. Entonces, ¿es de igual o de mayor importancia sancionar y prevenir la venta de un documento que permita que los automóviles que no tienen derecho a circular todos los días lo hagan (en el caso de los de holograma “0”), que el sancionar y prevenir el tráfico de menores (cuya penalidad es de dos a nueve años de prisión)?

Para concluir este apartado, a reserva de que en los capítulos posteriores abundemos respecto al tema en cuestión, nos referiremos al aspecto de la habitualidad y la reincidencia. El artículo 20 del Código Penal Federal establece que se considerará como reincidente a la persona que haya sido condenada por sentencia ejecutoriada y cometa un nuevo delito si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la pena impuesta o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena. En tanto que será considerado delincuente habitual quien, siendo reincidente, cometa un nuevo delito de la misma naturaleza (el Código Federal utiliza la fórmula: “nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa”), siempre y cuando los tres delitos (en lugar de “infracciones”) hayan sido cometidos en un periodo no mayor a diez años (artículo 21). Ahora bien, de acuerdo con el artículo 65 del mismo Código, la reincidencia —entendemos que de igual forma la habitualidad— será tomada en cuenta para la individualización de la pena, así como para el otorgamiento o no-otorgamiento de

[118] Artículo 347 bis del Código Penal.

los sustitutivos o correctivos de prisión.[119] El mismo artículo, en su párrafo segundo, establece que en caso de doble reincidencia (habitualidad), tratándose de delitos dolosos considerados como graves por la ley, la pena que corresponda por el nuevo delito se incrementará en dos terceras partes y hasta un tanto más de la pena prevista para éste. Por su parte, el artículo 159, relativo al quebrantamiento de sanciones, establece que el reo que haya sido suspendido en o inhabilitado para ejercer su profesión u oficio e incumpla su condena será sancionado con multa, pero en caso de reincidencia se duplicará la multa y se le podrá privar de su libertad de uno a seis años. Con lo anterior en mente, llegamos al clímax de nuestra reflexión: ¿qué fin persigue ese incremento en la sanción? ¿No podríamos pensar que lo que falló fue la educación y la capacitación para el trabajo como medios para lograr la readaptación social del sujeto? En caso de sujetos "inadaptables" —claro está que no podemos negar su existencia—, ¿tendrá mayor efecto la prevención especial al incrementar las penas?, ¿agravamos la sanción para que la autoridad ejecutora cuente con más tiempo para reformar al delincuente? ¿Se castiga más por ser más veces malo? Creemos que estas disposiciones no tienen razón de ser si deseamos que nuestro derecho penal se identifique con el propio de un Estado preocupado por la readaptación y no por la retribución, ya que estamos —contrariamente a lo que establece la política criminal moderna— ante situaciones con tintes claramente retribucionistas.

Por lo anterior, consideramos acertado que se haya suprimido del Código Penal del Distrito Federal lo relativo a la reincidencia y a la habitualidad, y al contrario, nos parece lamentable que en el Proyecto de reformas al Código Penal Federal[120] no sólo no se supriman estos tópicos, sino que para algunos delitos se establezca el incremento de las penas en caso de reincidencia donde no existía dicho tipo de disposiciones. Ejemplo de esto lo encontramos en el agregado que propone dicho proyecto al artículo 171, relativo a los ataques a las vías de comunicación y violación de correspondencia, a saber: "Si reincidiere, se le

[119] Véase el capítulo tercero "Disminución del uso de la pena de prisión mediante los sustitutivos y correctivos de prisión en el derecho mexicano".
[120] De 29 de marzo de 2004, *cit.*, nota 114.

aplicará prisión de tres a seis meses, sin perjuicio de las sanciones antes indicadas".

Finalmente, y tomando en cuenta la función que nuestra Constitución le otorga a la imposición de las penas y basándonos en la teorías de la función de la pena (retributivas, preventivas o mixtas), podemos concluir que —al menos en el papel, y olvidándonos por el momento de las consideraciones expresadas en los párrafos anteriores— en el derecho positivo mexicano la pena atiende: en el momento de la punibilidad (Legislativo), a la prevención general; en el momento de la punición (Judicial), a la prevención tanto general como especial, así como a la retribución,[121] y en el momento ejecutivo de la pena (Ejecutivo), a la prevención especial.[122]

XI. Clasificación de las penas

1. *En la doctrina*

Doctrinalmente, las penas pueden ser clasificadas tomando en cuenta la finalidad que persiguen, el bien jurídico que afectan, su forma de aplicación, su duración y su ejecución.[123] Aspectos que, dada la naturaleza del presente estudio, desarrollaremos de una forma general sin afán de ser exhaustivos.

[121] Consideramos que a pesar de los fines socialmente constructivos que se le han otorgado a la pena de prisión, principalmente el de la resocialización o readaptación, que en ocasiones se convierten en meras utopías o máscaras que ocultan tras de sí fines más perversos, no podemos negarle, en el presente, la finalidad retributiva, ya que la comisión de ciertos delitos (particularmente los culposos o no intencionales) en muchas ocasiones son invariable y enérgicamente castigados aunque los autores de los mismos no sean socialmente desadaptados y en consecuencia no necesiten ser resocializados. De igual forma, la imposición de una pena respecto a los delitos —digámoslo así— "accidentales" no cumplirá una función preventiva en virtud de que, por su carácter, ninguna persona está exenta de cometerlos. Entonces, ¿por qué se aplica la sanción? Evidentemente, en estos casos nos enfrentamos a rasgos claramente retributivos, ya que se sanciona por el hecho de haber causado un daño a un bien jurídico fundamental (aunque en ocasiones no resulte tan fundamental como en teoría debería serlo).

[122] Podría pensarse que estas afirmaciones las hacemos sin fundamento legal específico, pero no es así. El artículo 70 del Código Penal, un poco más audaz y quizá más realista que la propia Constitución (que como comentamos, sólo se refiere a la readaptación social como fin de la pena), establece que cuando se establezcan punibilidades alternativas en las que se contemple la pena de prisión como una de ellas, el juez, motivando su resolución, podrá imponer esta última sólo cuando ello sea indispensable "para los fines de justicia, prevención general y prevención especial". No obstante, esto es precisamente lo que los críticos a las teorías de la prevención general buscaban evitar, ya que este tipo de disposiciones atienden a la *ejemplaridad* de la sanción hasta llegar, incluso, a un posible "terror de Estado", a una desproporcionalidad entre delito y sanción y, en fin, a la inseguridad jurídica.

[123] En el desarrollo de este parágrafo nos basamos en Rodríguez Manzanera, Luis, *op. cit.*, nota 2, pp. 161 y ss., y Plascencia Villanueva, Raúl, *op. cit.*, nota 21, pp. 182 y ss. También puede verse Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho punitivo*…, *cit.*, nota 24, pp. 175-179.

A. *Por su finalidad*

a) *Eliminatorias*. Estas penas tienden más a la desaparición del delincuente que a la retribución o prevención de los delitos. Simplemente buscan la supresión del mal mediante la eliminación del sujeto dañoso o peligroso para la colectividad. No hay mejor ejemplo de esta pena que la de muerte; que desafortunadamente se sigue aplicando en muchos países del mundo, y cuyo más asiduo defensor —así como su máximo aplicador— es China.[124] Otros ejemplos de dichas penas son el confinamiento y la cadena perpetua.

b) *Correctivas o readaptadoras*. Este tipo de penas tiende a la resocialización o readaptación del delincuente, ya sea mediante el tratamiento, la educación o el trabajo, y cuya principal finalidad es la prevención especial. Es decir, repersonalizando[125] al sujeto se evita su reincidencia. Ejemplos de estas penas lo son la semilibertad y el tratamiento en libertad.

c) *Restrictivas de derechos*. Son aquellas que, como su nombre lo indica, restringen total o parcialmente el goce de ciertos derechos; el fin que persiguen es evitar que el sujeto continúe cometiendo delitos de la misma naturaleza al, digámoslo así, quitarle los medios o instrumentos, o bien la posición de la que se valió para su comisión. Como ejemplos tenemos la suspensión o privación de derechos políticos (por la comisión de delitos electorales, artículos 352 y ss. del Código Penal), civiles o familiares (delito de tráfico de menores, artículo 169 del Código Penal) y la destitución o inhabilitación para desempeñar un empleo, cargo o comisión públicos.

---

[124] De acuerdo con cifras proporcionadas por Amnistía Internacional, en 2006 fueron ejecutados al menos 1,591 presos en 25 países, y fueron condenadas a dicha pena 3,861 (cifra menor que la de 2005, que fue de 5,186) en 55 países. Dicha organización calcula que tan sólo en 2006, 1,010 personas fueron ejecutadas en China (aunque algunas fuentes señalan que la cifra real asciende a 8,000 personas), constituyéndose este país como el mayor aplicador de la pena capital en el mundo. Hasta ahora, las formas de ejecución que se han empleado han sido variadas: decapitación (Irak, Arabia Saudita), electrocución (Estados Unidos), ahorcamiento (Egipto, Japón), inyección letal (China, Estados Unidos, Filipinas), fusilamiento (Bielorrusia, China), lapidamiento (Afganistán, Irán) y apuñalamiento (Somalia). Véase Amnistía Internacional, "Datos y cifras sobre la pena de muerte (1 de enero de 2007)", "Condenas a muerte y ejecuciones en el año 2006" y "Lista de países abolicionistas y retencionistas (1 de enero de 2007)", todos en *http://www.amnistiainternacional.org/*.

[125] Al respecto, el doctor Sergio García Ramírez ha dicho que "readaptación social no puede significar cancelación de capacidades y decisiones personales, supresión del albedrío, exterminio de la aptitud de elegir entre la subordinación a la norma o la transgresión jurídica… En fin, no se pretende, so pretexto de readaptación social, modificar la personalidad, alterándola. Sólo se busca *colocar al individuo en condiciones de no delinquir*; ponerlo en el rumbo de la conducta lícita" (cursivas nuestras). García Ramírez, Sergio, "Función de la pena y la readaptación social", *Estudios jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 783.

d) *Intimidatorias*. Su finalidad primordial es la prevención especial, ya que mediante las mismas se evita que los potenciales criminales delincan en virtud de la intimidación que su aplicación provoca. Recaen más que en los bienes del sujeto, aunque no son excluyentes, en su psique. Entre las mismas se encuentran: la publicación especial de sentencia, la amonestación, el decomiso de bienes, etcétera.

B. *En atención al bien jurídico que afectan*

a) *Capital*. Aquellas que recaen sobre el bien más preciado de los seres humanos: la vida. Tienden a la eliminación del delincuente mediante la privación de su bien jurídico más valioso. Nuevamente nos encontramos frente a la pena de muerte.

b) *Corporales*. Reciben tal denominación las penas que se aplican directamente sobre el cuerpo del autor del delito. Tal es el caso de los azotes,[126] las marcas y, en los países que aún la conservan, la mutilación.[127]

c) *Contra la libertad*. Este tipo de penas limitan la libertad personal del individuo, tal es el caso de la prisión, el confinamiento, etcétera.

d) *Pecuniarias*. Éstas recaen en los bienes patrimoniales del sujeto, como son la multa y la reparación del daño (aunque a esta última la consideramos más como una consecuencia jurídica que como una pena en sentido estricto).

e) *Suspensivas o privativas de derechos*. Estas penas tienden a afectar el goce o ejercicio de determinados derechos (civiles, políticos), mediante la

[126] Respecto a la pena de azotes —vigente, por ejemplo, en Trinidad y Tobago— la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que "resulta contraria, en sí misma, a la dignidad humana… Se dirige única y exclusivamente a causar sufrimiento, sin obtener y ni siquiera pretender un objetivo moral plausible. Humilla a quien la recibe y envilece a quien la inflige". Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Caesar *vs.* Trinidad y Tobago", sentencia del 11 de marzo de 2005, p. 6, disponible en: *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_123_esp.pdf*.

[127] En los Estados Unidos se ha implementado una nueva forma más "humanitaria" de mutilación para los agresores sexuales; nos referimos a la denominada castración química. Hasta el momento se ha practicado de forma voluntaria, pero se busca su incorporación al catálogo de penas a fin de que su aplicación sea obligatoria para este tipo de delincuentes, o bien, requisito *sine qua non* para el otorgamiento de la libertad condicional o *probation*. En 1997, Florida promulgó el *Chemical Castration Statute*, bajo el argumento de que "la rehabilitación de agresores sexuales y la seguridad de los ciudadanos de Florida son justificaciones suficientes para el establecimiento de la castración química como una condición para la liberación de los convictos por agresión sexual". Y eso que estamos hablando de un país de "primer mundo". Véase Helm, Larry, "Florida's 1997 Chemical Castration Law: A Return to the Dark Ages", *Florida State University Law Review*, vol. 25, pp. 117-139, visible en *www.law.fsu.edu/journals/law review/downloads /252/spalding.pdf*.

suspensión (temporal o definitiva), la privación (evidentemente definitiva) o restricción de los mismos (generalmente de manera temporaria).

C. *Por su forma de aplicación*

a) *Alternativas*. Se presentan cuando una conducta delictiva puede sancionarse con dos penas de distinta naturaleza pero el juzgador sólo impondrá, en principio, una de ellas. Como se ha enunciado, no obstante que del principio *in dubio pro reo* se infiere que cuando en el tipo penal se contemplen dos sanciones alternativas deberá aplicarse la que más beneficie al reo, es decir, aquella que importe una menor restricción o privación de bienes o derechos, el artículo 70 del Código Penal claramente señala que en estos casos, cuando una de las dos sanciones sea la prisión, el juez podrá imponer esta última a los fines de justicia, prevención general y especial. Si bien el Código Penal Federal no contiene una disposición similar expresa a la de su homónimo local, sí señala, en los artículos 191 (ultrajes a las insignias nacionales) y 289 (lesiones que no pongan en peligro la vida o que tarden en sanar menos de 15 días), que a juicio del juez, éste podrá imponer tanto la pena de prisión como la multa, aun cuando se trata de penas alternativas. Al respecto, la doctrina ha considerado que este tipo de disposiciones "promueve[n] el arbitrio de la arbitrariedad".[128] Ejemplos de lo anterior los tenemos en los artículos 210 (delito de allanamiento de morada) y 214 (difamación), ambos del Código Penal para el Distrito Federal.[129]

b) *Facultativas*. Se consideran facultativas aquellas penas que, de acuerdo con la prudente estimación del juez, superior competente o ley particular, pueden ser impuestas o no.

c) *Conjuntas*. De igual forma que las penas alternativas, se prevén dos o más sanciones de distinta naturaleza para una misma conducta delictiva, pero la diferencia radica en que se aplicarán todas y cada una de ellas al autor del delito.

[128] Peco, José, *La reforma penal argentina de 1917-20*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1921, citado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, en el acuerdo recaído sobre la causa P. 68.706 del 4 de octubre de 2006, disponible en *www.scba.gov.ar/falloscompl/SCBA/2006/10-04/P68706.doc*.

[129] Al respecto, el propio artículo 225, fracción XXVII, del Código Penal Federal señala que comete delito contra la administración de justicia el servidor público que no ordene la libertad de un procesado, decretando su sujeción a proceso, cuando sea acusado por delito que merezca pena no privativa de libertad o *alternativa*.

Ejemplos de este tipo de penas los encontramos en el delito de homicidio culposo de una o más personas con motivo del tránsito de vehículos, caso en el que a su autor, además de la pena de prisión que corresponda, se le suspenderán los derechos en cuyo ejercicio hubiere cometido el delito (artículos 140 y 141 del Código Penal). En el ordenamiento local se observan, por ejemplo, las siguientes combinaciones de penas conjuntas: prisión y multa (ciertamente la más "popular"); prisión y suspensión de derechos; prisión, multa y pago de salarios y prestaciones legales (artículo 161); prisión, multa y suspensión para ejercer oficio o profesión (por ejemplo, artículo 319); prisión, multa y destitución e inhabilitación para ejercer cargos o empleos públicos (véanse los artículos 339 y 340, relativos a la falsificación o alteración y uso indebido de documentos).

d) *Únicas*. Se presentan cuando existe sólo una punibilidad establecida para un tipo penal específico.

D. *Por su duración*

a) *De corta duración*. Se considera que son penas de corta duración aquellas privativas de libertad que van, en el ámbito del Distrito Federal, de tres meses a cinco años, y en el ámbito federal de tres días a cuatro años, ya que las mismas pueden ser sustituidas por multa, trabajo en beneficio de la víctima o de la comunidad, tratamiento en libertad o semilibertad (de acuerdo con los artículos 84 y 70 de los Códigos Penales respectivos).

b) *De mediana duración*. Son aquellas que van de cinco años un día o cuatro años un día, respectivamente, hasta diez años de prisión; y ello porque, de acuerdo con la doctrina, sólo dentro de estos límites mínimos y máximos pueden obtenerse "verdaderos efectos regenerativos".[130]

c) *De larga duración*. Se entiende por penas de larga duración aquellas que exceden el término de diez años de prisión.[131]

[130] Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho punitivo*…, *cit*., nota 24, p. 176.
[131] *Idem*.

d) *Perpetuas*. Son aquellas cuya duración temporal es igual a la de la vida del condenado; sin embargo, consideramos que pueden estimarse como tales las que exceden los treinta años de prisión (¡ni qué decir respecto a las de setenta años!).[132]

E. *Por su forma de ejecución*

a) *Remisibles*. Se presentan cuando, por motivos piadosos o humanitarios, el juez o tribunal decide no ejecutar la pena impuesta, o bien sustituirla por una menos grave o por una medida de seguridad, en virtud del delicado estado de salud del sujeto, o bien porque presente senilidad "avanzada", al considerar que dicha ejecución resultaría innecesaria o su aplicación irracional.[133]

b) *Sustituibles*. Son aquellas que, dependiendo de las circunstancias del delito, sin menospreciar las del delincuente, pueden ser sustituidas o conmutadas por otras de menor impacto y gravedad, siempre y cuando se cumplan con los requisitos que la legislación establece.[134]

c) *Autónoma*. Es aquella que puede aplicarse sola y no implica la existencia de otra pena para su imposición y ejecución.

d) *Condicional*. Se refiere a la suspensión condicional de la pena privativa de libertad, es decir, su ejecución se suspenderá a fin de evitar el impacto que la pena provoca en el sujeto siempre y cuando éste cumpla con los requisitos legales para su otorgamiento. Y es condicional en virtud de que si el individuo no cumple con las medidas, condiciones o restricciones que se le imponen, la suspensión quedará sin efecto y la pena impuesta deberá ejecutarse.

[132] El propio Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (aprobado el 17 de julio de 1998) contempla la reclusión a perpetuidad "cuando lo justifique la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado" (artículo 77.1, inciso *b*). Sin embargo, cuando el recluso haya cumplido tres cuartas partes de la pena o 25 años de la misma, la Corte revisará periódicamente la pena para determinar si procede su reducción de acuerdo con los parámetros establecidos en el artículo 110.3 del Estatuto. En este caso se observa cómo, a pesar de la extrema gravedad de los crímenes (genocidio, de lesa humanidad, de guerra, de agresión) a los que el conocimiento de la Corte se avoca, el ánimo racionalista de sus redactores ha logrado la modificación misma del vocablo "perpetua".
[133] Al respecto pueden verse los artículos 75 del Código Penal y 55 del Código Penal Federal.
[134] Véanse los artículos 84 y ss. del Código Penal y 70 a 73 del Código Penal Federal.

2. *En la legislación mexicana*

Si bien la clasificación anterior atiende a criterios generales y particulares de las penas, en el presente apartado haremos referencia a las penas en particular que se establecen y regulan en los códigos penales federal y del Distrito Federal con una breve explicación de cada una de ellas. Explicación que contribuirá a hacer más comprensible el siguiente y último apartado del presente capítulo relativo a las "sanciones" administrativas y su "diferenciación" con las sanciones penales.

En el título tercero, "Consecuencias jurídicas del delito", el artículo 30 del Código Penal establece el siguiente catálogo de penas: *1)* prisión; *2)* tratamiento en libertad; *3)* semilibertad; *4)* trabajo en beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad; *5)* sanciones pecuniarias; *6)* decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito; *7)* suspensión o privación de derechos, y *8)* destitución e inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos.

Por su parte, el Código Penal Federal establece en su artículo 24 las penas de: *1)* prisión; *2)* tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad; *3)* confinamiento; *4)* sanción pecuniaria; *5)* decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito; *6)* suspensión o privación de derechos; *7)* inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos, y *8)* decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

Trascrita ya la clasificación legal de las penas, nos referiremos de manera general a cada una de ellas:

a) A reserva del análisis que realicemos respecto a la *prisión* en el capítulo siguiente, g*rosso modo* consiste en la privación de la libertad corporal.[135] Si bien esta pena recae sobre el cuerpo del sujeto, es considerada por la doctrina no como una pena corporal en sentido estricto sino restrictiva o privativa de derechos, en virtud de que se restringe el derecho del delincuente a "salir [de la República],

[135] Véanse los artículos 25 del Código Penal Federal y 33 del Código local.

viajar por su territorio o mudarse de residencia",[136] ya que, más bien al contrario, se encuentra obligado a permanecer en alguno de los centros de reclusión que para el efecto se han establecido o se establezcan; además de que conlleva la privación implícita del ejercicio de otros derechos que para su ejercicio presuponen el de libertad, como los civiles o políticos. No obstante, la Constitución mexicana, en el artículo 18, señala que "sólo por delito que merezca pena corporal [prisión] habrá lugar a prisión preventiva", de lo que se infiere que caracteriza a la prisión como una pena corporal. Así, podríamos decir, teóricamente hablando, que es la pena más "completa" en virtud de que además de ser privativa o restrictiva de derechos es también corporal; correctiva o readaptadora; intimidatoria; alternativa, conjunta o única; de corta, mediana o larga duración (en muchos casos puede considerarse ya como perpetua); remisible, sustituible, o bien condicional.

b) *Tratamiento en libertad*. Ésta consiste en la aplicación al delincuente de medidas educativas, laborales, de salud o de cualquier otra naturaleza o índole tendentes a lograr la readaptación social del sentenciado.[137] Podemos considerarla, evidentemente, como correctiva o readaptadora, corporal, única o conjunta (con medidas de seguridad destinadas a la deshabitualización), autónoma o sustitutiva (que no sustituible),[138] de corta, mediana o larga duración.

c) *Semilibertad*. Esta pena podemos identificarla con el dicho popular "ni tanto que queme al santo ni poco que no lo alumbre". Es decir, implica la alternancia de periodos de privación de libertad con periodos de libertad.[139] Dicha

[136] Véanse los artículos 11, en concordancia con el 14, de la Constitución mexicana; 33 del Código Penal y 25 del Código Penal Federal. En relación con ello, Olga Sánchez Cordero y Guillermo Ortiz Mayagoitia señalan que la "pena de prisión constituye una sanción restrictiva, mediante la cual se priva al individuo de su libertad locomotora y se le mantiene recluido es un establecimiento destinado para ese fin específico". "Voto minoritario de los ministros Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia", *cit.*, nota 111.

[137] Artículos 34 del Código Penal y 27 del ordenamiento federal.

[138] El Código Penal textualmente expresa que el tratamiento en libertad "podrá imponerse como pena autónoma o sustitutiva de la prisión" (artículo 34, segundo párrafo), en tanto que el Código Penal Federal sólo establece que su duración "no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida" (artículo 27), de ahí que en el ámbito federal sólo es una pena sustitutiva mas no autónoma.

[139] Cabe hacer aquí una distinción entre la semilibertad regulada en el Código Penal del Distrito Federal y la respectiva del Código Penal Federal, en virtud de que este último establece que la semilibertad implica la alternancia entre "periodos de privación de la libertad y de «*tratamiento*» *en libertad*" (artículo 27, segundo párrafo), en tanto que el primero la establece entre "periodos de *libertad* y privación de la libertad" (artículo 35). Esta diferenciación es importante en virtud de que las penas no pueden imponerse por analogía o mayoría de razón, por lo tanto en el ámbito local la externación implica *completa libertad*, en tanto que el ordenamiento federal limitará dicha libertad a la recepción de un tratamiento por parte del sentenciado. En este último caso estamos frente a una pena (semilibertad) que en su ejecución impone otra (tratamiento en

alternancia presenta diversas modalidades: salida diurna con reclusión nocturna; salida de fin de semana con reclusión durante el resto de ésta; salida nocturna con reclusión diurna y externación durante la semana de trabajo con reclusión de fin de semana. Esta pena es correctiva o readaptadora, restrictiva de derechos (limita parcialmente la libertad personal), única o conjunta (puede imponerse junto a ésta la privación o restricción de otros derechos), sustitutiva (no sustituible), de corta, mediana o larga duración (en caso de ser sustitutiva, como se verá en el capítulo tercero, su duración no podrá exceder la establecida para la pena sustituida).

d) *Trabajo en beneficio de la víctima del delito*. Esta pena, como se pudo observar, está contemplada solamente en el Código Penal para el Distrito Federal, y consideramos que en realidad no es una pena, contrariamente a como su nombre indica, en beneficio de la víctima del delito, ya que la prestación de servicios debe ser remunerada y se realizará en instituciones públicas, educativas, empresas de participación estatal o en empresas privadas.[140] Pero, ¿cuál es aquí el beneficio para la víctima? Probablemente lo que se desea es que el sentenciado, mediante este trabajo remunerado, esté en posibilidad de reparar el daño ocasionado a la víctima, pero si esto es así su nombre debería ser otro. Dejaremos hasta aquí los comentarios respecto a este tema en virtud de que lo retomaremos en el capítulo tercero.

e) *Trabajo en favor de la comunidad*. Éste consiste en la prestación de servicios *no* remunerados (aquí es donde consideramos que en verdad es *en favor*) en instituciones públicas, educativas y de asistencia o servicio social (públicas o privadas no lucrativas).[141] Esta pena es readaptadora, autónoma o sustitutiva (no sólo de la pena de prisión sino de sanciones pecuniarias en su modalidad de multa), única o conjunta (generalmente con multa), y de corta, mediana o larga duración.

---

libertad). Además, respecto a esta pena podemos hacer el mismo comentario realizado en la nota anterior relativo al tratamiento en libertad.

[140] Artículo 36 del Código Penal.

[141] Artículos 36, párrafo 2, del Código Penal y 27, párrafo 3, del Código Federal.

f) *Confinamiento*. Esta pena sólo la establece el Código Penal Federal (artículo 28), y consiste en la obligación impuesta al delincuente de residir en determinado lugar y no salir de él. Es equiparable (por no decir sinónima) a la pena de prisión, ya que en realidad implica la privación de la libertad personal pero en lugar distinto a un centro de reclusión propiamente dicho. Al igual que aquélla es privativa de derechos; readaptadora; intimidatoria (ciertamente en menor grado que la pena de prisión); contra la libertad; de corta, mediana o larga duración; remisible, y tiene la doble calidad de sustituible o sustitutiva. Esto último en virtud de que el artículo 73 establece que tratándose de delitos políticos, cuando la pena impuesta sea la de prisión, ésta podrá conmutarse por confinamiento (en este supuesto funge como sustitutiva); o bien, si la pena impuesta es el confinamiento, ésta se conmutará por multa (en esta hipótesis es sustituible).[142]

g) *Sanción pecuniaria*. Esta pena afecta los bienes patrimoniales del delincuente; y comprende: la multa, la reparación del daño y la sanción económica en el caso del ordenamiento del Distrito Federal (artículo 37), y sólo las dos primeras en el caso del ordenamiento penal federal (artículo 29). La primera de ellas consiste en el pago de una cantidad de dinero al gobierno del Distrito Federal o al Estado, respectivamente, y se fija por días multa. Por su parte, la reparación del daño comprende: el restablecimiento de las cosas en el estado en que se

[142] Si bien el artículo 73 del Código Penal Federal establece lo que ya comentamos en las líneas que dan origen a esta nota, nos inquieta sobremanera la disposición en su conjunto. En ella se establece que tratándose de delitos políticos ¡¡el Ejecutivo!! podrá hacer la *conmutación* de sanciones después de impuestas en condena irrevocable... El *Diccionario de la Lengua* de la Real Academia Española define el término "conmutar" como "cambiar una cosa por otra // 2. Sustituir penas o castigos impuestos por otros menos graves". Consideramos que en este caso se está, independientemente del nombre que se le dé o se le quiera dar, ante una *sustitución* de penas propiamente dicha, y por lo tanto debería ser concedida, o en su caso negada, por el juez al momento de dictar la sentencia, tal y como sucede con los claramente denominados "sustitutivos". Quizá se utiliza el término *conmutar* como sinónimo de *indulto*, pero volviendo al *Diccionario* citado encontramos que este último se define como "2. Gracia que excepcionalmente concede el jefe del Estado, por la cual perdona total o *parcialmente* una pena o la *conmuta* por otra más benigna". Entonces, si el indulto incluye la conmutación de sanciones ¿a qué se debe la distinción?, ¿por qué no solamente se habla de sustitutivos y de indulto? Algunos quizá podrían argumentar que es una distinción simplemente teórica y sin mayor trascendencia, pero entonces ¿por qué el artículo 97 establece que el Ejecutivo Federal podrá conceder INDULTO "I. Por los delitos de carácter *político*... II... cuando la conducta del responsable haya sido determinada por motivaciones de carácter *político*... III... cuando el sentenciado *haya prestado importantes servicios a la nación*..."? Y luego ¿por qué razón el artículo 553 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que "el que hubiese sido condenado por sentencia irrevocable y se encuentre en los casos de *conmutación de sanciones*... podrá solicitar de la *autoridad jurisdiccional* o del *Poder Ejecutivo*, en su caso, la *conmutación*, la reducción de pena o el sobreseimiento que procedan"? Consideramos que este juego de palabras y de términos se encamina a ampliar el margen de intervención del Ejecutivo Federal en la *modificación* de las sanciones penales, además de que mediante el mismo "despoja" al órgano jurisdiccional de su atribución legal de aplicar los sustitutivos cuando se trata de *delitos políticos*. Así, este tipo de disposiciones convierten la imagen de la "justicia ciega" (representada generalmente por una musa que sostiene una balanza con ambos ojos cubiertos por una venda) en una justicia —según se la vea desde el punto de vista optimista o pesimista— "medio ciega" o "medio vidente" (en esa misma representación de la justicia, imaginamos a la musa con un ojo cubierto y el otro sin cubrir). En fin, una regulación legal que es o puede llegar a convertirse en instrumento de corrupción, de favores o disfavores "políticos" y de manipulación del sistema penal.

encontraban antes de la comisión del delito; la restitución de la cosa obtenida por el delito, y si esto no fuera posible el pago de su valor; la reparación del daño moral sufrido por la víctima, incluyendo el pago del tratamiento que la víctima requiera para la recuperación de su salud física y psíquica; el resarcimiento de los perjuicios causados, y el pago de los salarios o percepciones que la víctima dejó de percibir en virtud de la incapacidad para realizar su trabajo, arte u oficio provocada por la conducta delictiva. Por último, la sanción económica *stricto sensu* consiste en la aplicación de hasta tres tantos del lucro obtenido con la comisión del delito y de los daños y perjuicios causados. Esta última se aplicará únicamente a los servidores públicos respecto de los delitos referidos en los títulos decimoctavo y vigésimo del libro segundo. Así, la sanción pecuniaria *lato sensu* es una pena autónoma, alternativa o conjunta; sustituible o sustitutiva.

h) *Decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito*.[143] El decomiso se ha conceptuado como la "privación coactiva y sin indemnización de una parte de los bienes de una persona, con fundamento en el interés público, al tratarse de los instrumentos con los cuales se cometió un delito, o de los bienes que son objeto o producto del mismo".[144] Por regla general, sólo aquellos bienes de uso prohibido son objeto del decomiso, y por excepción se decomisarán los de uso lícito cuando se trate de delito intencional o doloso. Si los bienes pertenecieran a un tercero, sólo podrán decomisarse si éste tenía conocimiento de su utilización para la comisión del delito (en el ámbito local), o bien cuando se encuentre en alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 400 bis —operaciones con recursos de procedencia ilícita, conocido también como lavado de dinero o blanqueo de capitales— (en el ámbito federal). Adicionalmente, los bienes que constituyan los instrumentos o productos del delito podrán ser objeto de aseguramiento antes de la sentencia por la que se decrete su decomiso a fin de garantizar la eventual aplicación de dicha sanción.

[143] Artículos 53 a 55 del Código Penal local y 40 y 41 del Código Penal Federal.
[144] Natarén, Carlos, "Capítulo VII. Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito. Comentario", en García Ramírez, Sergio *et al.* (coords.), *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal comentado*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. I (artículos 1o. al 122), p. 236.

i) *Suspensión o privación de derechos*.[145] La suspensión consiste en la pérdida temporal del goce de derechos, en tanto que la privación consiste en la pérdida definitiva de los mismos. Ambas sanciones son de dos clases: 1) la que se impone por ministerio de ley como consecuencia necesaria de la pena de prisión (por ejemplo, la imposición de la pena de prisión trae aparejada la suspensión de los derechos políticos, entre otros), y 2) la que se impone como pena autónoma o, bien, como accesoria a una principal. En la hipótesis del inciso 1 la privación o suspensión comenzará y culminará con la pena que le da origen, ya que al cesar dicha pena cesarán sus efectos o consecuencias. Por el contrario, en el supuesto del inciso 2: *i)* si la suspensión o privación de derechos se acompaña por pena de prisión, la primera comenzará al iniciar la ejecución de esta última y su duración será la que se haya establecido en la sentencia; *ii)* si la suspensión o privación de derechos se impone como pena única, comenzará a partir de que la sentencia cause ejecutoria y durará por el tiempo establecido en ésta.

j) *Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones, cargos, comisiones o empleos públicos*.[146] La inhabilitación consiste en la incapacidad temporal que se impone al delincuente para obtener y ejercer cargos, comisiones o empleos públicos; en otras palabras, el sujeto no podrá trabajar ni ejercer funciones como servidor público. Por su parte, la destitución es la privación definitiva del empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el servicio público, es decir, estando en funciones el sujeto a quien esta pena se impone, éste es privado de forma definitiva del derecho de continuar ejerciendo dicho empleo, cargo o comisión. Para la imposición de estas penas, ya sea de manera autónoma o conjunta, es condición *sine qua non* que se trate de un servidor público. Así, finalmente, estas penas son: limitativas o privativas de derechos, contra la libertad,[147] autónomas o conjuntas (pueden imponerse tanto la destitución como la inhabilitación para sancionar una sola conducta delictiva y también pueden acompañarse con pena de prisión), de corta, mediana o larga duración.

---

[145] Artículos 56 a 59 del ordenamiento local y 45 y 46 del federal.
[146] *Idem*.
[147] Y ello porque el artículo 5o. constitucional establece que "a ninguna persona podrá impedírsele que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode siendo lícitos. El *ejercicio* de esta *libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial*".

k) *Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito*. Debemos hacer algunas precisiones antes de referirnos puntualmente a la naturaleza de esta pena. En primer lugar, sólo los servidores públicos pueden ser sancionados por el delito de enriquecimiento ilícito, ya que si bien el segundo párrafo del artículo 224 del Código Penal Federal establece que también serán penalmente responsables quienes ostenten la calidad de propietarios respecto a los bienes adquiridos por el servidor público (conocidos en el argot como "prestanombres"), consideramos que la conducta de estos últimos sería constitutiva de otro delito: *operaciones con recursos de procedencia ilícita*, en virtud de que los bienes dados a dicha persona por el servidor público se consideran como ilícitos y esa "dádiva" se hace con la finalidad —que consideramos evidente— de "ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos bienes..." (artículo 400 bis). Ahora bien, cometerá el delito de enriquecimiento ilícito aquel *servidor público* que con motivo de su empleo, cargo o comisión aumente su patrimonio o bienes sin poder acreditar la legitimidad de ese incremento, la de la procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño. Luego entonces, a quien cometa dicho delito se le decomisarán aquellos bienes cuya procedencia lícita no se logre acreditar, independientemente de la pena de prisión que se le imponga al autor del delito. Sin embargo, creemos que la distinción que hace el Código Penal Federal entre decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito y decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito no tiene razón de ser, ya que los bienes mediante los cuales el servidor público se "enriquece" (valdría mejor decir: aumenta su patrimonio) son tanto instrumentos como productos del delito, en virtud de que sin ellos no se configuraría el delito de enriquecimiento y a su vez esos mismos bienes constituyen el beneficio que el servidor público desea con su conducta y al cual directa o indirectamente benefician. Realizadas ya las consideraciones pertinentes podemos sostener que esta pena, al igual que el decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito, es pecuniaria, correctiva e intimidatoria, conjunta (siempre se aplicará además la pena de prisión) y absoluta (se priva al sujeto, de

manera definitiva y para siempre, de la propiedad de los bienes objeto de decomiso).

XII. Diferencia de la sanción penal —pena— con la sanción administrativa

Como se ha comentado a lo largo del presente capítulo, y en términos generales, el delito es la acción u omisión de alguna conducta que sancionan las leyes penales; sanciones que consistirán en la privación o restricción de bienes, libertades o derechos al autor del delito y que se identifican con el vocablo *penas*. Hasta este punto todo parecía ser "claro como el agua", pero entonces nos encontramos con que existen los denominados "delitos especiales", es decir, conductas que trasgreden normas penales en leyes *no* penales, pero que sin duda traen aparejadas sanciones punitivas y que a su vez son aplicadas por las autoridades jurisdiccionales. Sin embargo, al no ser éste el punto medular del tema al que deseamos llegar no trataremos aquí la polémica de si deben incorporarse o no los delitos tipificados en leyes no penales a los códigos penales respectivos, pero sí deseamos comentar que esta circunstancia (la dispersión de delitos en leyes fiscales, laborales, ecológicas y administrativas, entre otras) es el comienzo de un enmarañamiento de géneros y especies dentro de las cuales se arguyen diferencias que en realidad son aparentes o inexistentes. Me explico: de acuerdo con la doctrina, la ilicitud "significa contradicción entre el comportamiento y la norma; es decir, «disvalor» de la conducta frente a la cultura en un medio y una época determinados".[148] En principio, toda conducta ilícita provocará una reacción jurídica, pero no toda reacción jurídica constituirá una pena. Es decir, la ilicitud provocará una sanción, misma que seguirá el signo o calificativo del ordenamiento que le da origen, así, un ilícito civil (causar un daño a otro cuando se ha obrado ilícitamente o contra las buenas costumbres) dará origen a una sanción civil (reparar el daño); un ilícito laboral (cometer el trabajador actos inmorales en el establecimiento o lugar de trabajo) provocará una sanción laboral (rescisión de la relación de trabajo sin responsabilidad para el patrón); un ilícito

[148] García Ramírez, Sergio, "Derecho penal", *op. cit.*, nota 27, p. 437.

penal —delito— (privar de la vida a un ser humano) invariablemente traerá aparejado una sanción penal —pena— (privación de la libertad, reparación del daño, multa, etcétera). De lo anterior se infiere que tanto la ilicitud como la sanción son el género y las ilicitudes y sanciones determinadas por materia serán la especie. Aquí sólo nos referiremos a dos ilicitudes con sus respectivas especies: *a)* el ilícito penal (que corresponde al delito) y su sanción (que será la pena), y *b)* el ilícito administrativo (que corresponde a la infracción administrativa) y su sanción (que será la sanción administrativa).

Ya conocemos lo relativo al delito y a la pena, por lo que hablaremos ahora de la infracción administrativa y de su sanción. Miguel Acosta define la infracción administrativa como "todo acto o hecho de una persona que viole el orden establecido por la administración pública para la consecución de sus fines, tales como mantener el orden público... y prestar un servicio eficiente en la administración de servicios".[149] En tanto que conceptúa la sanción administrativa como "el castigo que aplica la sociedad a través del derecho a las violaciones de los ordenamientos administrativos, pretendiéndose, por medio de ésta, asegurar el cumplimiento de los deberes que tienen los ciudadanos con respecto a la sociedad".[150]

Ahora bien, con estos conceptos en mente podemos ahora adentrarnos en sus diferencias y en su problemática:

1) Los delitos son definidos y establecidos por las leyes penales (así como en algunas leyes especiales); mientras que las infracciones administrativas lo son en los ordenamientos administrativos.

2) La imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, en tanto que compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía.

[149] Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, 14a. ed., México, Porrúa, p. 1115.
[150] *Ibidem*, p. 1104.

3) En principio, la sanción penal puede ser de cualquier tipo (desde el trabajo en favor de la comunidad hasta la privación de la libertad), siempre y cuando respete los derechos humanos, las garantías individuales y los derechos y protecciones otorgados y garantizados por los tratados internacionales, en tanto que la sanción administrativa *únicamente* consistirá en multa o arresto hasta por 36 horas (artículo 21 de la Constitución mexicana).

4) Al ser el derecho penal el más drástico con que cuenta el Estado para la protección de los bienes jurídicos fundamentales para la supervivencia de la sociedad y del Estado, reserva para él las sanciones más drásticas y graves; en cambio, las sanciones administrativas, cuya finalidad es reprochar una conducta que pone en peligro el desarrollo y funcionamiento de la administración, deberán ser de menor gravedad o impacto para el sujeto a quien han de imponerse.

5) En el derecho penal es al Ministerio Público a quien corresponde la función de integrar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado mediante la averiguación previa, pero quien finalmente impondrá la pena será el órgano jurisdiccional; por su parte, en el derecho administrativo no existe nada similar a la averiguación previa ni órgano especializado encargado de investigar las infracciones y sostener la presunta responsabilidad del infractor, y es la misma autoridad administrativa la que “averigua” la falta e impone la sanción.

Hasta el momento no hemos encontrado mayor problemática aparente, pero ¿qué sucede cuando la administración pública impone sanciones *de naturaleza penal* por la comisión de infracciones administrativas establecidas (¿tipificadas?) en leyes administrativas? Podría pensarse que nos referimos a situaciones hipotéticas, pero no es así. Presentaremos algunos ejemplos que ilustrarán dicha situación y que pondrán en evidencia el cada vez mayor “arrebatamiento” de facultades que padece el derecho penal, la autoridad jurisdiccional y el sistema de justicia penal en su conjunto. Pues no es de interpretación conforme con la Constitución y con el principio de jurisdiccionalidad el que el procedimiento que debería ser en estricto sentido penal lo sea administrativo y que las penas sean disfrazadas de sanciones también de

supuesta naturaleza administrativa. Lo que desdice y echa por tierra la separación de poderes, característica esencial de nuestro Estado de derecho.

La Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable regula y fomenta la conservación, protección, restauración, aprovechamiento, manejo, cultivo y producción de los ecosistemas forestales del país y sus recursos, a fin de propiciar el desarrollo forestal sustentable (artículo 1o.). Los órganos competentes en esta materia son las secretarías de Estado, los organismos de coordinación intersecretarial y los organismos paraestatales y desconcentrados,[151] pero para efectos del presente análisis nos enfocaremos únicamente en uno de ellos: la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat). El artículo 32 bis de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal establece entre las competencias de ésta: "V. Vigilar y estimular... el cumplimiento de las leyes... relacionados con recursos naturales, medio ambiente, aguas, bosques, flora y fauna silvestre... así como, en su caso, *imponer* las *sanciones* procedentes". Por su parte, el artículo 16 de la Ley General de Desarrollo Forestal le otorga amplias atribuciones a la Secretaría, entre las que destaca: "XXI. Imponer medidas de seguridad y las sanciones que correspondan a las infracciones que se cometan en materia forestal así como denunciar los delitos en dicha materia a las autoridades competentes". Las sanciones a las que se refiere la citada ley se encuentran enumeradas en el artículo 164, a saber: "I. Amonestación. II. Imposición de multa... V. *Decomiso* de las materias primas forestales obtenidas, así como de los instrumentos, maquinaria, equipos y herramientas y/o de los medios de transporte utilizados para cometer la infracción...".

Como sabemos, una sola conducta ilícita puede dar lugar a una o varias sanciones. Así, si una persona realiza el "aprovechamiento" de recursos maderables sin la autorización de la Semarnat, ésta podrá imponerle a dicha persona una o varias de las sanciones que al efecto establece el artículo 164, entre ellas el decomiso de los medios empleados para cometer dicha infracción. Asimismo, la autoridad judicial, con base en el artículo 418 del Código Penal

[151] Vázquez Alfaro, José Luis, "Derecho forestal", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. IX, pp. 366 y ss.

Federal, podrá decretar una pena de seis meses a nueve años de prisión y de cien a tres mil días multa, además del decomiso de los instrumentos, productos u objetos del delito. Pero ¿no se supone que las herramientas con las que se realizó la tala de árboles y el camión en el que se transportaron éstos constituyen tanto los instrumentos del delito como los de la infracción? En este caso, ¿no son los árboles el producto del delito? Si esto es así, ¿por qué la Semarnat puede decomisar dichas herramientas, y aún más los árboles, si la imposición de penas (el decomiso es una de ellas) es propia y exclusiva de la autoridad judicial? Hecho que además contraría la disposición constitucional relativa a que las sanciones que puede imponer la autoridad administrativa *únicamente* pueden consistir en multa o arresto hasta por 36 horas. Pero esto no es todo. De esta dualidad de sanciones (penales y administrativas) podría resultar vulnerado el principio *ne bis in idem*. Y ello porque de una misma conducta ilícita (el aprovechamiento maderable) se originan para su autor sanciones de diferentes ámbitos: los decomisos penal y administrativo y las multas penal y administrativa. De lo que se infiere que —contradiciendo a la Constitución— se estarían juzgando dos veces los mismos hechos que, además, podrían culminar con sanciones idénticas.

Adicionalmente, al implicar el decomiso la pérdida de un derecho (el de propiedad), "no puede ser impuesto más que en una resolución que [dé] fin al proceso penal, lo que conlleva, como presupuesto necesario, el ejercicio de la garantía de audiencia y, presume, el vencimiento del condenado".[152] De ahí que

[152] Natarén, Carlos, "Capítulo VII. Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito. Comentario", *op. cit.*, nota 142, pp. 236 y 237. En sentido contrario, la jurisprudencia ha dicho que el decomiso "constituye una sanción administrativa que recae sobre determinados bienes como consecuencia de que éstos, por sus características propias, tienen una trascendencia negativa respecto del bien jurídico que pretende tutelar el legislador, por lo que su finalidad consiste en disuadir de la conducta infractora y retirar del tráfico jurídico un determinado bien" ("Decomiso. El sistema previsto en la Ley Aduanera para imponer tal sanción a la importación ilegal de mercancías, no se rige por el artículo 22 de la Constitución federal que establece la prohibición de multas excesivas", tesis de jurisprudencia 2a./J. 20/2007, Segunda Sala, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXV, marzo de 2007, p. 301). No obstante que en esta tesis se justifica y da sustento al decomiso "administrativo", anteriormente se había señalado que cuando "del análisis de un expediente formado con motivo de la investigación de una infracción administrativa la Secretaría… advierte la realización de hechos que pudieran constituir algún delito, deberá dar aviso al Ministerio Público Federal…; por tanto, para que se ordene el decomiso de los bienes sólo basta que el representante social conozca la existencia de los hechos que puedan tipificarse como delitos" ("Decomiso, para que se ordene el. Basta que el Ministerio Público Federal conozca la existencia de hechos que puedan tipificarse como delitos de conformidad con la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial", tesis aislada II.1o.P.A.4 P, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, II, octubre de 1995, p. 513). De todo lo dicho se desprende que los criterios tanto de la Corte como de los tribunales colegiados de circuito van alineados más con los avatares del momento que con la ley y la naturaleza de las figuras que buscan definir y delinear mediante la interpretación. Así, en el primer caso defienden la naturaleza administrativa del decomiso, pero en el segundo sostienen que la administración deberá recurrir al Ministerio Público para que éste sea quien lo ordene (además de que en este supuesto, lo más apropiado es hablar de aseguramiento como tipo de medida cautelar

sólo pueda —y deba— decretarse esta pena en una *sentencia* jurisdiccional, por lo que las *resoluciones* administrativas que lo decreten invaden y ejecutan funciones que no les son propias.

Estamos en presencia de disposiciones que lejos de asombrar —que sin duda sucede— deberían asustar.

Como ya quedó asentado, el decomiso es una *sanción penal* —valga la repetición— *perteneciente* al derecho penal,[153] por lo tanto sólo puede ser impuesta *legítimamente* por la autoridad judicial, ya que al implicar la privación del derecho de propiedad sobre los bienes decomisados, la Constitución exige que dicha privación vaya precedida por un juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, y nos queda perfectamente claro que la Semarnat no es un tribunal, dado que, como toda secretaría de Estado, es un "subórgano del órgano Ejecutivo"[154] que por definición y naturaleza no es jurisdiccional.

Los mismos comentarios podrían hacerse respecto a: 1) la Ley de Pesca, que establece como sanción el "4. Decomiso de los productos obtenidos de la flora y fauna acuáticas y/o de las embarcaciones o vehículos, artes de pesca y/o imposición de multa" (artículo 25), agregando que el decomiso de las embarcaciones o vehículos sólo se aplicará en casos de *especial gravedad*. Su imposición la hará la Secretaría de Pesca, y 2) la Ley General de Vida Silvestre, que menciona el "decomiso de los ejemplares, partes o derivados de la vida silvestre, así como de los instrumentos directamente relacionados con infracciones a la... ley" (artículo 123, fracción VII). La imposición de dicha "sanción" es propia

---

que de decomiso, que, reiteramos, sólo podrá decretarlo el juez de la causa en sentencia firme). Se observa que la interpretación en no pocos casos es a conveniencia.

[153] El artículo 109 constitucional establece que "las leyes determinarán los casos y las circunstancias en los que se deba sancionar penalmente por causa de enriquecimiento ilícito a los servidores públicos... Las leyes penales sancionarán con el DECOMISO y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de las OTRAS PENAS que correspondan". En el mismo sentido se expresa la Ley Federal de Juegos y Sorteos cuando dispone: "Además de las *penas* señaladas en los artículos precedentes, se aplicará la *pena de decomiso* de todos los utensilios y objetos del juego y de todos los bienes o dinero que constituyan el interés del mismo..." (artículo 14).

[154] Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano*, México, Porrúa, 1993, p. 133. Se ha definido también a la secretaría de Estado como "un órgano de la administración pública centralizada de carácter político-administrativo, encargado del despacho de los negocios relativos a un ramo de la administración pública, entendiendo por tal, el conjunto de asuntos o servicios que le compete conocer o prestar a cada secretaría..." (Fernández Ruiz, Jorge, "Derecho administrativo", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. VII, p. 649).

de la Semarnat. En resumidas cuentas, similar situación ocurre con la Ley de Aguas, la Ley Federal de Caza y la Ley General de Salud, entre otras.

Consideramos que las disposiciones legales que le otorgan a la autoridad administrativa la facultad de *decomisar* bienes propiedad de particulares son claramente inconstitucionales. Y para evitar "atar de manos" a la administración bien podría valerse ésta del aseguramiento, de la multa y de la reparación del daño. Además de que podría canalizar dichas controversias a medios alternativos de solución que exceden el ámbito del presente trabajo y respecto a los cuales no es prudente hacer mayor análisis o comentario. En fin, si la conducta es constitutiva de delito, hacerlo del conocimiento de la autoridad jurisdiccional respectiva a fin de que ésta, válida y legítimamente, decrete el decomiso, además de las otras penas que correspondan.

Finalmente, como podemos observar, la "oculta intención" de la administración pública, mediante la determinación de las infracciones administrativas y la aplicación de las sanciones correspondientes, de convertirse en un actor más del "espectáculo" impositivo penal[155] comienza, desafortunada y pareciera que inevitablemente, a hacerse realidad en perjuicio tanto de los gobernados como de la propia autoridad administrativa, que lejos de ganar confianza pierde credibilidad y respeto.

[155] Baste, por ejemplo, comentar que las sanciones administrativas impuestas por la autoridad administrativa podrán duplicarse (en el caso particular de la multa) o incrementarse en una muy buena proporción si el infractor es ¡reincidente!

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PENA DE PRISIÓN

La pena de prisión, como hemos tenido oportunidad de comentar, consiste en la privación de la libertad del penado, recluyéndolo en un establecimiento penal y sometiéndolo a un régimen especial de vida.

Actualmente se ha convertido en el eje del sistema represivo de todos los países. Pero no siempre fue así: la pena de prisión es relativamente reciente y su surgimiento no se debe al estudio y a la propuesta concreta de su instrumentación, con la correlativa argumentación beneficios/desventajas, sino a la necesidad cada día más creciente relativa a la humanización de las penas, la justificación del poder de castigar y los medios para lograrlo. Pues

> …dos consecuencias funestas y contrarias al fin mismo de estorbar los delitos se derivan de la crueldad de las penas. La primera, que no es tan fácil guardar la proporción esencial entre el delito y la pena, porque aun cuando una crueldad industriosa haya variado mucho sus especies no pueden éstas pasar nunca más allá de aquella última fuerza a que está limitada la organización y sensibilidad humana. Y en habiendo llegado a este extremo, no se encontraría pena mayor correspondiente a los delitos más dañosos y atroces una pena mayor correspondiente, como era necesaria para estorbarlos. La otra consecuencia es que la impunidad misma nace de la atrocidad de los castigos. Los hombres están reclusos entre ciertos límites, tanto en el bien como en el mal; y un espectáculo muy atroz para la humanidad podría ser un furor pasajero, pero nunca un sistema constante, cual deben ser las leyes, que si verdaderamente son crueles, o se mudan, o la impunidad fatal nace de ellas mismas.[156]

A esta evolución nos referiremos en las siguientes líneas.

[156] Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, 10a. reimpresión, Madrid, Alianza Editorial, 1997, p. 73.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Durante los siglos XVII y XVIII, en los Estados nacionales absolutistas, los "grandes" crímenes y las infracciones a las normas codificadas por el soberano eran entendidos, y por ende debían ser castigados, en una doble vertiente:[157]

a) Se concebían como ataques directos al soberano, ya que, además del daño que el delito provocaba a la víctima de manera inmediata, el acto y sus efectos atentaban contra el soberano: lo atacan personalmente en virtud de que la ley vale por voluntad del soberano,[158] y lo atacan físicamente porque la fuerza de la ley es la fuerza del rey o príncipe. En consecuencia, el derecho de castigar formará parte del derecho que posee todo soberano de hacer la guerra a sus enemigos; y no obstante que delega en los tribunales el cuidado de ejercer su poder "justiciero", no lo enajena; le es propio y tendrá ocasión de demostrarlo tanto en el momento de levantar la pena y conceder, en su caso, el indulto, como al dejar que la ejecución de la misma recaiga sobre el delincuente.

b) Los crímenes e infracciones constituían un reto al poder absoluto y soberano del rey, se configuraban como la sublevación de los súbditos y el desacato a un poder que en todos los aspectos les era superior. El castigo tendía a demostrar, tanto al delincuente como a la sociedad en su conjunto, la disparidad de poder y fuerzas entre un soberano, en toda la extensión de la palabra, y un simple súbdito; sin más, la pena era la ocasión ideal y perfecta para afirmar esa disimetría de fuerza y poder.

Ante este panorama, evidentemente reseñado de manera muy general, se hace del cuerpo del condenado el lugar de aplicación de ese poder absoluto. Se utilizan los suplicios como formas de castigo hacia el penado y como medio o instrumento para crear un terror punitivo en la mente del resto de los súbditos.

---

[157] Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, 33a. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 2004.
[158] Así, "en toda infracción hay un *crimen majestatis*, y en el menor de los criminales un regicida en potencia" (*ibidem*, p. 59).

Relata Foucault que en Francia, la Ordenanza de 1670 prescribía como castigos: la muerte, el tormento con reserva de pruebas,[159] las galeras[160] por un tiempo determinado, el látigo, la retractación pública[161] y el destierro. Y aunque no habla expresamente de "suplicios", éstos venían aparejados, o eran implícitos, a la pena de muerte, ya que ésta no consistía solamente en la privación del derecho a vivir, sino que se llegaba a la misma mediante una gradación calculada de sufrimientos: desde la decapitación (en la cual el grado del suplicio es de cero, en virtud de que se ejecuta en un solo acto) hasta la descuartización, pasando por la horca, la hoguera y la rueda, sobre la cual los penados agonizaban durante largo tiempo. De esta forma, se concibe que "la muerte es un arte de retener la vida en el dolor, subdividiéndola en «mil muertes» y obteniendo con ella, antes de que cese la existencia, «*the most exquisite agonies*»".[162]

Si bien se acepta, contrario a lo que comúnmente se piensa, que la pena de muerte no era el castigo mayormente aplicado, los suplicios estaban presentes en el resto de las penas; por ejemplo, el destierro iba con frecuencia precedido por la exposición y la marca, y la multa en ocasiones acompañada con el látigo. Así, toda pena debía llevar algo de suplicio. Pero la gravedad y magnitud del mismo no eran arbitrarias, sino que el tipo de perjuicio corporal, la calidad, la intensidad y la duración de los sufrimientos debía ser "proporcional" a la gravedad del delito, la persona del delincuente y la categoría de la víctima.

---

[159] En dicha época, la tortura era un medio permitido y ampliamente regulado (obedecía a un procedimiento bien definido: el momento, la duración, los instrumentos utilizados, la longitud de las cuerdas, etcétera). Los jueces podían ordenar que un sospechoso fuera torturado para llegar al conocimiento de la verdad respecto al crimen mediante una confesión. Pero si el juez la ordenaba corría un enorme riesgo: si la tortura fracasaba y el sospechoso no confesaba, el magistrado se veía obligado a abandonar los cargos y a perder las pruebas que hasta el momento poseía. Ante esta situación se creó el "tormento con reserva de pruebas", con base en el cual podía ordenarse la tortura del sujeto, y si éste no confesaba, el magistrado conservaba las pruebas y podía continuar con la "instrucción del proceso" hasta llegar a la sentencia. Sin embargo, el sujeto escapaba a la pena de muerte. *Ibidem*, pp. 44-47.

[160] Los condenados eran transferidos a embarcaciones donde, encadenados de pies y manos, eran obligados a remar por largos periodos de tiempo. Esta pena cayó en desuso cuando los barcos a vela reemplazaron a los de remo. Cuello Calón, *op. cit.*, nota 57, p. 302.

[161] El sentenciado era llevado a las puertas de las iglesias, donde reconocía solemnemente su crimen: "Descalzo, en camisa, con un hacha encendida en la mano, de rodillas, decir y declarar que perversamente, horriblemente, alevosamente y de propio intento había cometido el odiosísimo crimen..." (Foucault, Michel, *op. cit.*, nota 157, p. 49).

[162] Para lograr esas *exquisitas agonías*: "unos pueden ser condenados a ser ahorcados, otros a que les corten la mano o la lengua o que les taladren ésta y los ahorquen a continuación; otros, por delitos más graves, a ser rotos vivos y a expirar en la rueda tras de habérseles descoyuntado; otros, a ser descoyuntados hasta que llegue la muerte, otros a ser estrangulados y después descoyuntados, otros a ser quemados vivos, otros a ser quemados tras de haber sido previamente estrangulados; otros a que se les corte o se les taladre la lengua, y tras ello a ser quemados vivos; otros a ser desmembrados por cuatro caballos, otros a que se les corte la cabeza, otros en fin a que se la rompan" (*ibidem*, pp. 38 y 39).

Actualmente nos parecen aterrorizantes e increíbles los relatos que se hacen respecto a las “ejecuciones” en los siglos XVII y XVIII, pero éstas deben ser vistas desde la óptica del momento —evidentemente sin tratar de justificarlos—. Así, respecto al cuerpo, se tenía una actitud de menosprecio a la muerte, y esto se debía a la alta mortalidad de los niños, la mortandad de las constantes epidemias, la enfermedad y el hambre. De esta forma, la muerte era tan familiar como la vida misma. Y es en esta actitud de indiferencia donde se presenta uno de los principales elementos de los suplicios: la *publicidad*. La cual no sólo consistía en hacer circular boletines o gacetas en las que se explicaba la naturaleza del crimen y la sentencia correspondiente, sino que la ejecución misma de la muerte, y los suplicios previos que irremediablemente culminaban con la muerte, se hacía en lugares públicos (preferentemente donde el crimen hubiese sido cometido), a donde todo el pueblo era convocado para que presenciase la ejecución; esto explica por qué los patíbulos eran construidos en las plazas públicas o en las principales calles o avenidas.

De esta forma, la presencia del pueblo era una condición insalvable en la ejecución de una sentencia capital, lo que se comprende en virtud de que la principal finalidad de la pena en este denominado “antiguo régimen punitivo” era la intimidación (que funcionaba como medio preventivo), objetivo que parcialmente se cumplía al encontrarse los expectantes súbditos de cara a la burda representación del nulo poder del supliciado frente al absoluto e ilimitado poder del soberano. Pero no debe olvidarse que la ejecución de la sentencia estaba claramente establecida y regulada: si el verdugo fallaba (por ejemplo, el no decapitar de un solo golpe) era castigado y hasta apaleado por el pueblo, dado el sufrimiento “extra” que provocaba al supliciado; si, por el contrario, lo hacía “fina y limpiamente”, recibía una gran ovación y ruidosos aplausos. No obstante, no todo el pueblo estaba de acuerdo y conforme con el espectáculo punitivo. Así comenzaron las revueltas en los patíbulos, los actos de “heroísmo” de algunos sectores de la población, quienes en no pocas ocasiones subían al patíbulo, golpeaban al verdugo y a sus ayudantes, tomaban al sentenciado y lo escondían en los cementerios e iglesias, donde el obispo le otorgaba el perdón y ordenaba

cuidados especiales para el desdichado sujeto, a fin de que el mismo no fuese encontrado por la guardia regia (como ejemplos podemos mencionar la frustrada ejecución de Pierre du Fort, en Aviñón, y la revuelta ocurrida en París en 1775 ante una inminente ejecución). Sin embargo, esta inconformidad con los suplicios no era por éstos en sí, sino que el pueblo comenzaba a tener una mayor conciencia respecto a que todos los condenados a la pena capital, y como consecuencia a los suplicios, eran personas pobres, sirvientes o esclavos, y que cuando el amo o terrateniente era quien cometía el crimen, se le imponía solamente una cuantiosa multa. También se presentaban situaciones en las que el amo deseaba librarse de alguno o algunos de sus sirvientes, para lo cual le imputaba la comisión de un crimen a sabiendas de que, de acuerdo con la gravedad del crimen injustificadamente imputado, el sirviente o esclavo podría ser condenado a una horrible muerte (de más está responder a la pregunta: ¿a quién le creían los magistrados?).

Así las cosas, y ya en el siglo de las luces, los juristas consideraron que los suplicios eran actos "atroces", pero sorprendentemente no les otorgaban esta calificación de forma reprobatoria o crítica —podríamos decir que quizá sí justificatoria—, sino que entendían que la atrocidad implícita en los crímenes graves (misma que dependía del número de leyes naturales o positivas, divinas o humanas que fueran menoscabadas; por el escándalo o secrecía con que habían sido cometidos o perpetrados; la categoría o rango social de los autores o de las víctimas y, en general, el grado de horror que suscitan o el desorden que acarrean)[163] debía verse reflejada en la ejecución de las penas. Por lo tanto, los suplicios eran la mera consecuencia lógica de la imposición penal.

La práctica punitiva del siglo XIX tratará de evitar la búsqueda de la verdad mediante la tortura y que el poder que castiga no cometa con el sentenciado un crimen mayor al que desea sancionar. Todo esto mediante la limitación del poder del soberano, que irremediablemente repercutirá en la cuestión penal.

[163] *Ibidem*, p. 61.

Las protestas contra los suplicios se escuchan por doquier en la segunda mitad del siglo XVIII: por los filósofos y los teóricos del derecho, entre juristas y parlamentarios, en los cuadernos de quejas y por los legisladores en las asambleas. ¡Hay que castigar de otra manera!, es el clamor generalizado. Es preciso que la justicia criminal, en lugar de vengarse, castigue, y se constituye como principio fundamental que el castigo debe tener la "humanidad" del delincuente como límite. Es decir, no se busca la disminución del rigor penal ni el suavizamiento de la ejecución en sentido estricto, sino la "humanización" de la pena y consecuentemente de la ejecución de la misma. En este sentido se expresan los reformadores de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, entre ellos Beccaria,[164] Servan, Dupaty, Duport, Pastoret y Target,[165] a quienes se les debe la "benignidad" del floreciente régimen.

En este cambio tuvo trascendental importancia la elevación del nivel de vida, el crecimiento demográfico, la multiplicación de riquezas y propiedades y la necesidad de la protección requerida y exigida por la naciente clase social: la burguesía. Y subrayamos la importancia de estos acontecimientos en virtud de que influyeron en la transformación de los crímenes: los delitos contra la propiedad parecen reemplazar a los crímenes violentos; el robo y la estafa, a las muertes, las heridas y los golpes. Disminuye la gravedad de los crímenes, y por lo tanto, como consecuencia lógica y proporcional, debe disminuir la de los castigos en virtud de la "humanidad" —aunque en ocasiones ésta no sea tan fácilmente perceptible— que posee todo ser humano —incluso los peores criminales—, argumentan los reformadores.

Sin embargo, a pesar del descontento entre juristas y filósofos, la crítica se centra más en la mala economía del poder de castigar: existen múltiples y desorganizadas jurisdicciones; las codificaciones de los crímenes y sus castigos son variadas y dispersas; sólo una pequeña parte de la población tiene acceso al conocimiento de las mismas; no todos los crímenes eran castigados de la misma

[164] Quien, de acuerdo con Cuello Calón (*op. cit*., nota 57, p. 308) luchó "contra la iniquidad y la barbarie para implantar un régimen penal más suave y respetuoso de la dignidad humana".
[165] Foucault, Michel, *op. cit.*, nota 157, p. 79.

forma ni con el mismo rigor; la supervivencia del indulto regio limitaba o nulificaba la consecución de su principal objetivo, ya que si existía la posibilidad de un indulto, los súbditos pensarían más en la posibilidad de ser perdonados que en evitar cometer el crimen (desde entonces se utiliza el término, para nosotros de uso diario: impunidad), y el exceso de poder ejercido por el rey.

Ante este estado de cosas, los primeros objetivos de la reforma son: *a)* hacer del castigo algo regular e ineludible; *b)* no castigar menos, sino castigar mejor; *c)* que en los códigos se introduzcan todas las conductas ilícitas, esto es, que todos los crímenes estén bien definidos, efectivamente castigados y objetivamente clasificados; *d)* como consecuencia del inciso anterior, la especialización (utilizando términos actuales) de las jurisdicciones y el reparto de poder entre las mismas; *e)* el establecimiento de nuevos castigos y formas de ejecución, y *f)* trasladar el derecho de castigar de la venganza del soberano a la defensa del pueblo.

Aparecen así las reglas que exigen la humanización de las penas. Pero se pide también, y esto es fundamental, el cambio del "objeto" de aplicación del poder de castigar: que ya no sea el cuerpo sino el alma lo que sufra. Así surge, *grosso modo*, la aplicación de la pena de "detención" como un antecedente inmediato a la pena de prisión, aplicada para servir de custodia de quienes esperaban ser juzgados (la que hoy conocemos como prisión preventiva),[166] de quienes habían de ser sometidos a tormento,[167] o, en fin, impuesta como medio coercitivo por causa de desobediencia o por deudas.[168]

Santiago Mir Puig señala que la aparición del Estado moderno y de un derecho penal público, por una parte, y el surgimiento de la burguesía, por la otra, fueron factores que irían provocando desde la Baja Edad Media la aparición de las

[166] Cuello Calón (*op. cit.*, nota 57, p. 301) relata que hasta bien entrado el siglo XIX, los delincuentes (a manera de prisión preventiva) eran recluidos en calabozos, castillos, fortalezas, torres, conventos, palacios y otros edificios, "acondicionados" *ex professo* para ese fin.

Por otra parte, la idea de la prisión preventiva se puede remontar a, por ejemplo, las Siete Partidas, que en la Partida Séptima, título 31, Ley 4, señalaban que: "la cárcel no es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella hasta que sean juzgados". El texto completo puede verse en *www.librodot.com*.

[167] Mir Puig, Santiago, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 8, p. 767.

[168] Cuello Calón, Eugenio, *op. cit.*, nota 57, p. 300.

penas de prisión,[169] comenzando con la pena de galeras, surgida en el siglo XVI, y presentando una cierta evolución con las "casas de corrección", que nacen en la segunda mitad del mismo siglo para la corrección de los penados (generalmente mendigos, vagabundos y prostitutas).[170]

Sin embargo, las galeras eran aún penas corporales y las casas de corrección respondieron más a la utilidad económica que representaba el trabajo de los recluidos en las mismas (pues generalmente se les constreñía a producir mercancías que las casas de corrección vendían a bajo costo) que a la concepción de una pena que tuviera como objetivo la privación de la libertad en sí misma.

Ese ánimo lucrativo motivó que, cada vez con mayor frecuencia, los jueces prefirieran la pena privativa de libertad que otras penas que, hasta entonces, seguían recayendo sobre el cuerpo del sentenciado, como los trabajos forzados o las aún aplicables penas corporales.

Posteriormente, y ya en el siglo XIX, "la superación del mercantilismo, el establecimiento del liberalismo económico y la aparición del maquinismo industrial, y en Europa la superabundancia de fuerza de trabajo que ello generó…, hicieron no competitivo, innecesario y hasta criticado… el trabajo carcelario". Por lo que comienza a pensarse en la pena privativa de libertad "como una forma de pena racional y ajustada a las necesidades de un sistema penal más humano y basado en la proporcionalidad de delito y pena".[171] Todo ello llevó a erigir los sistemas punitivos liberales del siglo XIX sobre la base de la pena privativa de libertad.

En su etapa, por llamarla de algún modo, primitiva, la pena de prisión se establece como una pena más para determinadas categorías de delitos, como aquellos que atentan contra la libertad de los individuos (el rapto, por ejemplo) o los que resultan del abuso de la libertad (por ejemplo la violencia o el desorden públicos, además de aquellos que, en términos actuales, resultaban del ejercicio

[169] Mir Puig, Santiago, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 8, p. 768.
[170] Cuello Calón, Eugenio, *op. cit.*, nota 57, pp. 302 y 303. De acuerdo con Santiago Mir Puig, la primera casa de corrección fue la de Bridewell, en Londres, en 1555. Mir Puig, Santiago, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 8, p. 769.
[171] Mir Puig, Santiago, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 8, pp. 770 y 771.

abusivo de un derecho), dado que hasta ese momento no se había logrado erradicar la tendencia de identificación entre crimen y castigo; en otras palabras: el bien protegido por el sistema punitivo era el bien del delincuente que debía "humanamente" lesionarse. Pero además de preverse como una pena autónoma, se establece como condición o etapa transitoria para la ejecución de otras penas; por ejemplo, los trabajos forzados necesariamente debían acompañarse de la reclusión del criminal. Sin embargo, la prisión no abarca todo el campo de la penalidad. De hecho esta pena, desde sus inicios, es duramente criticada por algunos de los reformadores, dado que, en su opinión, no es correlativa a la naturaleza del delito, mantiene en ociosidad a los penados, multiplica sus vicios y expone a los detenidos a los abusos que pudiesen cometer sus guardianes[172] (¿nos suena familiar?).

De esta forma, la prisión llegó a ser la forma esencial del castigo, ocupando, entre la muerte (aún no erradicada) y la multa, casi todo el campo de las penas posibles. Sin embargo, su utilización y regulación para la mayoría de los crímenes ciertamente disminuyó la aplicación de la pena de muerte, la cual se reservaba para las conductas consideradas de especial gravedad.

De ahí que tanto el patíbulo edificado en plazas públicas, la venganza del soberano sobre el cuerpo del condenado mediante los suplicios, y el espectáculo punitivo público, por un lado, como la desvalorización del trabajo penitenciario y de las penas corporales, por el otro, dan origen a instalaciones cerradas, complejas y jerarquizadas (estructura-prisión), integradas en el aparato estatal.

En nuestro país, como en el mundo, "la evolución de los establecimientos penales ha sido regida directamente por el derecho penal, por lo que su desarrollo se observa paralelo… [y] es hasta que el derecho penal constituye un cuerpo de doctrina y legislación sistemáticamente organizado, cuando se desarrollan los establecimientos penitenciarios".[173]

[172] Al respecto puede verse Cuello Calón, *op. cit*., nota 57, pp. 317 y 318.
[173] Malo Camacho, Gustavo, *Historia de las cárceles en México (precolonial, colonial e independiente)*, México, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, núm. 5, 1997, pp. 46 y 47.

Durante la época colonial, las cárceles estuvieron asociadas a los tribunales que las utilizaban, algunas tuvieron acomodo en las casas de gobierno[174] y otras, ya en la época independiente, se crearon específicamente en lugares destinados para ese fin. Así, por ejemplo, en el primer caso se encontraron la Cárcel Perpetua, construida a finales del siglo XVI, asociada al Tribunal del Santo Oficio y que operó como tal hasta el 10 de junio de 1820, fecha en que dicho Tribunal de extingue y la prisión pasa a dominio del Estado, y la Cárcel de la Acordada, dependiente del Tribunal del mismo nombre, surgido en 1710 y extinto en 1812, aunque la cárcel continuó funcionando como prisión ordinaria hasta 1862. En el segundo caso se encontraron la Cárcel de la Ciudad o de la Diputación, construida en 1521 junto con la Casa de Cabildo y Audiencia, que funcionó hasta el 10 de octubre de 1836, fecha en que, debido a las malas condiciones de la misma, se trasladó a los internos a la Cárcel de Belén (que es el tercer caso), la cual inició su funcionamiento como institución penitenciaria y cárcel de custodia el 23 de enero de 1863. Inaugurada con el nombre de Cárcel Nacional, en 1867 varió su nombre por el de Cárcel del Distrito, con el que fue conocida hasta 1932, año en que dejó de existir.[175]

II. Antecedentes legislativos en México[176]

El México prehispánico estuvo divido en diversos reinos y señoríos (también denominados como Estados autóctonos), lo que trajo como consecuencia que no existiese una legislación penal uniforme y codificada que estableciera un sistema punitivo debidamente estructurado y organizado. Sin embargo, esto no significa que los pueblos indígenas no poseyeran un catálogo de penas susceptibles de ser impuestas cuando alguno de sus miembros atentara contra otro miembro o afectara un bien altamente valorizado por la comunidad en cuestión y que a su vez impidiera la pacífica convivencia social y el sano desarrollo. Así, dentro de sus

[174] Véase García Ramírez, Sergio, "Pena y prisión. Los tiempos de Lecumberri", *Estudios jurídicos*, *cit*., nota 125, pp. 834 y 835.
[175] Todo ello dentro del territorio que ahora ocupa el Distrito Federal. En las entidades federativas existieron, además de las cárceles, los presidios y las fortalezas prisiones. Entre los primeros se encontraban los de Texas y Baja California, y entre las segundas, San Juan de Ulúa y Perote. Tomado de Malo Camacho, Gustavo, *op. cit.*, nota 173, pp. 52, 62-64, 72, 89, 92 y 105-112.
[176] Los textos constitucionales a que se hace referencia en las líneas siguientes pueden verse en la página Web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: *www.juridicas.unam.mx*.

"catálogos penales" consuetudinarios encontramos la pena de muerte, acompañada de otras sanciones como la esclavitud, los castigos corporales, el destierro, la confiscación y ciertas formas de privación de la libertad.[177]

La conquista, ya en la época colonial, hizo desaparecer los diferentes Estados autóctonos al someterlos al imperio de la Corona española. De esta forma, las costumbres y manifestaciones —incluyendo las primitivas regulaciones jurídicas— de la cultura indígena "fueron en su gran mayoría abolidas debido a la imposición de un régimen jurídico y político sobre el espacio territorial y sobre el elemento humano que integraban las formas estatales y de gobierno en que dichos pueblos se encontraban estructurados".[178]

Así, en esta época, fue de aplicación en el territorio de la Nueva España el denominado "derecho indiano", dentro del cual ocuparon un lugar preeminente las *Leyes de Indias*, que constituyeron una verdadera síntesis del derecho hispánico y de las costumbres jurídicas nativas, las cuales podrían continuar aplicándose siempre y cuando no fuesen contrarias a los mandatos reales dictados en España. Y es precisamente en las *Leyes de Indias* donde aparece la privación de la libertad como pena.[179] En tanto que el régimen penitenciario encuentra base importante en las Siete Partidas cuando señala que los presos deberán ser conducidos a cárceles públicas, no autorizándose a particulares a tener puestos de prisión, detención o arresto que pudiesen constituir cárceles privadas.[180]

En la Nueva Recopilación de Leyes de Indias se ordenó la construcción de cárceles en todas las audiencias, se procuró el buen trato a los presos, y se enunciaron algunos principios penitenciarios: separación de los internos por sexos, necesaria existencia del libro de registro, prohibición de juegos de azar en el interior de las cárceles, entre otros.[181]

---

[177] García Ramírez, Sergio, "Derecho penal", *op. cit.*, nota 27, p. 369. De hecho, se tiene noticia de que en la época precolonial existieron las cárceles del *Teilpiloyan* (para deudores y reos que no debían sufrir la pena de muerte), el *Cuauhcalli* (para los delitos más graves y para albergar a los condenados a la pena capital), el *Malcalli* (para cautivos de guerra) y el *Petlacalli* (donde eran encerrados los reos por faltas leves). Véase Malo Camacho, Gustavo, *op. cit.*, nota 173, pp. 23 y 24.
[178] Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1973, p. 54.
[179] Malo Camacho, Gustavo, *op. cit*., nota 173, pp. 45 y ss.
[180] *Ibidem*, pp. 50 y 51.
[181] *Ibidem*, p. 52.

Y es en virtud de la implantación del derecho foráneo en territorio nacional que fue de aplicación la Constitución de Cádiz de 1812, que respecto al tema que nos interesa estableció como pena corporal la prisión,[182] prohibiendo el uso del tormento y los apremios.[183]

En la etapa de independización, iniciada en septiembre de 1810 y hasta 1821, coexistieron dos sistemas jurídicos: el que se derivaba de la Constitución de Cádiz de 1812 y los diversos pronunciamientos (materializados en actas, planes y decretos) expedidos por las fuerzas insurgentes. Dos de ellos,[184] en los que se basó el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, conocido con el nombre de Constitución de Apatzingán, proclamaron la prohibición de la esclavitud y la abolición de las torturas, aunque no se manifestaron por la proscripción de la pena de muerte. De hecho, sancionado ya este cuerpo constitucional (22 de octubre de 1814), una de las facultades del Supremo Tribunal de Justicia era "…aprobar o revocar las sentencias de muerte y destierro" (artículo 198).

Conseguida la independencia, el naciente Estado estaba más preocupado por la regulación de su vida política y la forma de Estado y de gobierno que adoptaría, que en la organización e implementación de un sistema punitivo, por lo que siguieron aplicándose las normas vigentes al momento de obtenerse ésta, incluyendo las relativas a la materia penal.[185]

El Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, emitido el 18 de diciembre de 1822, y que estableció como forma de gobierno la monarquía-constitucional representativa hereditaria, otorgaba al jefe político —el emperador— la facultad de imponer penas correccionales[186] en todos los delitos que no

[182] El artículo 287, título V, capítulo III, establecía: "Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento, que se le notificará en el acto mismo de la prisión".
[183] Artículo 303, Constitución de Cádiz.
[184] Se trata de *Los Elementos Constitucionales*, de Rayón y de los *Sentimientos de la Nación*, de Morelos.
[185] García Ramírez, Sergio, "Derecho penal", *op. cit.*, nota 27, p. 371.
[186] Se estipulaban como penas correccionales la multa, el arresto y la confiscación de efectos en contravención de la ley (artículo 50).

merecieran “pena infamante[187] o aflictiva corporal” (artículo 49). Así también, en su artículo 76 prohibió el uso de los tormentos, la pena de confiscación absoluta de bienes y la transmisibilidad de la pena infamante a la familia de quien la mereció. Disposiciones que se repetirían en los subsiguientes ordenamientos constitucionales y que posteriormente, mientras avanza el movimiento humanizador de las penas, adquirirán el *status* de principios inviolables. Nada dice respecto a la pena de muerte.

Es hasta la Constitución de 1824 cuando, definida ya la forma de gobierno del Estado mexicano como república representativa popular federal, se perfila un incipiente sistema de justicia penal basado y fundamentado en la división de poderes, cuyo conocimiento, en materia de imposición de penas, correspondió al Poder Judicial de la Federación. A pesar de esto, fue pobre la cantidad de preceptos relativos al proceso penal y al catálogo de penas: dentro de la sección séptima del título V se estableció que “la pena de infamia no pasará del delincuente que la hubiere merecido según las leyes” (artículo 146); la prohibición de la confiscación de bienes (artículo 147) y de la aplicación de los tormentos, independientemente de la naturaleza y estado del proceso (artículo 149).

En las Leyes Constitucionales de 1836, particularmente en la Ley Quinta, en un claro avance de la materia penal, se perfilan las etapas del proceso penal y los requisitos de procedibilidad para la aplicación de la pena de prisión (artículo 43). Integran el elenco de penas: la pérdida de la cualidad de mexicano por crímenes de alta traición contra la independencia de la patria, por conspirar contra la vida del presidente, por incendiario, envenenador, asesino alevoso y por cualesquiera otros delitos que impongan esta pena; la destitución del cargo o empleo o inhabilitación perpetua o temporal para obtener algún otro (artículo 48), y las penas infamantes (artículo 11, fracción II). Se le otorga la facultad al Congreso General de dictar las leyes que establezcan con generalidad las penas para los delitos y se reafirma la intrascendentalidad de las mismas (artículo 51).

[187] La infamia “es la pérdida del honor objetivo, el deshonor, la deshonra, el descrédito. Aunque cualquier pena pueda, en general, contribuir a ese deshonor, con las penas de infamia se hace referencia más estricta a la idea de degradación, tan asociada… a las penas físicas”. Bunster, Álvaro, “Comentario al artículo 22”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, México, Cámara de Diputados LVII Legislatura, Miguel Ángel Porrúa, 2000, p. 1052.

En 1843 se expiden, bajo la presidencia de Antonio López de Santa-Anna, las Bases Orgánicas de la República Mexicana, donde se mantienen las penas establecidas en Constituciones anteriores, pero con un agregado: la puntual regulación de la pena de muerte. Así, el artículo 181 establecía: "la pena de muerte se impondrá sin aplicar ninguna otra especie de padecimientos físicos que importen más que la simple privación de la vida", siendo facultad del presidente "conceder los indultos particulares de la pena capital…" (artículo 87, fracción XXVI). Es en esta fecha cuando la pena de muerte ingresa nuevamente a los textos constitucionales y a partir de entonces opone fuerte resistencia a abandonarlos.

La Constitución Federal de 1857 es el antecedente directo de nuestra Constitución vigente, por lo que sus disposiciones son muy similares a las actuales. Por ejemplo, el artículo 18 señalaba que "sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal", en tanto que el numeral 22 establece que "quedan *para siempre* prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes… [y] el tormento de cualquier especie…". Pero el precepto más significativo, por el objetivo que busca, es el 23, que a la letra dice: "*Para la abolición de la pena de muerte* quedará a cargo del poder administrativo el establecer, a la mayor brevedad, el régimen penitenciario. Entre tanto, *queda abolida* para los delitos políticos, y no podrá extenderse a otros casos más que al traidor a la patria en guerra extranjera, al salteador de caminos, al incendiario, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, a los delitos graves del orden militar y a los de piratería que definiere la ley". De esta forma, la materia penal quedó desglosada en dos preceptos: por una parte, en el artículo 18 quedaron vinculadas prisión preventiva y pena corporal y, por la otra, el artículo 23 relacionó la pena de muerte y el régimen penitenciario.[188] La desaparición de la primera supeditada a la creación y organización del segundo.

Infortunadamente, la intención de abolir de una vez y para siempre la pena de muerte, a pesar de la creación del régimen penitenciario, no llegó a feliz

[188] García Ramírez, Sergio, *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1967, pp. 8 y 9.

término, y aun ante la contundente decisión política de terminar con ella, la posibilidad de su reanimación siguió latente y cada día más cerca de convertirse en una aterradora realidad.[189] Y estas cosas suceden cuando, por falta de previsión y decisión, se le da un momento de respiro a una "institución" que debió liquidarse cuando se tenía la intención y las fuerzas para hacerlo; y ahora que ha recobrado fuerza, a pesar de su reciente prohibición (tema que trataremos posteriormente), la posibilidad de deshacernos de ella se había alejado peligrosamente de nosotros a pasos agigantados.

Lo anterior respaldado por el hecho de que nuestra Constitución, que data de 1917 y que ha sufrido más de 500 reformas, contemplaba[190] en su artículo 22 la posibilidad de la imposición de la pena de muerte en los mismos términos que la de 1857, esto es, 148 años después del mayor intento para erradicarla.[191]

Y a pesar de que ninguno de los códigos penales (exceptuando el Código de Justicia Militar) la enumeraba como una posible sanción, mientras existiera la puerta que nos permitiera acceder a ella existirían y existirán personas tentadas y dispuestas a cruzarla.

Por su parte, el texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, en su artículo 18, conservó esa relación entre prisión preventiva y pena corporal, aunando la separación entre procesados y sentenciados, y otorgándole (en un segundo párrafo) a los estados la facultad de organizar en su respectivo territorio el sistema penal sobre la base del trabajo, tendente a la regeneración del delincuente. Posteriormente, y en virtud de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de febrero de 1965, se aprecian dentro de dicho precepto tres materias claramente diferenciadas: en el primer párrafo la relativa a la prisión preventiva; en el segundo y tercer párrafos se fijan las bases del sistema penitenciario, y en el cuarto y último párrafo se ordena el establecimiento de instituciones especiales para el tratamiento de menores

[189] Véase *infra*, apartado VIII: "Tendencias político-criminales actuales".
[190] Hasta el 9 de diciembre de 2005.
[191] De acuerdo con Amnistía Internacional, la última ejecución (judicial) de la que se tuvo noticia en nuestro país se llevó a cabo en 1937. Véase "Lista de países abolicionistas y retencionistas (1 de enero de 2007)", *cit.*, nota 124.

infractores.[192] Asimismo, se abandona el término "regeneración" para sustituirlo por el de "readaptación social", y se agregan la educación y la capacitación para el trabajo como medios para conseguirla. Se establece, además, la separación entre hombres y mujeres en los centros de ejecución penal.

Doce años después, el 4 de febrero de 1977, se adiciona un párrafo quinto al artículo 18 constitucional a fin de posibilitar la ejecución de condenas dictadas en el extranjero en territorio nacional, con base en los tratados internacionales que se suscriban al efecto.

Más recientemente, el 14 de agosto de 2001, se agrega un sexto párrafo disponiendo la cercanía del lugar de ejecución de penas al del domicilio del delincuente, a fin de propiciar su reintegración a la sociedad como forma de readaptación social. Finalmente, el 12 de diciembre de 2005 se reforma el cuarto párrafo, se incorporan el quinto y el sexto, y se recorren en su orden los dos últimos párrafos de dicho artículo. En ellos se explicitan y asientan nuevas disposiciones sobre el régimen aplicable a los menores infractores.

Así, después de esta apretada síntesis, podemos concluir que la implantación legislativa y posterior desarrollo de la pena de prisión se ajustó a los parámetros y líneas evolutivas que se siguieron en todo el orbe para la desaplicación, primero, y desaparición, después, de las penas corporales (entendidas como aflicción física sobre el cuerpo del condenado, *i. e.* marcas, azotes, desolladuras, mutilaciones, etcétera), y en una intención —a veces acentuada y otras veces imperceptible— tendente a la abolición de la pena de muerte,[193] que por paradójico que parezca se niega a morir en manos de las nuevas tendencias humanizadoras y ante los reclamos de los organismos protectores (fervientes luchadores) de los derechos humanos.

---

[192] García Ramírez, Sergio, *El artículo 18 constitucional…, op. cit.*, nota 188, p. 5.

[193] Los avances han sido lentos pero constantes. Así, por ejemplo, en 2006 Filipinas abolió la pena de muerte para todos los delitos y Georgia y Moldavia eliminaron de sus Constituciones las disposiciones relativas a dicha pena. Suman aproximadamente 130 los países que la han abolido en la legislación o en la práctica (88 para todos los delitos, 11 para los delitos comunes y 29 de hecho). No obstante, 69 países se niegan, al menos por el momento, a abandonarla, entre ellos: Afganistán, Belice, China, Guatemala, Corea del Sur, Corea del Norte, Estados Unidos, Japón y Sierra Leona. "Lista de países abolicionistas y retencionistas (1 de enero de 2007)", *cit.*, nota 124.

III. Fines de la pena de prisión

Al hablar de los fines de la pena de prisión, debemos tener presente que "el análisis de las múltiples teorías de la pena y de la pena de prisión… [es] revelador —o encubridor— de las funciones *reales* de la prisión y de la realidad de sus condiciones materiales…".[194] Vista esta premonitoria advertencia, proseguimos al desarrollo del tema:

1) Si bien en un principio la finalidad de la pena de prisión era la disminución y tal vez erradicación de la pena capital y de los suplicios que se aplicaban para llegar a ella, conforme esta *institución* fue evolucionando se le fueron asignando diversas finalidades; unas quizá factibles o implícitas a la misma, y otras, como se puede apreciar dos siglos más tarde a su surgimiento, verdaderamente utópicas, al menos hasta este momento. Entre las primeras encontramos las retribucionistas y las preventivas; entre las segundas la readaptación o resocialización y el tratamiento médico y educativo (que bien podría configurarse, en lugar de finalidad específica, como medio para conseguir la readaptación o resocialización).

En este orden de ideas, la finalidad de la aplicación de la pena de prisión sería, en un primer momento, la *retribución*. Al respecto, por ser un tema que ya hemos tratado en el capítulo anterior, sólo nos queda agregar que actualmente es innegable el carácter represivo —aunque intente "maquillarse"— intrínseco a los sistemas punitivos nacionales.

2) Posteriormente, en una etapa más evolucionada se le adjudicó a la pena de prisión la finalidad preventiva. No obstante haber tratado este tópico en el capítulo primero, consideramos prudente enriquecer aquellas líneas con algunas reflexiones más.

Es importante retener que cualquiera que sea la pena, se busca que la misma cause aflicción o sufrimiento: entre más aflictiva mejor. Y qué mejor, ya que

[194] Carranza, Elías, "La política criminal en América Latina sólo produce más cárceles", *Iter Criminis*, México, segunda época, núm. 12, octubre de 2004-marzo de 2005, p. 61.

se censura la aplicación de la pena capital y que se ha buscado su erradicación, que la amenaza de privación del derecho de mayor valor, después de la vida, como medio de "terror" para evitar que los potenciales delincuentes finalmente se decidan a infringir el orden jurídico (prevención general). De igual forma, mediante la educación, la capacitación y el trabajo se busca que los delincuentes, al salir de prisión, se reincorporen a la sociedad como "hombres de provecho"; provechosidad que se relaciona con la no reincidencia (prevención especial).

Pero pensemos en lo siguiente: quien comete un delito ¿en verdad cree que va a ser detenido, procesado y sentenciado por la comisión del mismo? Si es un sentimiento compartido por grandes sectores de la población que en nuestro país reina la impunidad, ¿qué nos hace pensar que el delincuente considerará que *su* caso será una excepción a la regla general impunidad? Más aún, al salir de prisión "corregido y aumentado", ¿creerá que lo "atraparán" de nuevo? (quizá piense: "nadie tropieza dos veces con la misma piedra"). Pero el problema no sólo se presenta en relación con la prevención especial. Retomando lo dicho líneas arriba respecto a que es una idea casi generalizada —y no pocos hechos la confirman— que México es un *paraíso* criminal, ¿cómo entonces va a ser efectiva la prevención general? Si el propio delincuente duda que lo detengan, procesen y sentencien, mayor duda albergarán los corazones y la razón de la población. A este hecho puede agregarse, además, que "el carácter intimidatorio de la pena no influye... en lo más mínimo en la psique del sujeto activo cuando hay motivos más poderosos que inducen a cometer el delito".[195]

Luego entonces, ¿funciona la prevención?

[195] Ramírez Delgado, Juan Manuel, "La trascendentalidad y otros efectos de la pena de prisión", *Criminalia*, México, año LI, núm. 1-12, enero-diciembre de 1985, p. 81. Este autor ejemplifica lo dicho al referir el caso de una mujer que privó de la vida a su marido cuando éste dormía —el cual era alcohólico y continuamente le propiciaba severas palizas tanto a ella como a sus hijos— por temor a que dicho sujeto matara a uno de ellos, a quien el ahora occiso había previamente amenazado de muerte. En casos como el reseñado la intimidación que se le atribuye a la pena de prisión no producirá efecto alguno.

3) En la etapa más “evolucionada” de la pena de prisión se le ha atribuido una “razón”[196] aún más complicada, por no decir poco probable (al menos con los medios y recursos con que se cuenta): la readaptación social.[197]

Para estar en aptitud de iniciar las reflexiones respecto a esta finalidad que se le imputa a la pena de prisión es necesario efectuar algunas precisiones conceptuales. Bajo esta tesitura, y de acuerdo con el *Diccionario Jurídico Mexicano*,[198] “readaptar... socialmente significa volver a hacer apto para vivir en sociedad al sujeto que se desadaptó y que por esa razón violó la ley penal, convirtiéndose en delincuente”. Aparentemente estamos frente a un concepto un tanto simplista; sin embargo, si lo analizamos con mayor detalle, como acertadamente lo hace Luis Rodríguez Manzanera, podremos observar que del mismo se desprenden las siguientes presunciones: *a)* que el sujeto estaba adaptado; *b)* que el sujeto se desadaptó; *c)* que la violación del deber jurídico penal implica desadaptación social, y *d)* que al sujeto en cuestión se le volverá a adaptar. Pero dichos “presupuestos”, y es en este punto donde comienzan los problemas, no son necesariamente ciertos ni fácilmente comprobables, ya que: “*a)* hay delincuentes que nunca estuvieron adaptados (no pueden desadaptarse y por lo tanto es imposible readaptarlos); *b)* hay delincuentes que nunca se desadaptaron (como muchos de los [delitos] culposos; es impracticable pues la readaptación); *c)* la comisión de un delito no significa *a fortiori* desadaptación social; *d)* hay sujetos socialmente desadaptados que no violan la ley penal; *e)* hay tipos penales que no describen conductas de seria desadaptación social, y *f)* múltiples conductas que denotan franca desadaptación social no están tipificadas”.[199]

---

[196] Término que emplea el doctor Sergio García Ramírez en lugar del de “finalidad”. “Función de la pena y la readaptación social”, *Estudios jurídicos*, *cit.*, nota 125, p. 782.

[197] En la doctrina se utiliza también el concepto resocialización, entendiendo por este último “...la posibilidad de retorno al ámbito de las relaciones sociales de aquel que por un delito había visto interrumpida su vinculación con la comunidad” (Rodríguez Manzanera, Luis, “Readaptación social”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, t. P-Z, p. 2663). Como podrá apreciarse, readaptación social y resocialización son dos conceptos hasta cierto punto distintos, pero que se unifican en su objetivo: colocar al delincuente en posición de no delinquir, a fin de lograr su “re”integración a la sociedad. Para los efectos del presente trabajo utilizaremos dichos términos de manera indistinta en virtud del objetivo común que los alienta.

[198] *Idem*.

[199] *Idem*.

En este orden de ideas, ¿cómo podemos hablar de readaptación si no nos consta que estamos frente a sujetos desadaptados? (en este punto hacemos hincapié en los delitos imprudenciales), ¿cómo readaptar a los inadaptables? (el caso de los asesinos seriales, de los sicópatas y sociópatas, por poner un ejemplo), ¿cómo tratar a los delincuentes no desadaptados? (aquí podemos cuestionar: ¿quién define la "adaptación"?), y ¿qué hacer con aquellos que al cometer la conducta delictiva estaban "desadaptados" pero que en el transcurso de la ejecución de la pena se readaptaron?[200] Hemos arribado a uno de los puntos más controvertidos de la pena de prisión, y para el cual, desafortunadamente, aún no tenemos respuestas. Pero por el momento podemos afirmar que al menos en la actualidad estamos demasiado lejos de cumplir —siendo terminológicamente benignos— con tal "fantasía". Y con esto no queremos decir que la readaptación social sea por sí misma inalcanzable o irrealizable, sino que debemos ser realistas y aceptar, nos guste o no, que con los medios económicos, humanos y de infraestructura con que contamos, así como la pobre educación que caracteriza a la sociedad y al Estado mexicanos, sí constituye una finalidad humanitaria y racional pero poco probable de lograr, y esto se vuelve aún más visible cuando nos percatamos de los problemas que se dan con, dentro y fuera de la prisión.

Así, cuando por casualidad, deber o profesión incursionamos en el "bajo mundo" de la prisión (y no me refiero a estar dentro de ella, sino tan sólo "por encimita", afortunadamente) nos percatamos de lo que es estar en "un rincón

[200] Edmundo René Bodero ("El sistema penal: valoración y crítica", *Criminalia*, México, año LXV, núm. 1, enero-abril de 1999, pp. 68 y 69) refiere el caso de Karla Faye Tucker, ejecutada en Texas, Estados Unidos, el 3 de febrero de 1998 por haber asesinado a uno de sus ex novios y a su amante con un picahielos, cuando contaba con apenas 23 años de edad. A los 10 años Karla fumaba marihuana, a los 12 se hizo adicta a la heroína y a los 14 prostituta (siguiendo "al pie de la letra" los pasos de su madre). Pero esta historia dio un vuelco sorprendente cuando, en prisión y en espera de su ejecución, se convirtió al cristianismo, se casó con un predicador y estudió la Biblia. A tal grado se "reformó", que predicaba las escrituras y daba charlas a mujeres y jóvenes en contra de las drogas y en favor de la ley. Importantes personalidades de América y Europa (incluyendo al Papa) solicitaron al gobierno estadounidense la conmutación de la pena capital por la prisión perpetua. Sin embargo, Karla fue ejecutada mediante una inyección letal. El autor se pregunta —al igual que nosotros—: "¿justicia o venganza? ¿Era necesario aplicar a Karla la pena de muerte?". Y agrega: "No encuentro más diferencias —que las cuantitativas— entre el crimen perpetrado por Karla Tucker y el asesinato legal que en ella consumó el Estado, a nombre de una sádica y ciega justicia". Éste es un caso paradigmático de la crisis a la que se enfrenta la readaptación social como fin de la pena de prisión. Aunque debemos obligadamente hacer una precisión: el sistema penal estadounidense apuesta por el uso excesivo de la pena prisión con leyes cada vez más estrictas y con un claro efecto eliminatorio e intimidatorio más que readaptador (situación que provocó que para 1998 "California [tuviera] más hombres y mujeres en prisión que Francia, Gran Bretaña, Alemania, Japón, Singapur y los Países Bajos en conjunto". Véase Friedman, Lawrence M., *Breve historia del derecho estadounidense*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 113). A pesar de esto, en el caso de México y de todos los países que enarbolan la bandera de la readaptación se presentan situaciones de similar naturaleza (sin perder de vista que en la mayoría de los países del mundo se ha proscrito el uso de la pena capital). Sobre el sistema de justicia penal estadounidense puede verse la obra de Friedman citada en esta nota, especialmente las pp. 73-123.

cerca del infierno” —permítaseme la exageración—. Me explico mediante la reseña de una experiencia personal. Hace algunos meses visité el juzgado 28o. de lo Penal del Distrito Federal sito en el Reclusorio Preventivo Oriente. Desde que llegué a la “zona cero”, y al ver el Reclusorio con sus enormes bardas grises, las torres de control y las áridas zonas colindantes, sentí una gran pesadumbre. Se respiraba un aire rancio, podía sentirse el desasosiego de aquellos que, por una u otra circunstancia, pero con un mismo sentimiento, acudían al lugar a visitar a uno o a varios de sus familiares. Sin dejar la en ocasiones salvaje naturaleza humana pensé: “bueno... por algo están presos”, y emprendí mi camino tratando de pasar por alto esa molesta sensación. Ingresé al citado juzgado, y muy amablemente la juez, la licenciada Aurora Gómez Aguilar —quien además fue mi maestra en la Facultad de Derecho de la cátedra Derecho penitenciario—, “comisionó” a uno de los secretarios del juzgado para que me explicase el funcionamiento del mismo y qué sucede inmediatamente después de que se recibe una consignación, además de comentarme algunos casos prácticos y haber tenido un muy gratificante intercambio de ideas. Como todo aprendiz, tenía los sentidos a flor de piel: respiraba los olores, sentía los ánimos, miraba fijamente el suelo, el mobiliario, la infraestructura, lámparas sin focos, cables desprendidos y las hojas de papel casi transparentes en las que se imprimían los acuerdos, indispensables por la falta de recursos. Centré mi atención en la rejilla de prácticas: pesadamente oscura, tétrica, con barrotes oxidados, pintura desprendida y un sujeto en el fondo que parecía muerto en vida. Ignoro la razón por la que dicho sujeto estaba siendo procesado, pero traté de adivinar: “¿tiene cara de asesino?, ¿violador?, ¿asaltante?”. Me di por vencida. Parecía una persona normal; común y corriente, de esas que te puedes topar en cualquier esquina, en el metro, fuera de tu casa. Sólo me quedó pensar —y a partir de ese momento se acrecentó aún más mi interés por su estudio—: si el juzgado y la rejilla de prácticas se encuentran en esas condiciones, ¿cómo estará el Reclusorio por dentro? Si con esos recursos trabajan nuestros, en no pocas ocasiones, mal valorados jueces para impartir justicia, ¿con qué recursos se contará dentro de la prisión para “readaptar” a los huéspedes?

Aunado a lo anterior: ¿cómo van a educar a los presos aquellos que no poseen una amplia educación (intelectualmente hablando, y sin ánimo de ofender)? Para muestra basta sólo un ejemplo: cuando ingresaba al edificio de los juzgados de lo penal me dirigí a un oficial de policía: "disculpe, ¿el juzgado vigésimo octavo?". Me miró, como se dice coloquialmente, con "cara de interrogación", titubeó en no pocas ocasiones y momentos más tarde dijo: "¡ahhh!, el juzgado veintiocho", y amablemente me indicó dónde se encontraba. El problema aquí es que no nos cabe la menor duda de que una situación similar pudiese presentarse con el personal penitenciario. ¿Son ellos quienes educarán y capacitarán para el trabajo? Y esta problemática no sólo la afirmamos nosotros, sino que el mismo *Programa emergente de acciones para afrontar el fenómeno delictivo*[201] asevera: "Parte del personal que labora en dichos centros [penitenciarios] carece de la formación necesaria para brindar atención médica y psicológica, así como capacitación que oriente la readaptación que requieren los reclusos para su cabal *rehabilitación* y reintegración a la sociedad" (cursivas nuestras).[202]

Otra cuestión, y no por ser la última es la menos importante, es la relativa a los fines "no-institucionalizados" que se le atribuyen. Ya no se habla sólo de retribución, prevención y readaptación, sino que se busca en la pena de prisión la solución a todos los problemas sociales. Se ha configurado —se afirma— como el mejor medio para proteger a la sociedad, para segregar a los sujetos *incómodos*, para modificar la conducta y las actividades del delincuente y favorecer su reintegración a la sociedad (esta última lleva implícita la readaptación social, pero no sólo eso, ya que un sujeto "readaptado socialmente" puede ser un miembro *non grato* para la sociedad; ¿será ésta acaso la rehabilitación de la que habla en Ejecutivo Federal?).

[201] Elaborado por el Poder Ejecutivo Federal, "a través de las instancias correspondientes" (sin mencionar cuáles son éstas), sin fecha, p. 9, visible en la página Web de la Secretaría de Seguridad Pública: *www.ssp.gob.mx/buffer/bea/ssp/contenido/d3167/v1/programa_emergente.pdf*, al 9 de mayo de 2005.

[202] Ahora, en palabras del gobierno federal, los delincuentes ya no sólo están "desadaptados" sino "inhabilitados"; por lo tanto, la finalidad no es la readaptación social del recluso sino la readaptación para la cabal *habilitación*. ¡Como si no tuviésemos suficientes problemas con la readaptación como para agregar la habilitación!

Dejando hasta aquí nuestras reflexiones respecto a las finalidades que se le atribuyen a la pena de prisión, en los siguientes apartados realizaremos una valoración de las ventajas y desventajas de la misma, en el entendido de que para analizar cualquier institución es necesario, de acuerdo con Guillermo Zepeda Lecuona,[203] estudiarla desde al menos tres puntos de vista:

1) Los fines que inspiran a la institución, es decir, ¿cuáles fueron los propósitos últimos de quienes diseñaron la institución?, ¿cuál es el consenso social sobre la finalidad de la institución? Aspecto que tratamos en el capítulo primero (control social y finalidad de las penas en general) y en lo que va del presente.

2) La estructura de la institución, esto es, ¿cómo se tradujeron los propósitos sociales en mecanismos jurídicos concretos? Aspecto al cual ya nos referimos cuando tratamos la semantización de las normas jurídicas para la protección y defensa de los bienes jurídicos fundamentales, y

3) El cumplimiento o efectividad de la institución para el logro de los fines propuestos. Esto último es lo que hemos analizado, en parte, en el presente apartado y que estudiaremos en los subsecuentes, donde trataremos de responder a la siguiente interrogante: ¿la pena de prisión cumple los fines propuestos? Cuestionamiento al que necesariamente debemos agregar: ¿su uso implica más ventajas que desventajas?

En caso de una respuesta negativa a ambas interrogantes, ¿se justifica el uso de una institución que lejos de cumplir con sus fines y solucionar problemas, ocasiona aún más?, ¿podríamos llegar al punto en el que, como sostiene Luis Rodríguez Manzanera, “las penas que no hagan factible la readaptación social —fin de la pena en el derecho punitivo mexicano— deben desaparecer del castigo legal”?[204]

[203] *Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y Ministerio Público en México*, México, Centro de Investigación para el Desarrollo (CIDAC)-Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 17 y 18.
[204] Rodríguez Manzanera, Luis, “Readaptación social”, *op. cit.*, nota 197, p. 2663.

IV. POSTURAS FAVORABLES A LA PENA DE PRISIÓN

Si bien en los últimos tiempos los comentarios y estudios que se han llevado a cabo relativos a la pena de prisión son poco alentadores y bastante desfavorables a la misma, existen, como en toda postura o teoría, quienes aguerridamente la defienden y justifican con la trillada frase: "el fin justifica los medios". Desafortunadamente, en muchos de los casos tanto el supuesto fin como los irracionales medios son pocas veces justificables. Y se olvida, además, que dicha fórmula hoy en día se ha invertido: "la legitimidad de los medios justifica el fin alcanzado".[205]

Pero debemos hacer una precisión antes de continuar con el desarrollo del presente apartado: no solamente nos enfrentamos con algunos sectores de la doctrina, quienes la defienden y justifican en ocasiones más allá de la razón, aunque casi siempre teniendo el cuidado de escudarse detrás de la supuesta finalidad de la misma, sino que también se hacen presentes, de manera cada vez más acentuada, la sociedad y el Estado —y no en diferentes términos—. Desde esta triple perspectiva (doctrina/sociedad/Estado) efectuaremos el estudio del tema.

1) *La doctrina*. Se escuchan voces[206] que señalan que la pena de prisión se justifica por ser un instrumento insustituible de segregación de individuos peligrosos para la sociedad. Quizá se basan en lo complicado que resulta la readaptación social, y a falta de mejores ideas simplemente proponen la eliminación de dichos sujetos como medio protector para la sociedad. De hecho, todo aquel que justifique, con poca o mucha vehemencia, el uso de la prisión, ya sea por su "capacidad" segregativa, readaptadora, reinsertora, reeducativa,

[205] "Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia sobre el *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, del 18 de junio de 2005", Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 4, visible en *http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm*. Agrega que "sólo es posible arribar a una sentencia justa, que acredite la justicia de una sociedad democrática, cuando han sido lícitos los medios (procesales) utilizados para dictarla". Y aun cuando dicha consideración la efectúa en relación con el principio del debido proceso, podemos extrapolarla a la pena de prisión. Así, sólo es posible arribar a una pena de prisión justa cuando han sido lícitos, legítimos y proporcionales los medios y las causas para imponerla.

[206] Sobre ello puede verse Henríquez S., Milton, "Propuesta de reformas al sistema judicial de Panamá", abril de 2005, disponible en la página Web de la Defensoría del Pueblo de la República de Panamá (*http://www.defensoriadelpueblo.gob.pa*), en donde se lee: "…cuando el reo reviste de alta peligrosidad social (particularmente por violencia) y cuando el reo es reincidente (aun si no es violento), las penas privativas de la libertad debieran ser de larga duración e incluso debiera contemplarse la cadena perpetua. En el segundo tipo debiera ser incremental y hasta sería conveniente considerar la política criminal que se aplica hoy en algunas partes de los Estados Unidos, llamada «Three strikes, and you are out»…".

etcétera, está defendiéndola y agregándose, así sea parcialmente, a este cúmulo de posturas favorables. Sin embargo, no es desdeñable el hecho de que por el momento no contamos con una pena, aparte de la de prisión, y evidentemente desechando *prima facie* la de muerte, que demuestre la reprochabilidad de las conductas y que otorgue el castigo que ciertos miembros de la comunidad, claramente inadaptados para vivir en estrecho contacto con la misma y no-readaptables o reinsertables, requieren, lo que impide su abolición; ya que existen individuos que han hecho del crimen su mejor pasatiempo y que con el paso del tiempo éste se ha convertido más en una necesidad que en una forma de vida. Evidentemente debemos conservar la prisión para segregar a estos sujetos, pero sin intentar "maquillarlo" con el fantasmagórico espectro de la readaptación, y siempre conscientes de que la privación de la libertad como respuesta penal es, como debió serlo desde un principio, la *ultima* y no la *prima ratio*, en tanto no encontremos un sustituto para la misma para estos casos extremos y cada vez más comunes.

2) *La sociedad*.[207] La postura del grueso de la población, hecho no privativo solamente de la mexicana, es que sin importar —porque en realidad no le importa— cuáles sean las finalidades o "funciones" que elocuentemente le atribuya la doctrina, esta pena —en mayor o menor grado— ha cumplido y cumple con su máxima expectativa: alejar a esos sujetos "enfermos" de sus casas, sus familias, sus pertenencias, y sus personas. De hecho, cuando la sociedad se refiere a su decepción por el sistema de justicia penal, no lo hace generalmente por los inconvenientes que acarrea la aplicación de la pena de prisión, sino que sus críticas van dirigidas a la inaplicación de la ley y la impunidad que se genera por la misma o a su aplicación mañosa. Es decir, no es la prisión ni las condiciones en las que los presos vivan lo que les causa resquemor, sino que la percepción que tienen es que "roban, matan o violan y vuelven a salir".

[207] Al respecto puede verse "Diagnóstico de percepción ciudadana sobre penas y ejecución de sentencias", *Libro Blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, disponible en *http://200.38.86.53/PortalSCJN/RecJur/ReformaJudicial1/LibroBlancoReformaJudicial/TextoLibroBlanco.htm*.

A decir verdad, tampoco les preocupa la readaptación ni los medios que el Estado emplee para conseguirla, porque si por ellos fuera, esos sujetos jamás volverían a ver el sol en libertad. Y si bien jurídicamente hablando esta actitud podría reprochárseles, porque estamos en presencia de sujetos que eran sus colegas de sociedad, y que como tales poseen derechos y obligaciones respecto a los miembros de sus propias familias, y dado que en muchos de los casos la misma sociedad, directa o indirectamente, los ha invitado al crimen, sociológica y psicológicamente no podemos efectuar reproche alguno, porque es natural y humano el deseo de venganza[208] que provoca el vernos afectados por la privación de nuestros bienes o posesiones, y más aún cuando de lo que se nos ha privado es de la presencia de un ser querido, ya que ni la pena más dura, incluso la de muerte, alivia el desasosiego que esta honda herida provoca; herida incurable que además convulsiona a toda la familia de la víctima y rompe la sensación de relativa seguridad que requerimos para vivir tranquilamente y ejecutar nuestras actividades cotidianas. Y si bien el deseo de venganza es natural, lo ideal sería que el perdonar también lo fuera, sin querer decir con esto que no se le aplique sanción alguna a quien provoque un daño, reparable o no, a otro ser humano.

De hecho, nuestra postura frente a la pena de prisión dependerá en gran medida del papel que adoptemos al momento de analizar el tema. Así, si portamos la playera de doctrinarios y concienzudos estudiosos del tema, necesariamente objetivos e imparciales, nos dirigiremos, por regla general, hacia la reprochabilidad de la pena de prisión. Por el contrario, si portamos la playera de miembros activos de la sociedad y preocupados por la seguridad propia, de nuestras familias, y subsidiariamente de la comunidad, nos inclinaremos más por la defensa, para todos los casos o sólo para algunos, de esta pena corporal.

Lo que es cierto, independientemente de la recriminación que se le pueda hacer al siguiente argumento, es que todos, seamos defensores o detractores de

[208] Ya lo decía desde 1916-1917 el diputado Medina cuando señaló que "…no es perfectamente falso que no haya nada pasional en el delito ni haya el sentimiento de venganza; al contrario, este es el fundamento de la solidaridad y mientras más enérgica es una reacción más fundamentos hay para que el delito sea castigado". *Nueva edición del Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1916-1917*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, t. I, p. 766 (versión impresa y en disco compacto).

la pena de prisión, nos quedamos sin palabras y sin solución posible frente a actos monstruosos e inexplicables más propios de inhumanos que de seres humanos.[209] De ahí la necesaria, hasta el momento, conservación de la pena de prisión. Que se deba mejorar su ejecución, es verdad; que podamos prescindir de ella, no es del todo cierto.

3) *El Estado*. Son muchas las consideraciones que podemos hacer a este respecto; no obstante, sólo nos referiremos a algunas de ellas, pues otras se abordan a lo largo del presente capítulo. En principio, y a lo largo de la historia, podemos decir que el Estado ha utilizado a la pena de prisión como una de sus más drásticas e implacables formas de control social. Le ha servido para apaciguar a los disidentes, aplastar a los contrincantes y amedrentar a los inconformes. Asimismo, ha sido la medicina, con penas de prisión cada vez más extensas, para aliviar el descontento social por el incremento de la delincuencia y la percepción generalizada de inseguridad. Ha funcionado, en fin, como paliativo para disfrazar sus propias deficiencias en la lucha contra la criminalidad.

Sobre ello, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal ha dicho que

> México no es ajeno a la *inercia mundial* de emplear sistemáticamente la privación de la libertad como un recurso para enfrentar los problemas de seguridad. Sin embargo, esta política crea más problemas de los que resuelve. Por sí misma no reduce la criminalidad ni aumenta la percepción

[209] El 25 de julio de 2004 fue hallado el cadáver de una mujer estrangulada con un cable de luz, cubierta del rostro con un pasamontañas y sumergida en un canal de aguas negras ubicado en el Valle de Chalco. Días más tarde se confirmó su identidad: Carmen Gutiérrez de Velasco, galardonada como la Mujer del Año en 1999, y quien había sido secuestrada unos días antes (22 de julio).

Tiempo después de darse a conocer esta noticia, que causó gran indignación tanto en la comunidad médica como entre el público en general, un noticiero nocturno transmitió una de las llamadas telefónicas que los plagiarios habían realizado a la familia de la víctima. En ella, los secuestradores exigían el pago del rescate, pero nos daban un plus: en el fondo se escuchaba la voz de Carmen Gutiérrez suplicando que se pagara el rescate mientras era brutalmente golpeada por los sujetos que la mantenían cautiva. ¿Qué pena o tratamiento podríamos recomendar para un sujeto que además de secuestrar, golpear y asesinar a una persona, se regodea con martirizar a la familia de la víctima? ¿Una persona que comete actos semejantes podría ser considerada "ser humano"? ¿Qué castigo propondrían los teóricos abolicionistas de la prisión cuando lo cierto es que la familia y la sociedad —y quizá nosotros mismos— no se conformarán con un sustitutivo ni votarán en favor de un correctivo de prisión? Y más importante aún, ¿podremos readaptar y posteriormente reintegrar a este tipo de sujetos a la sociedad sin ponerla en peligro?

Véase "Asesinan a doctora secuestrada en Valle de Chalco, México", *Vanguardia*, 29 de julio de 2004, visible en: *http://noticias.vanguardia.com.mx*; "Detenidos, tres de cuatro implicados en el secuestro y asesinato de doctora", "Nos pusimos nerviosos, la ahorcamos y la echamos al canal" y "Ordenó López Obrador crear grupo especial para el caso Gutiérrez de Velasco", todos en *La Jornada*, 31 de julio de 2004, visibles en: *http://www.jornada.unam.mx/2004/07/31/010n3pol.php?printver=1&fly=1*.

> de la seguridad. En cambio, aumenta los problemas de financiamiento de los centros de reclusión, propiciados por la sobrepoblación y las deficiencias en cuanto a la atención, resguardo y rehabilitación de la población confinada. Los costos finales son transferidos, en última instancia, a los gobiernos… y al entorno social, específicamente a la familia de las personas recluidas y a la sociedad en términos de impuestos y limitación del presupuesto público para infraestructura y gasto social.[210]

Además, el Estado federal y las entidades federativas confían en que la pena de prisión es la mejor manera de desincentivar a potenciales delincuentes, controlar y "castigar" a los ya existentes, tomando la antigua *vendetta* en sus manos. En este sentido se expresa la exposición de motivos de la "Iniciativa de reformas y adiciones al Código Penal para el Estado de Coahuila en materia de concurso de delitos, delitos informáticos, [y] otras modalidades a diversos delitos como el secuestro" cuando señala: "Debemos, pues, preocuparnos más ahora por la prevención y el control de la delincuencia que por las categorías puras y el nominalismo abstracto, aspectos puramente doctrinales del derecho. La sociedad actual busca en el derecho penal en general y en la pena en particular, un instrumento que restablezca la tranquilidad social, corrija, intimide e impida la venganza. La sociedad exige seguridad y el Estado debe brindarla".[211]

De ello se infiere que tanto para el gobernador como para el presidente del Tribunal Superior de Justicia del estado, no importan las teorías y principios del derecho penal, por ser "categorías puras y nominalismos abstractos". Lo que en realidad importa —se lee entre líneas— es que "si la sociedad quiere justicia (o mejor, venganza) se la daremos". Como muestra de ello basta mirar, así sea a vuelo de pájaro, tanto la exposición de motivos como el proyecto de reformas en sí para corroborar lo dicho. En él se dice: "Se mantiene el reciente incremento de la pena de prisión en su límite máximo de sesenta años; sin embargo… se

---

[210] *Informe especial sobre la situación de los centros de reclusión en el Distrito Federal 2005*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006, p. 16.

[211] Iniciativa enviada al H. Congreso del Estado de Coahuila de Zaragoza por el gobernador constitucional del estado, Humberto Moreira Valdés, y por el presidente del Pleno del Tribunal Superior de Justicia del estado, Gregorio A. Pérez Mata, s. f., p. 15, disponible en *http://sgob.sfpcoahuila.gob.mx*.

establecen excepciones que permiten su agravación… aún y cuando con ello se exceda el máximo de la pena privativa de la libertad señalada, para de esa manera *castigar en forma ejemplar estos delitos*[212] *que provocan gran indignación social y repulsa generalizada*" (cursivas nuestras).[213]

V. CRÍTICAS A LA PENA DE PRISIÓN

Si bien, como señalamos *supra*, la pena de prisión fue la luz al final del túnel en la búsqueda de penas más benignas a las corporales y a la capital, actualmente, en un mundo en el que cada día se le otorga más valor a los derechos humanos —con mayor énfasis en la dignidad— y los organismos protectores de los mismos se han esparcido y difundido como dinamita (situación que aplaudimos), dicha pena comienza a verse como un lastre que nos impide avanzar hacia la plena "humanización" y que a cada paso nos hace retroceder dos.

Y esto ha sucedido quizá sin darnos cuenta, y en virtud de que comúnmente olvidamos que la conflictividad social de un país, pueblo o región no culmina con la privación de la libertad de aquellos sujetos considerados dañinos, sino que debe terminar con su plena reintegración a la sociedad, misma que en muchos casos propicia la desviación y en ocasiones la fomenta. Bien se dice que la sociedad es un factor altamente criminógeno.

Con esto en mente, no pocos sectores de la doctrina se han pronunciado en contra de la pena de prisión y han formulado incisivas críticas sobre los problemas que la acompañan y con miras a los cuales han propuesto su sustitución o abolición (tópico que trataremos en al apartado VII). En las líneas siguientes formulamos las críticas a la prisión y los fundamentos que les dan origen:

1) *La prisión como centro de contagio*. La prisión, sea de máxima o mínima seguridad, abierta o cerrada, se circunscribe a un determinado espacio territorial.

[212] Se refiere a los delitos de "terrorismo, homicidio calificado, parricidio, matricidio, filicidio, uxoricidio [homicidio del marido en contra de su esposa], fratricidio, secuestro, violación, violación equiparada, violación agravada, violación por instrumento distinto al natural y robo especialmente agravado…". *Ibidem*, p. 4.
[213] *Idem*.

Quienes entran, en su calidad de procesados o de reos (sentenciados) no pueden abandonarla. Todo su mundo se centra en las cuatro paredes que desde ese momento les sirven de hogar, los presos se convierten en su familia, en el único indicio (para ellos suficiente) de que todavía son seres humanos. El contacto inter-presos es inevitable y en no pocas ocasiones hasta ¡sano!, por increíble que parezca y aunque se aleguen razones de otro tipo —no por ello menos peligroso— de "contagio". Pero ese mismo contacto se ha vuelto letal para muchos de quienes, con razón o sin ella, han ingresado al inframundo carcelario.

La tuberculosis, la hepatitis y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) (todos ellos letales sin el tratamiento médico adecuado) se han convertido en las principales causas de mortalidad en la prisión. Agresiones sexuales de carceleros a encarcelados (y tal vez a la inversa), visitas conyugales (ahora también "concubinales"), el ingreso de sexoservidoras a los penales (evidentemente con dinero de por medio), el préstamo de jeringas para las dosis diarias de heroína, la proliferación de los tatuajes (que se realizan generalmente con productos para afeitar no esterilizados) y las autoflagelaciones con instrumentos punzo-cortantes —mismos que se intercambian por dinero o se obsequian por solidaridad— para aliviar la tensión o calmar la rabia (quizá contra la sociedad o contra sí mismos) se han convertido en las principales armas de aniquilamiento.[214] Pero el tiro de gracia lo propina el mismo sistema penal que alardea que su función es readaptar: falta de atención médica de calidad, de medicinas (si para quienes estamos en libertad en ocasiones nos es difícil conseguir determinados medicamentos, sea por su escasez o por el costo, imaginemos qué sucede dentro de la prisión),[215] de instalaciones limpias e

[214] Neuman, Elías, "La prisión como control social en el neoliberalismo", en García Ramírez, Sergio (coord.), *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. III. Ejecución de penas. IV. Menores infractores. V. Justicia penal internacional y sistemas nacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 129-134.

[215] Sobre todo en tratándose del famoso "cóctel de drogas" para el tratamiento del SIDA. Por ejemplo, el precio del retroviral Retrovir-Azt cápsulas, de GlaxoSmithKline, es de 1,292 pesos (caja con 100 cápsulas de 100 mg c/u). La dosis recomendada es de 500 o 600 mg/día, esto es, cinco o seis cápsulas diarias. Si se tomaran 500 mg/día, las 100 cápsulas sólo bastarían para 20 días. De una sencilla operación aritmética resulta que el tratamiento de este anti-retroviral para un año tendría un costo de 23,579 pesos aproximadamente (en el entendido de que debe continuar la medicación "hasta que la muerte los separe"). Pero eso no es todo, ya que el uso de este medicamento "se indica en combinación con otros anti-retrovirales" (*PLM. Diccionario de Especialidades Farmacéuticas 2004*, edición del 50 Aniversario en disco compacto). Similar situación se presenta con el anti-retroviral Viracept (de Roche), cuya fórmula ha sido "plagiada" por Brasil y Sudáfrica al producir medicamentos genéricos con la misma sustancia activa; conducta que ha dado lugar a una demanda

higiénicas, de pabellones de aislamiento para evitar el contagio, de exámenes (o *check-up*) médicos para detectar enfermedades en etapas tempranas y así poderlas atender con tiempo y eficacia, de control carcelario (para evitar los ataques y las autoflagelaciones), entre muchas otras que podríamos mencionar. Así, no estamos sólo frente a la privación de la libertad, sino quizá ante una muerte casi segura, ya que encierro, enfermedad y falta de tratamiento se convierten en un círculo letal.[216]

Ante este panorama vergonzante, "cabría pensar que en la medida en que no respetemos la vida del delincuente no es posible pretender que ellos respeten la nuestra...".[217]

Como se ha dicho, el contacto entre presos[218] resulta beneficioso (ejemplo de esto es la estrepitosa caída —y ahora desafortunado resurgimiento— del sistema celular) para evitar que pierdan el último lazo que los une con su "ser social". Nos referimos ya al contagio "que no queremos" (de enfermedades y padecimientos). Pero la interrelación entre presos acarrea una desventaja más: el *contagio criminal*. Resulta trillada la frase "la prisión es la universidad del crimen", o como señala Friedman son "fábricas de delincuencia";[219] sin embargo consideramos que no hay manera más ilustrativa de decirlo: se aprenden artes manuales (sometimiento físico, elaboración de armas punzo-cortantes), tácticas militares (clases teóricas, y en ocasiones prácticas, respecto al uso de armas de fuego o la manera como un arma punzo-cortante puede causar un mayor daño) y criminales (cómo observar, acechar y ejecutar), entre muchas otras mañas que si bien no los convierten en expertos criminales sí lo hacen en grandes teóricos,

---

formulada por los Estados Unidos (en "representación" del laboratorio) ante la OMC en contra de dichos países (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El ALCA. ¿Integración o incorporación", *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 3, enero-junio de 2005, pp. 205 y ss.). El argumento de estos últimos no podría ser otro: el alto costo de este tipo de medicinas (en el caso del Viracept, el frasco de 270 comprimidos de 250 mg c/u —tratamiento para un mes— tiene un costo de ¡6,313 pesos!) las hace inaccesibles para la mayoría de la población infectada (sin contar que estamos frente a una epidemia de tintes catastróficos, sobre todo para los países "en vías de desarrollo"). Pero como dicen en un anuncio publicitario: "esa es otra historia". Así las cosas, ¿los presos podrán costear este tipo de tratamientos?

[216] De poco sirven las reglamentaciones que permiten que un delincuente en fase terminal de su enfermedad sea enviado con sus familiares a "morir con dignidad". De lo que se trata es de "vivir con dignidad" (Neuman, Elías, "La prisión como control social en el neoliberalismo", *op. cit.*, nota 214).

[217] *Idem*.

[218] Con dicho término nos referimos tanto a quienes se encuentran sujetos a proceso (en prisión preventiva) como a aquellos que ya han recibido sentencia.

[219] Friedman, Lawrence M., *Breve historia del derecho estadounidense*, *cit.*, nota 200, p. 114.

ansiosos (permítaseme la exagerada generalización) de salir a las calles para poner en práctica las lecciones aprendidas. Si las “clases” funcionaron cometerán un crimen atroz y difícilmente serán capturados. Como no pocos afirman: “quienes están en prisión son los delincuentes fracasados”.

Esta crítica es uno de los principales argumentos de los detractores de la pena de prisión. Y si bien coincidimos con este punto de vista, consideramos que lo que más debería preocuparnos son los derechos humanos de los presos y no este tipo de contagio, pues no contamos con una base empírica que compruebe que esto ocurre en todos los casos.

2) *Sobrepoblación y hacinamiento carcelarios*. La sobrepoblación carcelaria es el exceso de población penitenciaria en un establecimiento de ejecución penal, en tanto que el hacinamiento, consecuencia lógica de la sobrepoblación, es la acumulación o el “amontonamiento” de los presos dentro de determinado establecimiento por la estrecha relación existente entre carencia de espacio y sobrecupo. Es una relación causa-efecto: sobrecupo y falta de espacio (causa) = hacinamiento (efecto).

Así, por ejemplo, como se observa en la siguiente tabla, la sobrepoblación y el hacinamiento carcelarios en el Distrito Federal es de 156%, es decir que por cada dos plazas disponibles existen tres personas recluidas:

CAPACIDAD Y POBLACIÓN INTERNADA EN LOS CENTROS DE RECLUSIÓN DEL DISTRITO FEDERAL (DICIEMBRE DE 2005)

Centro	Capacidad instalada	Población total	Ocupación (porcentaje)
Reclusorio Preventivo Varonil Norte	5,036	9,114	181%
Reclusorio Preventivo Varonil Sur	3,498	6,107	175%
Reclusorio Preventivo Varonil Oriente	4,870	9,076	186%
Penitenciaría	2,109	1,905	90%
Centro de Ejecución de Sanciones Penales Varonil Norte	400	248	62%
Centro de Ejecución de Sanciones Penales Varonil Oriente	312	259	83%
Ceresova	2,320	2,647	114%
Cevarepsi	200	317	158%
Centro Femenil de Readaptación Social Santa Martha Acatitla	1,032	1,480	143%
Centro Femenil de Readaptación Social Tepepan	291	169	58%
Total	**20,068**	**31,322**	**156%**

FUENTE: *Informe especial sobre la situación de los centros de reclusión en el Distrito Federal 2005*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006.

Así, como se observa en la tabla anterior, los efectos de la sobrepoblación y el hacinamiento son fácilmente imaginables: si por cada dos plazas disponibles existen tres personas recluidas, tenemos que si una celda fue construida y planeada para albergar a 10 reclusos, se encuentran en ella 15 y en algunas otras 16. ¿Satisfarán sus necesidades fisiológicas con una cierta intimidad?, ¿dormirán cómodamente?, ¿el exceso de personas se verá reflejado en las porciones de alimentos? Y más importante aún: ¿será esa una vida digna?, ¿contribuirá el hacinamiento a la integridad física y mental de los reclusos? Este último cuestionamiento es todavía más importante si tomamos en cuenta que, de acuerdo con José M. Rico,[220] quien se basa en un estudio realizado por H.

[220] Rico, José M., *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, 5a. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 1998, pp. 72-74.

Ellenberger,[221] en el análisis biológico de la prisión puede observarse en los presos el resurgimiento de los más elementales instintos animales de conservación: el del nido o guarida, el de huída y el de posesión.

El primero de ellos se refiere a la seguridad que debe producir el lugar de habitación en la mente de los individuos: si se está familiarizado con la celda y con los compañeros de "cuarto" (en el supuesto de que esto sucediese), el sujeto se sentirá más seguro, en tanto que si es cambiado de lugar se tornará más vulnerable y listo para dar cabida a los siguientes instintos.

El instinto de huída puede analizarse desde dos perspectivas: "la distancia de huída" y la "distancia crítica". La primera es la distancia a la que un animal huye de su enemigo; la segunda, que es más corta que la de huída, es aquella a la que dicho animal cesa de huir, se vuelve y pasa al ataque. ¡Nos suena tan familiar! Así, si los presos se sienten amenazados, sea por los carceleros o por sus mismos compañeros de desgracia, su primer instinto será escapar de esa situación de peligro (motivo por el cual suelen presentarse algunos motines, cuya finalidad última muchas veces es la tan ansiada libertad). Si dicha huída se ve frustrada, su siguiente reacción no será otra que el ataque.[222]

El tercero de ellos, el instinto de posesión, se refiere a la necesidad de varios animales que no viven en manada a crearse un territorio en el que no toleran la presencia de otros animales de su misma especie. Todos los seres humanos, al igual que estos animales, tenemos la necesidad de un espacio propio, íntimo, en el que podamos lidiar con nuestros ángeles y demonios internos. Cuando ese espacio es invadido por otra persona que sobrepasa los límites que separan lo público de lo privado es cuando comienzan las rencillas. ¿Cómo conservar o pretender adquirir un sitio de esa naturaleza cuando apenas y existe espacio para respirar?[223]

---

[221] "Introduction biologique à l'étude de la prison", *IV Colloque de recherches sur la délinquance et la criminalité*, Montreal, 1964, pp. 421-438. Citado en *idem*.

[222] El autor refiere que estas nociones pueden aplicarse al paranoico, quien durante mucho tiempo huye de sus "enemigos", pero puede atacar súbitamente y cometer un crimen o un suicidio si se siente inminentemente amenazado.

[223] El mismo *Programa emergente de acciones para afrontar el fenómeno delictivo* (*cit.*, nota 201, p. 9) reconoce que "la capacidad instalada en la mayoría de los centros preventivos y de readaptación social ha sido rebasada, propiciando el hacinamiento, lo que impide que el interno tenga una vida digna y se asegure su integridad física y mental". Sorprende que

3) *Prisiones de máxima seguridad y fortalezas penales*. La sobrepoblación y el hacinamiento de los que hablábamos, así como la consideración de la tan polémica peligrosidad de los delincuentes, han dado lugar a la construcción de nuevos complejos carcelarios. No entraremos al análisis de si esto es positivo o negativo o si las prisiones privadas sean la opción del presente o quizá del futuro. La problemática que deseamos tratar es la siguiente: esas nuevas infraestructuras carcelarias, que podríamos denominar, junto con César Barros Leal,[224] "megacárceles", son una gran promesa tecnológica pero poco operativas, dado que los costos de la misma hacen difícil su mantenimiento y en no pocas ocasiones imposible su reposición. Pero más allá de las cuestiones económicas, podemos observar que entre más huéspedes albergue un centro penitenciario, de menor calidad será el tratamiento y la atención que se preste a los mismos, lo que ocasiona la deshumanización del tratamiento penitenciario. De esta forma, los presos pierden su nombre y se convierten en un número; entre las cuatro paredes de la celda surge de nueva cuenta el sistema celular: aislamiento, escasa relación inter-presos y ni qué decir de la relación autoridades-internos. Esta situación ha ocasionado el incremento en el número de agresiones y suicidios, que son la culminación de depresiones endógenas o de neurosis represivas activas, aquello que Ferri denominara "locura penitenciaria" y que se traduce en psicosis de situación.[225]

Así, debe reconocerse que la problemática de la criminalidad no se resuelve con la construcción de un mayor número de instalaciones de reclusión, sino con la prevención de la comisión del delito. A lo cual podríamos agregar: mucho menos con la construcción de complejos penitenciarios que se distancian aún más, por su frivolidad y despersonalización, de la tan aclamada readaptación social. Si las prisiones pequeñas son acusadas por su escasa funcionalidad, el estrepitoso fracaso de sus tratamientos y las no pocas ejecuciones extrajudiciales, ¿qué

éstas sean las palabras del propio Poder Ejecutivo Federal, y aunque no nos dice nada nuevo ni desconocido, es al menos un tanto reconfortante que el propio poder encargado de la ejecución de la pena de prisión reconozca que no está cumpliendo cabalmente con su labor, aún más si habla de "vida digna".

[224] Barros Leal, César, "La ejecución penal en América Latina y el Caribe: realidad y desafíos", *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. III. Ejecución de penas. IV. Menores infractores. V. Justicia penal internacional y sistemas nacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 42 y ss.

[225] Neuman, Elías, "La prisión como control social en el neoliberalismo", *op. cit.*, nota 214.

podremos esperar de una fortaleza penal *cuasi* militar donde importa más el control y la sumisión de los presos que el efectivo tratamiento?

4) *Pobreza y educación. ¿Clonación penal?* Si como decíamos la pobreza no es sinónimo de delincuencia, resulta curioso que en las prisiones encontremos sujetos parecidos —por no decir iguales—, como si hubiesen sido clonados o como si una degeneración genética (ni qué decir social) los propiciara para el encierro. Pero si bien esto no es científicamente comprobable, al menos hay algo que los relaciona o que es común a los mismos: un gran porcentaje de la población penitenciaria (Neuman refiere el 90 o 100%) es de origen humilde, y muchos han vivido en carne propia el hambre, el desempleo, la falta de asistencia sanitaria y una deficiente educación, sujetos a los que, por una u otra circunstancia (con el común denominador de una infracción penal), se vuelve a marginar en un nuevo escenario o pequeña comunidad: la prisión.

Y aunque en ocasiones se diga que la pobreza (que de hecho no pocas veces se niega su existencia) no es un factor determinante para la comisión de ilícitos penales, las cifras oficiales muestran que en el índice delictivo del Distrito Federal el robo (de vehículo, a transeúnte, a cuentahabiente, a casa habitación con violencia, a transportista, a negocio con violencia y "otros robos") ocupa el primer lugar con 69,301 casos sólo durante 2006; "otros delitos" ocupan el segundo puesto con 61,299 casos reportados; el delito de violación ocupa el tercer lugar con 1,075 denuncias; en tanto que el cuarto y quinto puestos les corresponden al homicidio doloso, con 553 casos, y los relacionados con la privación ilegal de la libertad, con 342.[226]

Por otra parte, recientemente la revista *Proceso* publicó un artículo en el que se sostiene (para nosotros de manera por demás cuestionable) que la violencia intrafamiliar "nada tiene que ver con el nivel educativo... De hecho los

[226] Cifras al 18 de noviembre de 2006. *Informe sexenal de actividades de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal, 2000-2006*, disponible en *http://portal.ssp.df.gob.mx/Portal/ComunicacionSocial/Informes/InformedeResultados SexenaldelaSSP20002006.htm*. Coincidentemente, la Cuarta Encuesta sobre Inseguridad 2006 (ENSI-4) arroja que el robo a transeúnte representa más de la mitad del total de la delincuencia (con el 55.8%). Los resultados completos de la Encuesta pueden verse en la página Web del Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad, A. C.: *http://www.icesi. org.mx/documentos/encuestas/encuestasNacionales/ensi4_urbana.pdf*.

hombres sin instrucción pegan menos... Lo hacen más los que tienen la secundaria completa o la preparatoria".[227]

Decimos que se trata de una afirmación cuestionable en virtud de que las estadísticas que se realicen únicamente con base en el historial escolar o académico de los sujetos activos de aquellos casos conocidos[228] son, siendo benignos, poco confiables y un tanto distantes de la realidad. Consideramos que la educación no sólo comprende la "escolar", sino que —y más importante aún— debe comprender la "familiar", es decir la que recibimos en casa, tanto de manera directa (conversaciones y en ocasiones regaños y castigos —y en no pocas veces golpes—) como indirecta (lo que vemos y escuchamos en el seno del hogar). Más aún si tomamos en cuenta que la personalidad de un ser humano se forma y adquiere sus contornos en los primeros cinco años de vida.

De acuerdo con la revista en comento, una de cada cinco mujeres sufre actualmente violencia de su pareja, una de cada tres la ha sufrido alguna vez, y dos de cada tres (60%) la han sufrido alguna vez en la vida. Si los niños crecen en un ambiente "mal-educativo" de esta naturaleza, es muy probable que la historia se repita. Y con esto no sólo nos referimos al delito de violencia intrafamiliar, sino que esa violencia, comúnmente traducida en golpes, puede ser el comienzo de una historia con un desenlace fatal: el homicidio.

Un caso paradigmático de lo arriba reseñado se presentó en la ciudad de Granada, España, cuando en 1997 Ana Orantes, de sesenta años de edad, fue quemada viva por su ex esposo tras haber participado en un programa televisivo en el que narró las golpizas que éste le propinó durante sus cuarenta años de matrimonio. Ocho años más tarde, el 16 de mayo de 2005, uno de sus hijos fue detenido por la policía de dicha ciudad luego de que su esposa lo denunciara por haberla golpeado. Esa es la educación y la tara que desafortunadamente muchos

[227] Mejía Madrid, Fabrizio, "México violento. El miedo considerado como una de las bellas artes", *Proceso*, México, núm.1469, 26 de diciembre de 2004, pp. 6-8.
[228] Sin descartar que la cifra negra (esto es, delitos no denunciados; delitos que no dan lugar a una averiguación previa a pesar de haberse denunciado; pluralidad de delitos en un solo incidente, y que por ello quedan consignados en una sola averiguación previa; o delitos que no se registran por deficiencias en el sistema estadístico oficial) suele ser muy superior a la cifra conocida.

de nuestros niños reciben y a los que, posteriormente, ya en su edad adulta, deseamos eliminar mediante la pena de prisión.

Y como acertadamente narra Fabrizio Mejía: “La violencia es habitual y pasa del rencor familiar a cortarle una oreja al secuestrado”.[229]

A lo anterior podríamos agregar un aspecto más: la “educación criminal”. Si el jefe de familia es ladrón de oficio y delincuente de profesión, es común y hasta natural que toda la familia se involucre en la empresa. En este caso, sus hijos, generalmente sin estudios ni preparación de ningún tipo o especie, creerán que el crimen es la manera más sencilla de ganarse la vida y de mantener en un futuro a la propia. Si el *pater familias* fuese detenido, procesado y sentenciado a X cantidad de años en prisión, es muy probable que sus hijos seguirán el ejemplo y el camino trazados por su padre, ya que ahora la necesidad apremia en virtud de que la principal fuente de ingresos se encuentra recluida.

En el supuesto contrario, en tratándose de un jefe de familia no-delincuente pero que por circunstancias especiales se enfrenta al rigor del sistema penal, la privación de la libertad, sin importar si es de corta o larga duración, ocasionará un daño aún mayor a la familia, ya que los hijos deberán abandonar sus estudios para sumarse a la población económicamente activa y contribuir al mantenimiento del hogar, y ante la inminente pobreza por la falta de fuentes de trabajo y de salarios remuneradores, quizá el único camino que se dibuje en su horizonte sea el de la delincuencia.

Esta situación, prohibida por las legislaciones penales del mundo, se resume doctrinalmente bajo el término *trascendentalidad*.

Así, en gruesas líneas, no podemos negar que la pena de prisión, fuera de los efectos que trae aparejada para el que la sufre, afecta de una manera cruel y en ocasiones irremediable a toda la familia. Del seno de la cual emergerán los nuevos y cada día más jóvenes criminales.

[229] Mejía Madrid, Fabrizio, *op. cit.*, nota 227, p. 8.

5) *¡Un "segundo piso" en la prisión!* Muchos de los "ocupantes" de los centros preventivos y de readaptación social son procesados, "es decir, privados de su libertad sin que se les haya dictado aún la sentencia respectiva... *no se separan los reclusos sujetos a proceso de los ya sentenciados*", en palabras del "Programa emergente de acciones para afrontar el fenómeno delictivo", lo que constituye una flagrante violación al artículo 18 de nuestra Constitución política según el cual: "el sitio [donde se aloje a los sujetos en prisión preventiva] será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados". Esta situación agudiza aún más el contagio criminal al que hacíamos referencia líneas arriba, y junto con él o en forma independiente emerge como un factor más de rechazo a la pena de prisión.

Pero aquí debemos referirnos a una situación de inevitable mención: el sistema penal mexicano enarbola la presunción de inocencia como uno de sus más importantes principios; tan es así que la iniciativa de reformas enviada por el Poder Ejecutivo al Senado de la República, en 2004, proponía reformar la fracción I, apartado A, del artículo 20 de la Constitución, "a efecto de contemplar expresamente la presunción de inocencia, en aras de precisar la obligación de todas las autoridades de respetar el derecho humano en comento", así como suprimir de la fracción I, apartado A, del artículo 20, la facultad del Ministerio Público de oponerse a la libertad bajo caución en los delitos no graves, y con ello "potencializar el principio de inocencia".[230]

Pero por sentido común y lógica jurídica resulta incongruente la vehemencia por establecer constitucionalmente y con mayor énfasis el principio de presunción

[230] "Iniciativa de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", México, 29 de marzo de 2004, pp. 5 y 6. Con las reformas propuestas, el artículo 20 quedaría como sigue:

"Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el imputado, la víctima o el ofendido, tendrán los siguientes derechos:

A. Del imputado:

I. A la presunción de inocencia mientras no se declare que es responsable por sentencia emitida por los tribunales competentes.

Gozará de su libertad, salvo las siguientes excepciones, de conformidad con la ley:

a) Cuando se trate de delitos calificados como graves, sin perjuicio de lo que disponga el juez;

b) En el caso de los delitos no graves, sancionados con privativa de libertad, cuando no se garantice la reparación del daño, y

c) En los delitos graves y no graves cuando el juez decrete la revocación de la libertad provisional" (p. 29).

No obstante que al día de hoy dicha propuesta no ha prosperado, el respeto a dicho principio es una obligación internacional del Estado mexicano al haber suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues dicho instrumento, en el artículo 8.2, señala que: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".

de inocencia con el trato de “culpable en espera de sentencia” que se le da a los individuos en prisión preventiva. Ante este panorama, o se construye un segundo piso en la prisión para la efectiva y real separación entre procesados o sentenciados, mejorando las condiciones de vida de los primeros respecto de las de estos últimos, o se conserva la prisión preventiva, si se quiere, únicamente para delitos que vulneren el bien jurídico de mayor valor (la vida) y cuando existan causas que la justifiquen en virtud de la clara e inminente posibilidad del sujeto a sustraerse de la justicia (y sólo en los supuestos de infracción penal de extrema gravedad).

Pero esta incompatibilidad se acrecienta cuando el procesado (en teoría y por ley “inocente”) come, duerme y vive en las mismas condiciones que el declarado culpable por sentencia firme,[231] aun cuando después, en no pocos casos, venga el “usted disculpe”.[232]

Por lo tanto, como acertadamente señala el doctor Sergio García Ramírez,

> ...es preciso clasificar a los prisioneros si no queremos convertir a la prisión en un infierno de catálogo. La mayor parte de las cárceles son generales, como los hospitales. En éstas se alojan, clasificadamente, pacientes de diversos males. Y en aquéllas se captura, también clasificadamente, a reos de distintas categorías. Ahora bien, el hecho de que en una sola prisión estén individuos disímbolos trae consigo problemas graves y costos elevados; por lo pronto, la custodia ha de ser tan rigurosa y severa como se necesite para contener a los más indóciles; el edificio tiene que contar con las más poderosas y ocurrentes precauciones contra fugas, como si todos los prisioneros tuvieran la misma obsesión por evadirse y la misma capacidad para lograrlo. Esto,

[231] De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “se incurriría en una violación a la Convención [Americana] al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos”. “Caso Tibi *vs.* Ecuador”, sentencia del 7 de septiembre de 2004, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm*.

[232] Al respecto, resulta ilustrativo el caso del ingeniero Raúl Salinas de Gortari (hermano del ex presidente de México Carlos Salinas de Gortari), quien luego de 10 años de estar en prisión (algunos de los cuales vivió en el penal de máxima seguridad de “La Palma”, y luego en el de mediana seguridad de “Santiaguito”), obtuvo su libertad por no existir suficientes elementos que acreditaran su responsabilidad como autor intelectual del homicidio de su entonces cuñado José Francisco Ruiz Massieu, acribillado en 1994 en la ciudad de México.

> que es suficiente para unos, los menos, resulta excesivo para otros, los más. Porque es un hecho que los presos "imposibles" son una apretada minoría, en tanto que los manejables, más o menos, son la más holgada muchedumbre. Exactamente como en la vida libre.[233]

Quizá los inocentes en prisión —incluidos los en prisión preventiva— nos causen horror, pero en la Argentina, por ejemplo, ante la interrogante: "qué es mejor para la sociedad: ¿encarcelar a un inocente o dejar libre a un culpable?",[234] el 42% de los entrevistados se inclinó por la primera alternativa, el 48% lo hace por la segunda, y el 6% respondió que "depende de las circunstancias".[235] Cifras preocupantes "en cuanto indican una conformidad con posiciones más represivas que implican el recorte de derechos y garantías individuales... en el contexto de una sociedad que se reconoce transgresora y poco respetuosa de la ley, que no confía en las instituciones públicas y que percibe que el gobierno y los demás no cumplen la ley".[236] Desafortunadamente, las cifras para México respecto a esta cuestión son sorprendentemente similares: 46.7% de los entrevistados opinó que es peor encarcelar a un inocente, 40.6% consideró que es peor dejar libre a un culpable, 5.2% cree que *depende* de las circunstancias, 4.1% mencionó otra opción, 2.5% dijo no saber y 0.9% no respondió.[237] De esta forma, sorprende que casi la mitad de los mexicanos entrevistados consideraran preferible castigar a un inocente que correr el riesgo de dejar en la impunidad a un responsable.

6) *La muerte en prisión*. No es un secreto, gracias a los medios de comunicación masiva, que dentro de las prisiones los delitos son el pan de cada día. Tráfico de influencias, de estupefacientes, lesiones en riña, ya sea por comida o espacio o por ajuste de cuentas, evasiones, motines y ejecuciones

---

[233] García Ramírez, Sergio, *Los personajes del cautiverio: prisiones, prisioneros y custodios*, México, Porrúa, 2002, p. 183.
[234] Aunque la pregunta es un tanto capciosa (porque el encarcelar a un inocente implica necesariamente que el culpable está libre y por ende se constituye en beneficiario directo de la "impunidad"), es muy ilustrativa de la falta de congruencia que en no pocas ocasiones se presenta en los seres humanos: sacrificar a unos cuantos en beneficio de la mayoría, pero ¿qué pasaría si los sacrificados son ellos mismos? Irremediablemente cambiarían de opinión, ya que nadie desea ser el cordero que paga por los pecados de la sociedad.
[235] Hernández, Antonio María *et al.*, *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica*, México, Asociación Argentina de Derecho Constitucional-Idea Internacional-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 79.
[236] *Ibidem*, p. 80.
[237] Concha Cantú, Hugo A. *et al.*, *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-Comisión Federal de Mejora Regulatoria-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 37.

extrajudiciales[238] son los delitos que ocupan la mayoría de las veces los titulares de periódicos y noticieros. Sus causas: el hacinamiento, la sobrepoblación, la búsqueda de medios de subsistencia, el liderazgo en prisión y la necesaria pertenencia a grupos carcelarios con sus consecuentes luchas por el poder y control dentro de la prisión, recrudecen el problema y aumentan las posibilidades de morir en un sitio en el que el espacio es el bien más valioso; en el que el estado de alerta es la forma común y ordinaria de vida; en el que el más mínimo descuido es la diferencia entre morir y permanecer muerto en vida, esta última como la mejor opción.

Sin embargo, las ejecuciones extrajudiciales no son sólo obra de los mismos reclusos, sino que en muchas ocasiones son el "escarmiento" de la autoridad contra aquellos rebeldes que se sublevan, que exigen mejores condiciones de vida, un trabajo digno en la prisión o que se quejan ante órganos defensores y protectores de los derechos humanos. No hay mejor lugar que la prisión para darnos cuenta de los salvajes e inexplicables instintos del ser humano.

Así las cosas, las enfermedades, los aparentes suicidios, los verdaderos suicidios y los asesinatos ocurridos en los centros de readaptación/corrección social constituyen una paradoja en la ejecución penal, ya que muchas veces, quienes están destinados a corregir, enseñar y readaptar son quienes torturan, jalan el gatillo o empuñan el arma homicida. De esta forma, la pena de prisión no es ya la simple privación del derecho a la libertad, sino que se convierte en un cruel juego de matar para vivir en el que, como sucede en la naturaleza, el fuerte está destinado a ganar y el débil a sucumbir, todo lo cual acontece frente a los ciegos ojos y oídos sordos de la sociedad que más que pedir, exige que todo delito se castigue con prisión.

Luego entonces, si no podemos evitar las ejecuciones extrajudiciales en un centro de readaptación social con un número de presos aparentemente

[238] A decir de Neuman ("La prisión como control social en el neoliberalismo", *op. cit.*, nota 214), la pena de prisión se convierte en una pena de muerte extrajudicial, "pues tanto la administración carcelaria como la policía son órganos formales del control punitivo del Estado que, por acción u omisión, producen esas muertes evitables".

controlado, donde en teoría no cuentan con armas y están sujetos a una estricta vigilancia y control, ¿cómo podremos emprender dicha empresa en una ciudad, por poner el ejemplo de la de México, con 20 millones de habitantes y en la que todo ciudadano tiene derecho a poseer dos armas de fuego para su "defensa"?

Ante estas desafortunadas situaciones, "el juez que priva de la libertad debería saber que está condenando un poco a la muerte".[239]

7) *Códigos de honor*. Cuando una persona es ingresada a la prisión no sólo debe cumplir con las reglamentaciones y normativas dictadas por el Estado y ajustar su comportamiento y forma de vida a las mismas, sino que se enfrenta a una "ley" más fuerte e imponente que la propia amenaza estatal de incrementar su permanencia en dicho lugar ante conductas que pongan en riesgo la "sana" convivencia social dentro de la prisión. Si bien dentro de la misma el dinero es indispensable, ya que facilita el traslado a pabellones de *primera clase* (de detenidos), el acceso a alcohol, drogas, tabaco y armas e incrementa, por no decir asegura, la posibilidad de tener relaciones homosexuales o heterosexuales, la moneda de curso "legal" dentro de la misma es la sangre: deudas económicas no saldadas, favores no correspondidos y un sin fin de situaciones que incuestionablemente se convierten en futuras muertes. Pero el dinero no lo es todo: los homicidas se horrorizan frente a un violador, este último ante un parricida (ahora homicidio en razón de parentesco, aunque los términos en realidad no le interesan), éste frente a quien en libertad vistió un traje policial o militar, el cual a su vez se incomoda al compartir sus aposentos con un homosexual, y todos ellos comparten un odio común contra el confidente de autoridad o "soplón". Así, estas personas corren un mayor riesgo de sufrir una muerte violenta sin posibilidad de apelación, y esto sin contar la tortura (no siempre policial) o las agresiones sexuales a las que son sometidos como un extra de castigo, convirtiéndose los mismos delincuentes en ajustadores de cuentas sociales.

Ante la complejidad de la situación el recluso se enfrenta a una nueva disyuntiva: o cumple las leyes estatales o los códigos de honor carcelarios. Si se

[239] *Idem*.

inclina por la primera alternativa es muy probable que nunca salga con vida de prisión; si opta por la segunda es casi seguro que su estancia en ella se incremente de manera paulatina con el paso del tiempo.

Sin embargo, quizá por la globalización y debido a que los ingresos que perciben los funcionarios encargados de corregir, vigilar y controlar los centros penitenciarios pierden el valor adquisitivo que en realidad nunca tuvieron, esos códigos de honor, en otros tiempos rígidos e inmutables, se han sido fracturando hasta convertirse en instrumentos de negociación entre autoridades y reclusos. A un huésped incómodo para los funcionarios pueden los reclusos aplicarle el código de honor bajo el argumento de la “atrocidad” del delito que cometió; mismos que, como contraprestación, recibirán quizá una carta de buena conducta a efecto de obtener su libertad condicional, la remisión parcial de *su* pena o quizá el “favorcito” signifique ingresar a las selectas listas de preliberación.

De esta forma, la prisión se convierte más en un centro de negocios que en uno de readaptación.

8) *Monotonía carcelaria*. Si bien ya hicimos referencia a los temibles códigos de honor dentro de las prisiones, no menos temibles y sorprendentes resultan los dictados por la sociedad a través del Estado para regular la vida carcelaria. Levantarse a determinada hora todos los días, comer el mismo menú semana tras semana, convivir con las mismas personas, interactuar en el mismo ambiente, las mismas celdas, el mismo hedor y el ocio forzado, constituyen una sanción más, en la realidad implícita, a la pena de prisión.

El hecho de que un sujeto sea recluido en una celda como consecuencia de sus actos realizados en libertad no significa que aparte de la muerte social, inevitable al segregarlo de la comunidad, se le induzca una muerte mental. Son delincuentes, sí, pero no por ello dejan de ser personas con necesidades de todo tipo. Lejos de crear sujetos preparados para vivir en libertad estamos manufacturando robots acostumbrados a vivir en una sociedad de la que difícilmente podrán desprenderse cuando el cautiverio llegue a su final.

Y si bien es cierto que la readaptación depende en un gran porcentaje de la voluntad del reo, también es cierto que sin la motivación y los medios necesarios para hacerlo, el sistema carcelario y penitenciario están condenados al fracaso. Por lo tanto, una de las medidas urgentes y necesarias es luchar con la monotonía en la prisión, organizando cursos, pláticas, talleres y conferencias que más que mostrar los barrotes detrás de los que se encuentran y de constituir un reproche a su vida pasada, configuren una luz al final del túnel que les brinde un rayo de esperanza y de conciencia de que poseen los medios necesarios para convertirse en personas social y emocionalmente responsables, vinculadas con la sociedad de la que fueron apartados.

9) *La prisión: su ineficacia frente a las nuevas posibles causas de cuasi inimputabilidad*. Los avances tecnológicos y la evolución de las ciencias médicas son algunos de los incontables logros de los seres humanos en el siglo XX y principios del XXI; sin embargo, esa nueva tecnología y los más recientes descubrimientos médicos vienen a constituir un nuevo reto para los sistemas de justicia penal de todo el mundo. Esto en virtud de que ya no sólo se contempla lo social, lo cultural y lo psicológico como causas-efectos de la violencia y la criminalidad, sino que dichos avances han permitido y orillado a los pensadores jurídicos a tomar en cuenta otros factores no menos importantes y complejos que los anteriores, mismos que, si se me permite, podrían llegar a constituir nuevas causas de inimputabilidad o *cuasi* inimputabilidad, tópico que en un futuro no muy lejano llevará a la mesa de discusión las implicaciones éticas de los mismos.

Los instintos, los factores ambientales, los trastornos mentales y las vivencias traumáticas (el abuso infantil, la violencia intrafamiliar, entre otras) han sido los objetivos principales en cualquier investigación que busca explicar las causas de la violencia y su relación con el aumento de la criminalidad, pero las últimas tecnologías y el advenimiento de la neurociencia y la neurogenética han llamado la atención de los científicos hacia los genes y la biología. De hecho, durante una reunión celebrada en Londres en febrero de 1995, neurólogos, biólogos y psiquiatras concluyeron que “existen genes que predisponen a la

violencia y al crimen".[240] Y aunque no todos se manifiestan en el mismo sentido, es necesario empezar a tomar en cuenta los *factores biológicos*, que comprenden los "cuadros neuropsiquiátricos diversos, lesiones visibles o microscópicas del sistema nervioso central, disturbios bioquímicos, anomalías genéticas o efectos de fármacos lícitos o ilegales en sustratos anatómico-funcionales determinados".[241] Lo que, utilizando una terminología más sencilla, se refiere a si la existencia o no de anomalías anatómico-funcionales desinhibe el comportamiento de los individuos que los haga susceptibles a la agresividad, la violencia y la criminalidad; situaciones que, discutible o no, podrían constituirse en nuevas causas de imputabilidad atenuada al momento de individualizar la pena o, aún más, en verdaderas causas de inimputabilidad.[242]

Así, por ejemplo, algunos estudios recientes han demostrado que los niveles bajos de serotonina[243] en el cerebro están relacionados con una mayor predisposición a la agresividad e hiperirritabilidad. De igual forma, la dopamina y la noradrenalina o norepinefrina son otros agentes químicos que, al parecer, se encuentran en una mayor cantidad en los cerebros de aquellos que cometen homicidios.[244] Además, la fatídica combinación de altos niveles de testosterona y bajo nivel de azúcar en sangre contribuye a que una persona, en apariencia normal, se convierta en agresora y transgresora.

Por lo que hace a la genética, en Dinamarca un grupo de científicos, liderados por Mednick y Christiansen, realizó un análisis de las relaciones entre agresión humana y tipo cromosómico XYY. Los resultados arrojaron que "los hombres con patrón XYY, aunque tenían más posibilidades de estar en prisión, era poco probable que sus crímenes tuviesen una naturaleza violenta. De hecho, las causas de encarcelamiento solían ser pequeños hurtos".[245] Por el contrario,

---

[240] Matey, Patricia, "Biología de la agresividad. Tras los genes de la ira", suplemento de salud 142 de *El Mundo*, visible en *www.elmundo.es/salud/1995/142/00666.htm*.
[241] Alarcón, Renato D. y Trujillo, Jaime, "La contemporaneidad de la violencia y su afronte multidimensional", *ALCMEON. Revista Argentina de Clínica Neuropsiquiátrica*, año VIII, vol. 6, núm. 3, noviembre de 1997.
[242] Siendo esto así, ¿los sujetos serán penalmente responsables por fallas o anomalías físico-biológicas no imputables a ellos mismos?
[243] Algunos estudios han corroborado que este neurotransmisor tiene un papel importante a la hora de suprimir las conductas agresivas o, al contrario, desencadenarlas. Matey, Patricia, *op. cit.*, nota 240.
[244] *Idem*.
[245] Rosenzweig, Mark R. y Leimann, Arnold I., *Psicología fisiológica*, citados por Matey, Patricia, *idem*.

otro grupo de investigadores comprobó que un sujeto que había asesinado a un grupo de enfermeras tenía un extraño patrón cromosómico XYY.

Pero por el momento, al no poseer aún estudios contundentes al respecto o al menos cierta uniformidad entre los investigadores científicos, sólo podemos dar un panorama general de la cuestión y concebirla como un futuro reto, cada día más cercano, sin duda, que deberán enfrentar los sistemas punitivos estatales.

Pero llegados a este punto, cabría preguntarnos: nuestro sistema penal en general, y la pena de prisión en particular, ¿están preparados para hacer frente a estos nuevos descubrimientos?

Si los estudios psicológicos que se elaboran dentro de la prisión se asemejan más a encuestas de *vox populi* que a verdaderos estudios de personalidad y tendencias criminales, ¿cómo podremos determinar el tipo de tratamiento que requiere un prisionero con bajos niveles en algún neurotransmisor, altos niveles de testosterona, insuficiencia calorífica, o extraños patrones genéticos? ¿La prisión está preparada para recibir a estos sujetos?[246]

Si no podemos evitar el contagio de ciertas enfermedades, entre las peores el SIDA, dentro de nuestras prisiones; si no podemos otorgarles el tratamiento necesario para curar sus males, para los cuales ya existe un tratamiento; si no podemos evitar que sujetos biológicamente sanos, en un ambiente de aparente vigilancia y control, se maten unos a otros, ¿cómo vamos a protegerlos y protegernos de esta nueva “amenaza”?

Si los tratamientos tendentes a la readaptación social (educación, trabajo y capacitación para el mismo) no readaptan a los biológicamente sanos, no queda más que preguntarnos: ¿qué sucederá con los sujetos que padecen este tipo de trastornos anatómico-funcionales? Sujetos que irremediablemente se convertirán

[246] Aun existiendo centros de readaptación psicosocial para los enfermos mentales, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (visible en *www.cdhdf.org.mx/index.php?id=dienfermedad*, al 29 de abril de 2005) comprobó que algunos de éstos se encuentran en zonas de aislamiento ubicadas en distintos dormitorios, principalmente en el Centro de Observación y Clasificación, donde permanecen encerrados, hacinados y sin atención médica ni medicamentos. Así las cosas, ¿a dónde enviaremos a este nuevo tipo de “enfermos”?

en víctimas o victimarios bajo la mirada atónita de la sociedad y del sistema de justicia penal, quienes sólo alcanzarán a esbozar: “¿qué estamos haciendo mal?”.

10) *Defensa teórica, indefensión práctica*. De acuerdo con la Constitución mexicana, toda persona tiene derecho a defenderse de las pretensiones de su contraparte en igualdad de condiciones y circunstancias, controversia que necesariamente deberá conocer y resolver un órgano competente del Estado, dotado del imperio de hacer que sus resoluciones sean acatadas y ejecutadas, todo esto conforme a lo que establece la legislación aplicable al caso. En el derecho penal, este principio es formalmente igual pero en la práctica claramente disímil. En la averiguación previa los sujetos intervinientes son el “acusado” y la víctima del supuesto delito, y el órgano representante del Estado y subsidiariamente del interés de la colectividad es el Ministerio Público, quien finalmente decidirá o no ejercitar la acción penal en contra del individuo señalado por ésta como probable responsable. A simple vista, el principio consagrado al inicio de este parágrafo parecería corresponderse con la práctica en la etapa de averiguación previa, donde el órgano del Estado (i.e. el Ministerio Público) es imparcial y se limita a conocer los hechos y efectuar las investigaciones correspondientes para así estar en aptitud de constatar la efectiva realización de un hecho tipificado por las leyes penales como delito y la probable responsabilidad del sujeto por la comisión del mismo. Y en efecto, así podría entenderse. Pero si hacemos una comparación entre la vida humana y la “vida del proceso penal”, entendido este último no sólo como el desarrollo del procedimiento ante el órgano jurisdiccional, sino mirándolo desde su gestación en la averiguación previa (porque es hasta este momento en el que formalmente se habla de la comisión de un delito) como un conjunto de eventos concatenados y unidos entre sí, es cuando la viciosa teoría nos lleva a la realidad de la indefensión práctica. Me explico. Culminada la fase de averiguación previa con la decisión positiva de consignar al probable responsable ante el órgano jurisdiccional —el juez penal—, quien finalmente posee imperio para resolver la controversia, mágicamente quien en la etapa anterior tenía la facultad de considerar los hechos y de hacer una valoración objetiva e imparcial de los mismos, se transforma como por arte de magia en el

representante de los intereses de la víctima u ofendido por el delito, y desde ese momento se inmiscuye en el proceso penal como la contraparte del probable responsable en un juego de roles que se intercambian a conveniencia. Y aunque no está de más dar algunos ejemplos de las implicancias que estas particularidades ocasionan, nos referiremos solamente a dos de ellas: la falta de congruencia y la falta de objetividad. Si el Ministerio Público es quien consigna al probable responsable de un delito con la imparcialidad y objetividad que legalmente se exige, ¿en qué momento debe desprenderse de las mismas para convertirse en la contraparte del supuesto delincuente? ¿Cómo en una primera etapa (averiguación previa) afirma que existen elementos que acreditan la *probable* responsabilidad del sujeto y en una posterior toma el papel de la víctima, afirmando y sosteniendo la responsabilidad del procesado? ¿En qué momento convierte su hipótesis de probabilidad en certeza? ¿Cómo es que un "juez"[247] *sui generis* se convierte en parte? Quizá una posible solución sería la creación de una Fiscalía para representar a la víctima y de manera subsidiaria los intereses de la sociedad y en la que el Ministerio Público no tuviese ninguna participación, y por qué no, dotar a este último de autonomía respecto del Poder Ejecutivo; temas éstos que exceden con mucho el propósito de estas líneas, por lo que sólo los mencionamos de manera incidental.[248]

VI. Problemas en su aplicación

Los problemas en la aplicación de la pena de prisión que a continuación presentamos, como el mismo título enuncia, no se refieren a la pena de prisión en sí misma, sino a la *aplicación* abusiva (o inaplicación, según el caso) que se ha hecho de ella, ya que no solamente se ha utilizado para sancionar conductas delictivas que aboguen por la sana convivencia y la paz social, fin último de los sistemas punitivos nacionales, sino que ha sido empleada a conveniencia para

[247] Utilizamos el término juez porque si bien no dice la última palabra ni resuelve la controversia en cuestión, decide sobre la probable responsabilidad o no de un determinado sujeto, decisión que puede implicar, y de hecho implica, la privación de la libertad de un individuo.

[248] Sobre la independencia o autonomía orgánica del Ministerio Público en relación con el Poder Ejecutivo pueden verse: Carbonell, Miguel, "Reflexiones sobre el monopolio de la acción penal y la autonomía del Ministerio Público" y Fix-Zamudio, Héctor, "Presente y futuro del Ministerio Público en México", ambos en Carbonell, Miguel (coord.), *Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 147-162 y 15-57, respectivamente; Carpizo, Jorge, "El Ministerio Público chiapaneco como órgano constitucional autónomo", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 14, enero-junio de 2006, pp. 287-296.

lograr objetivos personales, políticos, electorales o bajo argumentos viciados de seguridad nacional; situación que ha provocado insatisfacción, descontento y falta de credibilidad de la sociedad tanto en la pena de prisión como en el sistema penal en su conjunto, y que en posturas quizá un tanto fundamentalistas,[249] y en muchas ocasiones no muy desapegadas de la realidad, llevan a algunos a cuestionarse sobre la propia legitimidad del Estado para *vigilar y castigar*.

1) *Insatisfacción social: impunidad e instintos primitivos*. Al correr del tiempo, la sociedad se ha dado cuenta de que el sistema penal en general, y la pena de prisión en particular, no ha sido, ni es, ni probablemente será la respuesta a todas sus plegarias. Hay insatisfacción social no sólo con las políticas que tienden a la disminución de los índices delictivos (que hasta el momento no han dado los resultados que se esperaban), con los políticos, con la policía y con los miembros de la sociedad entre sí. Existe una cultura de la apatía en la que se piensa que todo está mal, que todo político es corrupto, que todo policía tiene un precio, que todos los abogados se venden, que todos somos delincuentes... Y lo más preocupante aún: que lo que reina es la injusticia y que no hay poder humano que pueda salvar o al menos revertir esta situación. Frente a este sombrío cuadro resurgen los instintos más primitivos y deleznables de los que los seres humanos somos capaces, y para obtener muestras de ello sólo basta con echar un vistazo al pasado y quizá a nuestro presente.

Guerras, invasiones, linchamientos y atentados terroristas son sólo un botón de muestra de que confiamos más en los medios violentos que en la legalidad y el derecho para reestablecer el equilibrio entre justicia e injusticia; otros más para obtener fines mezquinos cubiertos por una capa de legalidad o manifiestamente ilegales. Sin embargo, según los actores de estas sórdidas conductas, todos estos actos tienen su debida y legítima justificación, y mientras haya quienes les otorguen y crean en la legitimidad de sus justificaciones más difícil será erradicarlos de nuestra vida diaria y de nuestro planeta.

[249] Utilizamos esta expresión “de moda” para referirnos a una posición extremista, y en muchos casos, que no es el nuestro, empleada como sinónimo de intolerancia.

Pero regresando al ámbito local, ¿una sociedad desencantada con la administración e impartición de justicia estaría dispuesta a asesinar a sangre fría? Más aún: ¿sería legítima su justificación? Desde luego que no. Ningún acto de esta naturaleza es ni puede ser justificable bajo ninguna circunstancia. Luego entonces, ¿por qué el 34.9% de los mexicanos entrevistados[250] piensa que una comunidad tiene el derecho de tomar el castigo en sus manos en el caso de un homicidio donde las autoridades no actúan al respecto? ¿Por qué 13.2% más piensa que sí tiene ese derecho, aunque sólo en parte (otorgándole cierta legitimidad a su justificación)? De la suma de estas cifras resulta que el 48.1% de los entrevistados considera aceptable, total o parcialmente, la justicia por propia mano.

Una probable respuesta a los porqués nos la dan Hugo Concha, Héctor Fix-Fierro, Julia Flores y Diego Valadés:

> Ésta es una expresión de inconformidad ante las limitaciones de las autoridades para ejercer la acción penal así como una clara manifestación de la erosión del funcionamiento de las instituciones encargadas de investigar y sancionar las conductas ilegales.
>
> Los casos de justicia por propia mano [podríamos agregar además los mencionados anteriormente] corren el riego de volverse un problema mayor si no se logra expandir en mayor grado la cultura jurídica, pero ésta no puede obtenerse sin un funcionamiento más eficaz y garantista de las instituciones de seguridad y de justicia... Al fracasar el Estado como proveedor de un mínimo de seguridad para la convivencia social, toda la legitimidad de éste y su capacidad de gobierno se ven seriamente amenazadas. En otras palabras, los problemas de seguridad que claramente quedan evidenciados con estos instrumentos están dando

[250] Concha Cantú, Hugo *et al.*, *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, *cit.*, nota 237, p. 27.

cuenta de los riesgos a la incipiente gobernabilidad democrática del país.[251]

Complementando a la anterior, podríamos dar una respuesta más: quizá debido al estado de desesperación en que se encuentra la sociedad porque las cosas siguen igual, porque el sol no sale y el cambio se pospone sexenio tras sexenio, y porque en este terreno minado por la desesperanza damos cabida al resurgimiento de nuestros más primitivos instintos.[252]

2) *Poca credibilidad en el sistema penal y en sus instituciones*. El desánimo y la falta de confianza han invadido los corazones de los mexicanos y mexicanas, quienes rezan por no verse involucrados, como delincuentes, víctimas u ofendidos, con el aparato punitivo estatal, y esto debido a diversos factores que si bien en muchos de los casos son difícilmente comprobables, se han convertido en leyendas urbanas que además de atemorizar, hecho para nada soslayable, provocan la poca o nula participación de la sociedad en la administración e impartición de justicia.[253] A continuación expondremos de manera general algunos de estos posibles factores que identificaremos como "leyendas urbanas".

Leyenda urbana número 1. Cuando se hace del conocimiento de la policía la comisión de algún hecho delictivo y ésta, como es su deber, se apresura para detener al sujeto señalado como responsable, basta con que éste último llegue a un acuerdo (entendemos que económico) con los primeros para recobrar de inmediato su libertad y dar por terminado el "incidente".[254] Inversamente, si un sujeto inocente es señalado como responsable de la comisión de un delito y no posee los medios económicos para, de igual forma, conseguir un mal arreglo en lugar de un buen pleito, tendremos en nuestras manos a un futuro procesado y quizá a un nuevo inquilino de nuestros condominios carcelarios.

---

[251] *Idem*.
[252] Véase *infra*, "¿Quizá es falta de moral?".
[253] De acuerdo con la Cuarta Encuesta sobre Inseguridad 2006 (ENSI-4), sólo una de cada cinco víctimas denuncia el delito, y del total de delitos cometidos sólo en el 14% se inicia averiguación previa. Véase *http://www.icesi.org.mx/documentos/encuestas/encuestasNacionales/ensi4_urbana.pdf*.
[254] Las corporaciones policiacas y las agencias del Ministerio Público son algunas de las instituciones que, sólo por encima de los partidos políticos, inspiran los más bajos niveles de confianza. Véase Cuarta Encuesta sobre Inseguridad 2006 (ENSI-4), *idem*.

Leyenda urbana número 2. Si el delito que se le imputa a un sujeto es de una naturaleza tal que provoque que los policías "no puedan hacer nada por él", ya sea porque existen muchos testigos presenciales o porque ciertos sectores han ejercido presión o han mantenido una mirada atenta sobre el caso, no todo está perdido —se dice—. Todavía está la opción de llegar a un arreglo con el Ministerio Público, para lo que sólo se necesita algo de dinero y un poco de suerte (que el Ministerio Público sea "comprensivo").

Leyenda urbana número 3. Si ninguna de las opciones anteriores ha prosperado, ¡aún queda el juez![255] Y si bien no todos los jueces son a tal grado "compasivos" ni "comprensivos" como para dejar en libertad al sujeto en cuestión, siempre existe la posibilidad de lograr una disminución de la pena impuesta (o una conmutación o sustitución, o bien el beneficio de la condena condicional) o una especie de carta de buena conducta emitida por el juez para obtener posteriores beneficios penitenciarios, empezando quizá por recluir al interfecto en una prisión de mínima seguridad o en una institución abierta.

Leyenda urbana número 4. Para alguien que está en la mira del sistema penitenciario por haber realizado una conducta delictiva siempre es bueno tener muchas amistades, y nada mejor que entre éstas se encuentre un diputado, un senador o un gobernador,[256] o cualquier otra persona que tenga un conocido

[255] Un caso interesante al respecto es el de Luis Pascual Estevill, quien fungió por más de una década como juez de instrucción en Cataluña y que posteriormente fue propuesto y designado para ocupar una de las sillas del Consejo General del Poder Judicial español (máximo órgano de gobierno judicial). "El Lobo", como él mismo se hacía llamar, se valió de su facultad de investigación como juez de instrucción para iniciar una cacería de prominentes empresarios y banqueros con el objetivo de descubrir ilícitos o anomalías en sus estados financieros para posteriormente chantajearlos mediante la amenaza de dictarles autos de prisión en caso de no cooperar con una cuantiosa suma económica. En uno de los casos, la ambición de "El Lobo" cobró la vida de una persona: Jaime Parera, quien padecía un cáncer terminal y a quien el "juez estrella" impidió su salida temporal de la prisión para recibir su tratamiento. Vargas Valdez, José Luis, "Jaque a la confianza judicial: el caso español del juez Estevill", *El poder de la transparencia: seis derrotas a la opacidad*, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 137-173.

[256] El 14 de febrero de 2006 el Diario *La Jornada* publicó una conversación entre el industrial maquilador Kamel Nacif y el gobernador de Puebla, Mario Marín Torres, en la que aquél le agradece a este último uno de sus "favorcitos". La sorprendente historia, en gruesas líneas, es la siguiente: Lydia Cacho, periodista activa radicada en Cancún, Quintana Roo, escribió *Los demonios del Edén. El poder que protege a la pornografía infantil*, en el cual documenta y denuncia las experiencias de abuso y explotación sexuales sufridas por menores de edad en manos de un empresario mexicano de origen libanés, Jean Succar Kuri (detenido en Chandler, Arizona, desde el 5 de febrero de 2004 a petición de la Procuraduría General de la República por los delitos de pederastia y lavado de dinero), y donde además menciona a varios personajes de gran importancia económica y política, entre ellos Kamel Nacif, que "protegen" a la pornografía infantil y al pederasta confeso. Nacif, al verse involucrado en la siniestra historia, presentó una denuncia penal contra la periodista por los delitos de difamación y calumnias, el último de los cuales fue desestimado. Es en este punto donde el "*gober precioso*" (expresión con la que Nacif se refiere a Marín Torres) hace su aparición en escena: de acuerdo con las notas periodísticas, Mario Marín, utilizando su investidura de gobernador, instruye a la juez quinto de lo penal del estado de Puebla para que dicte orden de aprehensión, y posteriormente auto de formal prisión, contra la periodista por la supuesta difamación de la que es víctima su amigo Kamel Nacif. Éste, por increíble que parezca, es el "pequeño favorcito" del que hablamos. Al

poderoso del cual echar mano en esos casos de necesidad extrema. Pero siempre teniendo en mente que el poderoso personaje en cuestión no es precisamente filántropo, ya que en algún momento de su ajetreada vida política necesitará que alguien le haga el "trabajo sucio", con lo que se cobrará el "favorcito". De esta forma seguirá entretejiéndose la cada vez más fuerte y aparentemente indestructible cadena del tráfico de influencias.

Leyenda urbana número 5. Es de sentir común que quienes están en prisión preventiva son únicamente quienes no tienen los medios económicos suficientes para pagar la garantía o que no poseen bienes que puedan servirles para contratar los servicios de una afianzadora. Esto es, el sistema penitenciario está diseñado para castigar a los pobres.

Leyenda urbana número 6. No se puede confiar en las autoridades en virtud de que éstas mantienen nexos con los grupos delictivos, particularmente con la delincuencia organizada dedicada al tráfico de drogas o estupefacientes, a la trata de blancas y niños, al tráfico de órganos o al secuestro. Son de sobra conocidos los casos en los que a los jefes de las policías estatales, federales o municipales se les descubren y acreditan nexos con el narcotráfico o que simplemente les otorgan protección a estos grupos delictivos.[257]

Leyenda urbana número 7. El sistema penal sirve para arreglar cuentas pendientes (entiéndase ilegales) entre particulares, por lo que se compran testigos, se "plantan" pruebas y se manipula todo el sistema,[258] con el flagrante uso de artimañas legales, para lograr que un inocente sea declarado culpable. Esta hipótesis es por demás peligrosa, dado que ahuyenta en mayor medida la colaboración de la sociedad en la impartición de justicia por temor a que quien

---

respecto véase: "«Mi *gober*, tú eres el héroe»: Kamel Nacif a Mario Marín", *La Jornada*, 14 de febrero de 2006; "Lydia Cacho y la pederastia", Revista *Proceso*, 20 de febrero de 2006; Castillo García, Gustavo, "Investiga EU a políticos y empresarios mexicanos vinculados con Succar Kuri", *La Jornada*, 17 de febrero de 2006; "Denuncian complot contra Lydia Cacho", *El Economista*, 15 de febrero de 2006.

[257] Sobre ésta y anteriores "leyendas urbanas", Genaro David Góngora Pimentel señala: "dicha sanción [la prisión vitalicia] en nada contribuye al Estado de derecho, ni mucho menos a la ciencia penal, si permanece la gran impunidad en los delitos cometidos; si los encargados de [la] procuración de justicia no realizan su labor de investigación para llevar ante los tribunales a los responsables de ellos; si los cuerpos policiacos se coluden con los delincuentes para su protección". "Voto particular del ministro Genaro David Góngora Pimentel", *cit.*, nota 113.

[258] En este sentido puede verse Carpizo, Jorge, "1999: problemas acumulados" y "La justicia como espectáculo", ambos en *Nuevos estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 525-530 y 521-524, respectivamente.

denuncia, después sea perseguido por la comisión de los hechos que en un primer momento denunció.

Leyenda urbana número 8. Relacionado con lo anterior, es extremadamente sencillo “fabricar” un delito y cuando menos privar de la libertad, legalmente, a un sujeto con el que por una circunstancia u otra se tienen rencillas. Sólo basta presentar la denuncia ante el Ministerio Público, presentar una o varias pruebas compradas y plantadas, y aunque no se ratifique la denuncia y la supuesta víctima jamás se apersone en el transcurso del proceso, obtener una sentencia condenatoria en el mejor de los casos; en el peor, al menos se logró la prisión preventiva.

Leyenda urbana número 9. Además de los nexos que algunas autoridades mantienen con el crimen organizado, las mismas se han convertido en delincuentes. Principalmente son los policías quienes después de varios años de “servicio” a la comunidad han sido descubiertos como miembros activos de las bandas de secuestradores, ladrones y en algunos casos de sicarios o asesinos a sueldo. Pero la lista no termina allí: algunas personas con recursos económicos limitados y sin influencias en las altas esferas de poder alegan que elementos de las fuerzas policiales se hacen presentes en su(s) negocio(s) solicitándoles una cooperación voluntaria bajo la amenaza de que de no cooperar, plantarán en su negocio drogas o estupefacientes.

Leyenda urbana número 10. En el remoto caso de que una persona económicamente poderosa sea sentenciada a cumplir una pena de prisión de X número de años, ésta gozará de todos los servicios y privilegios que tenía antes de ingresar a prisión, hasta en tanto los pueda pagar, i.e. protección, teléfono celular, televisión, reproductor de DVD, alcohol, tabaco, drogas, mujeres, etcétera. Se llega al grado de afirmar que hay celdas que se asemejan a una suite de hotel.

Leyenda urbana número 11. Cuando por desgracia un ser querido es enviado a un establecimiento penitenciario, los días de visita, en teoría felices para reos y familiares, se convierten en verdaderos días de angustia y sacrificios

sobrehumanos, sobre todo para estos últimos. Los familiares deben pagar una cuota previamente establecida para poder ingresar los alimentos y bebidas; deben someterse a una revisión tanto de sus pertenencias como de sus cuerpos, misma que es aprovechada por los guardias de seguridad para tocar de manera vulgar y soez a las mujeres; las visitas conyugales en muchas ocasiones deben efectuarse en presencia de éstos últimos, y cualquier petición debe ir acompañada de la necesaria y correlativa retribución.

Leyenda urbana número 12. El Ministerio Público tiene la consigna de consignar. Se afirma que cada consignación tiene un premio en efectivo bastante tentador, por lo que los agentes del Ministerio Público, sin realizar efectivamente una averiguación previa (entendida como una investigación seria y rigurosa), se dedican a llenar los "machotes" de los autos de consignación; al fin que quien en última instancia resuelve es el juez, y es sobre éste en quien en su caso recaerá el cargo de conciencia por encarcelar a un inocente.

Leyenda urbana número 13. El juez nunca está en contacto directo con la víctima y el probable responsable a lo largo del proceso penal; quienes actúan en su nombre en las diligencias son los secretarios de acuerdos y quienes emiten las sentencias, aunque el juez evidentemente debe firmarlas, son los proyectistas.

Todo esto, hechos o leyendas, es una de las principales causas de la poca confianza de la sociedad en el sistema penal y sus instituciones. Y no son muchas las cosas que superan en complejidad a la lucha contra creencias fuertemente arraigadas como las arriba reseñadas. Se requiere poco menos que un milagro para borrar estas ideas de la mente de la colectividad, que más que promesas requiere respuestas.

3) *Poca seriedad del Ministerio Público*. Por regla general, en los pliegos o autos de consignación, el Ministerio Público no efectúa un razonamiento lógico-jurídico de los hechos que lo llevan a sostener la probable responsabilidad del indiciado; sólo basta una mirada superficial a los mismos para darse cuenta de que lo único que se hace es un recuento y transcripción de las declaraciones de la

víctima u ofendido por el delito, de los policías de seguridad pública o judiciales que detuvieron al presunto responsable, de éste, de los dictámenes de los peritos requeridos, y la enumeración de las supuestas pruebas que se presentaron a lo largo de la averiguación previa, sin efectuar un análisis riguroso y concatenado de todos y cada uno de los elementos para relacionar los hechos con el cuerpo del delito, éstos con las pruebas y cómo es que las declaraciones, las pruebas y los hechos hacen presumir que la persona detenida en efecto es la probable responsable del delito que se investiga. Desafortunadamente, esta actitud y modo laboral vicioso no sólo es propio del Ministerio Público, sino que se arrastra durante toda la vida del proceso penal. La misma fórmula, parecida más a un machote que a un razonamiento serio y responsable, la encontramos en los autos de formal prisión y, más grave aún, en las sentencias que deciden sobre la vida de los seres humanos, que evidentemente sufrirá un colapso cataclísmico si la sentencia es condenatoria.

Es indispensable que tanto el Ministerio Público dentro de la averiguación previa como el juez dentro del proceso penal propiamente dicho no se basen únicamente y de manera aislada en los hechos narrados por la víctima o en las declaraciones del probable responsable o en los pocos o muchos elementos de prueba que se les presenten al efecto, sino que su labor, más allá de la apreciación, debe orientarse hacia un razonamiento en el que las pruebas reconstruyan los hechos y no en encajar los hechos en las pruebas como consecuencia de los dichos.

4) *Segregación penal = segregación política*. El uso o la amenaza del uso de la pena de prisión, o del sistema penal en su conjunto, ha sido un arma efectiva utilizada por los actores políticos para amedrentar o sacar de la contienda política, a últimos tiempos también, o principalmente, electoral, a sus más aguerridos adversarios. La guerra mediática, política y jurídica ha sido cruenta. Demandas y contrademandas terminan por adornar el circo que se provoca por la mezquindad de los políticos, que son capaces de pisotear un ya mermado ambiente de ingobernabilidad para obtener unos cuantos votos más o uno o varios escaños. Es

una guerra por el poder que convierte en cirqueros a los políticos y al sistema penal y de justicia en una burla.

Esto no quiere decir que los políticos sean o deban ser intocables; estamos de acuerdo en que quienes violenten la ley sean sancionados por sus conductas transgresoras, ya que nadie ni nada debe estar por encima de la misma, pero es vergonzante la manera agreste en que los políticos, abusando de la legislación penal y en una conveniente inversión viciosa, encuadran los tipos delictivos en las conductas de sus contrincantes, manipulando y malversando la finalidad del derecho penal y del sistema de justicia en su conjunto.

5) *Pocos recursos; escasez de resultados*. "El dinero no alcanza" es una de las frases que comúnmente escuchamos en las calles y cuyas palabras articuladoras se niegan a abandonar el léxico de los mexicanos. Y más que una frase es una realidad. Realidad que golpea no sólo nuestros bolsillos sino que ha tocado fibras más profundas de la estructura del Estado y la creencia de que México mañana será mejor que ayer. Los programas sociales se posponen indefinidamente, las partidas destinadas a la educación, la salud y la seguridad pública se han convertido en limosnas que eventualmente cubren las necesidades más elementales. ¿La causa? La gran fuga de capitales que, por poner un ejemplo, se produce con cada elección, sea ésta estatal, municipal, federal o presidencial. En la elección presidencial de 2006, los partidos políticos gastaron entre 50 y 95 millones de pesos en anuncios espectaculares[259] para promover sus campañas políticas, los que bien podrían emplearse para tratar de resolver los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez.[260] Con lo dicho no buscamos alentar la desaparición de la democracia en beneficio de la seguridad pública y de la justicia, sino que es necesario hacer una administración efectiva y responsable de los recursos con que contamos para satisfacer no sólo las principales demandas de la población, sino aquellas necesarias para la supervivencia del propio Estado social

[259] Herrera, Jorge y Morales, Alberto, "Gastos de campaña en espectaculares triplicó al de prensa", *El Universal*, 7 de mayo de 2007, disponible en *http://www.eluniversal.com.mx/nacion/150762.html*.
[260] Sobre el tema puede verse: varios autores, *Homicidios y desapariciones de mujeres en Ciudad Juárez* (*análisis, críticas y perspectivas*), México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004, y Álvarez de Lara, Rosa María (coord.), *La memoria de las olvidadas: las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

y democrático de derecho, que correrá el riesgo de perder su legitimidad si deja de cumplir con los fines para los que, teóricamente, fue creado. La más sentida de ellas: la seguridad pública y la impartición de justicia.

Y como muestra, sólo basta con echar un vistazo a los muebles e inmuebles de las agencias del Ministerio Público, de los juzgados, de los centros penitenciarios; a los salarios de policías, jueces y abogados de oficio, para estar en aptitud de comprender porqué está tan mal la administración de justicia y porqué la corrupción, lejos de disminuir, aumenta. Si queremos mejores resultados, necesitaremos otorgarles mayores recursos económicos y humanos, y así, efectivamente, mañana México será mejor que ayer.

6) *Medios de comunicación. ¿Construyen o destruyen la verdad?* La televisión, la radio y la prensa escrita se han convertido en actores importantes e indispensables para la democracia, pero también en un nuevo, imponente y en ocasiones implacable medio de presión (tan es así que algunos hablan de un "cuarto poder")[261] por el que se ha logrado que hechos antes celosamente ocultos o inmersos en la más profunda opacidad salgan a la luz para ser sujetos a juicio, en un primer momento ante la opinión pública y quizá también, si la presión ejercida ha sido bastante, ante los órganos jurisdiccionales.[262]

---

[261] De acuerdo con Jorge Carpizo (*Nuevos estudios constitucionales*, *cit.*, nota 258, p. 344), "los medios de comunicación masiva son un poder porque poseen los instrumentos y los mecanismos que les dan la posibilidad de imponerse, porque condicionan o pueden condicionar la conducta de otros poderes, organizaciones o individuos con independencia de su voluntad y de su resistencia".

[262] Podríamos inundar el presente trabajo con algunos ejemplos, pero nos conformaremos con mencionar sólo unos cuantos:

a) Los "videoescándalos" que recorrieron todas las cadenas televisivas nacionales y algunas internacionales en las que un diputado de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal recibía un portafolio lleno de fajos de billetes (al estilo Hollywood) de manos de un supuesto empresario, y que culminó con el desafuero y posterior sujeción a proceso penal del político en cuestión.

b) La cobertura que los periódicos españoles *El Mundo* y *El País* dieron a las demandas interpuestas por las víctimas de los abusos del juez Luis Pascual Estevill (véase nota 255) y que contribuyó a que él y su "clan de los mentirosos" (al respecto véase Vargas Valdez, José Luis, "Jaque a la confianza judicial: el caso español del juez Estevill", *op. cit.*, nota 255, pp. 149 y ss., apartado V: "El *modus operandi* del "clan de los mentirosos") fueran investigados y más tarde arrestados, procesados y sentenciados.

c) La investigación seguida de cobertura realizada por los medios de comunicación en la supuesta venta de armas del gobierno argentino (bajo la cabeza del en ese entonces presidente Carlos Menem) a Venezuela, que mediante una desconcertante y sospechosa maniobra terminaron en manos de Ecuador, quien en ese entonces se enfrentaba a Perú en la Guerra del Cóndor por la posesión de la Sierra del mismo nombre, siendo la Argentina garante del tratado de paz firmado por ambos países en 1942. Tiempo después se hizo pública, también gracias a los medios informativos, una triangulación similar: una venta de armamento supuestamente a Panamá pero que terminó en Croacia mediante la intermediación de una empresa fantasma. La revelación del secreto de ambas operaciones arrojó luz sobre actos de encubrimiento, corrupción y malos manejos en las altas esferas del gobierno argentino. Véase Ansolabehere, Karina, "Lo «secreto» de la democracia: venta de armas argentinas a Ecuador y Croacia", *El poder de la transparencia*..., *cit.*, nota 255, pp. 107 y ss.

d) Las notas informativas de la prensa escrita en las que se daba cuenta de los malos manejos financieros y de las actividades fraudulentas del coloso estadounidense de los energéticos Enron y que de igual forma develaron una cercana

Pero la intervención de los medios de comunicación masiva no siempre ha sido beneficiosa, y esto porque los individuos se encuentran frente a los medios en una situación de desigualdad (en virtud de sus múltiples conexiones con el poder económico), en la cual es muy difícil —y en algunos casos imposible— defenderse, ya que éstos poseen una clase de poder ideológico que, a través de la coacción psíquica, del conocimiento o de ambos, obtienen que otro poder, el grupo o la persona se comporten de determinada manera.[263] "Sólo piénsese —en palabras de Jorge Carpizo—[264] en los efectos que tiene sobre una persona, su familia, su trabajo y su círculo social la publicación de noticias falsas, pero que afectan gravemente su prestigio, reputación y honor, o de aspectos de su vida íntima completamente legales y que no deberían trascender de los recintos donde los actos se realizaron".

Y si con razón se afirma que la democracia moderna no puede concebirse sin medios de comunicación libres e independientes que sirvan de contrapeso a los poderes legalmente establecidos, también es cierto que en ocasiones los medios de comunicación se ocultan en el derecho a la libertad de expresión para denostar, acusar, juzgar y sentenciar tanto a personajes políticos como a personas comunes y corrientes que no cuentan más que con su dicho y su honra (irremediablemente mermada después de su debut en las cámaras televisivas o en fotografías quizá comprometedoras impresas en todos los diarios) para defenderse, ya que en algunos casos los medios son reacios al derecho de réplica por parte de la persona afectada.

Así, la publicación de falsas noticias o la simple divulgación de la vida privada de una persona, respecto a actos legales o no, puede incluso inducir al asesinato[265] o persuadir al involucrado al suicidio,[266] porque "hay palabras y

---

relación entre altos empresarios de Enron y los gobiernos de Ronald Reagan y George Bush. Cuando el secreto se hizo público y con un pasivo de 62 billones de dólares, la quiebra de Enron (en 2001) fue la mayor debacle que haya registrado la historia corporativa de los Estados Unidos, sólo eclipsada por la quiebra de WorldCom en julio de 2002. Véase Ibarra Palafox, Francisco, "Enron o érase una vez en los Estados Unidos", *El poder de la transparencia*..., *cit*., nota 255, pp. 1-43.

[263] Carpizo, Jorge, *Nuevos estudios constitucionales*, *cit.*, nota 258, p. 345.

[264] *Idem*.

[265] En 1995, en Orion (condado de Oakland), Jonathan Schmitz asesinó a Scott Amedure tres días después de que ambos habían acudido al programa de televisión "The Jenny Jones Show", producido por Telepictures y la Warner Bros. En el talk-show, Amedure le había confesado su amor y sus fantasías sexuales a Schmitz, quien estaba en proceso de recuperación de fuertes depresiones y de su adicción al alcohol. La familia de Schmitz afirma que éste acudió al programa porque los

caricaturas más mortíferas que las balas", como con agudeza afirmó un dirigente francés.

Para concluir este punto, echaremos al aire algunas preguntas cuyas respuestas requerirían de un profundo y concienzudo análisis que rebasa los objetivos del presente trabajo, pero que es necesario hacernos para obligarnos a la reflexión: ¿Deben ser los medios de comunicación responsables por los actos de violencia autoinfligidos o infligidos por terceros a una o varias personas, provocados por la divulgación de información falsa? ¿Se puede responsabilizar a los medios sin coartar su derecho a la libertad de expresión? ¿Podríamos culparlos de comisión por omisión en los casos en los que un delito se cometa frente a las cámaras de televisión?...[267]

7) *¿Quizá es la falta de moral?* Si bien la moral no es un tema propiamente jurídico y que debe indudablemente mantenerse ajeno a consideraciones legales, aún más en tratándose de tópicos penales, no podemos negar el carácter moral intrínseco en muchas de las normas que componen nuestro sistema jurídico y en la línea tintada de moral a que deben ajustarse las conductas de los órganos estatales (y del propio Estado), de los funcionarios públicos y de la sociedad. De hecho, la conducta moral de estos actores, variando de rol entre protagonismo

---

productores le habían informado que recibiría una gran sorpresa que sólo podría conocer durante la emisión del mismo, y que lo que obtuvo fue la declaración amorosa de un joven homosexual y de las fantasías de éste sobre su persona. Y a pesar de que el programa nunca fue transmitido, Schmitz argumentó, cuando realizó la llamada al 911, que acababa de matar al hombre que lo había humillado públicamente en la televisión nacional. Véase "Condenan a un popular programa de televisión", Diario *Clarín*, 8 de mayo de 1999, visible en: *http://www.clarin.com/diario/1999/05/08/e-04801d.htm*; "Absuelto programa de TV por asesinato de homosexual", *La Jornada*, 25 de septiembre de 2002, visible en: *http://www.jornada.unam.mx/2002/10/25/16an1esp.php?origen=espectaculos.html*; "EEUU: Enjuician a la «telebasura»", *Ámbito Financiero*, 5 de abril de 1999, visible en: *http://www.ambitoweb.com/edicionesanteriores/afinancieroback/99-04-05/espectaculos001.htm*.

[266] Uno de los casos más conocidos al respecto es el del Pierre Bérégovoy, ex primer ministro francés, quien el 1o. de mayo de 1993 colocó en su cabeza el revólver de su guardaespaldas y accionó el gatillo. Dos meses atrás él y su partido (el Partido Socialista Francés) habían sufrido una brutal derrota. Pero el suicidio de este personaje no se atribuye a la derrota electoral, sino al hecho de que la prensa francesa divulgó la noticia de que Bérégovoy, varios años atrás, había solicitado un préstamo de aproximadamente 20 millones sin el debido pago de intereses. "La prensa, la radio y la televisión se asegurarían semana tras semana de que Bérégovoy fuera objeto de un ataque incesante y sistemático a través de esa amalgama… de las especulaciones; de las acusaciones en condicional; de los sobreentendidos. Una campaña debidamente orquestada de «insinuaciones» sobre su vida privada, que sin caer en la tipificación del delito, son muchas veces más devastadoras que la calumnia abierta, o la difamación inserta en la legislación penal. Este martilleo incesante, y este acoso ininterrumpido y demoledor, lograron su objetivo: fragmentaron y pulverizaron a ese hombre que día a día se veía confrontado con una imagen caricaturizada, grotesca y odiosa para sí y su familia… Lo habían desposeído de lo más preciado: su honor" (Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, "Protección de la «privacía» frente al Estado", *Cuadernos del Núcleo Interdisciplinario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 3). Véase, también, Prieto, Joaquín, "Un final inexplicable", *El País*, Madrid, 2 de mayo de 2003, visible en: *http://www.elpais.es/articulo_buscador.html?xref=20030502elpepiult_1&type=Tes&anchor=elpepiult&d_date=20030502*.

[267] ¿Podríamos atribuir cierta culpa a Televisa o a Televisión Azteca por el linchamiento ocurrido en Tláhuac el 23 de noviembre de 2004? (véase *infra*, inciso 7: "¿Quizá es la falta de moral?").

(moral/legal) y antagonismo (inmoral/ilegal), se corresponderá o no con la legitimidad o ilegitimidad de dicha conducta. Así, ¿será legítimo el obrar antagonista de un Estado frente a los intereses protagonistas de la sociedad?, o bien, ¿está la sociedad legitimada para tomar el rol de antagonista frente al Estado? En otras palabras: (a) ¿el Estado "delincuente" está legitimado para investigar, perseguir y sancionar a la delincuencia?, o bien, (b) ¿la sociedad está legitimada para suplantar al Estado tomando la justicia en sus manos?

A continuación presentamos dos casos, que arrojarán luz sobre los cuestionamientos anteriores, en los que confluyen los binomios moral/inmoral, legal/ilegal, y que finalmente podremos yuxtaponer con o calificar como legítimos/ilegítimos. Cada uno de ellos se corresponde con cada uno de los supuestos anotados:

a) El 3 de noviembre de 1991, el "Grupo Colina", escuadrón de eliminación compuesto por miembros del ejército peruano, ingresa a un inmueble ubicado en el vecindario conocido como Barrios Altos, en la ciudad de Lima, obligando a las víctimas (presuntos miembros del movimiento subversivo "Sendero Luminoso")[268] a arrojarse al suelo; acto seguido accionan sus armas de fuego, matando a quince personas e hiriendo de gravedad a otras cuatro. Dados estos hechos, se crea una comisión senatorial a quien se encarga la investigación; pero más tarde, debido a un estado de emergencia, se disuelve el Congreso y con él la comisión investigadora. Posteriormente, mientras las autoridades judiciales indagaban sobre el caso, el Congreso Constituyente Democrático (¿?) sancionó la Ley de Amnistía núm. 26479,[269] complementada por la ley 26492, que exoneraba de

[268] De acuerdo con el *Informe* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, el Partido Comunista del Perú, conocido como Sendero Luminoso (PCP-SL), es una organización terrorista que en mayo de 1980 desencadenó un conflicto armado contra el Estado y la sociedad peruana. La finalidad de la organización, fundada entre 1969-1970 por Abimael Guzmán Reynoso, era cambiar el sistema político del Perú por un régimen comunista proletario mediante la lucha armada y la lucha de clases. Sin embargo, la Comisión de Verdad y Reconciliación ha constatado que el PCP-SL cometió graves crímenes que constituyen delitos de lesa humanidad y fue responsable de la muerte del 54% de las víctimas reportadas a la Comisión, cifra que asciende a 31,331 personas. Véase *Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, 2003, t. II, capítulo 1: "Los actores armados", visible en *http://www.derechos.org/nizkor/peru/libros/cv/ii/ori.html*.

[269] Cuyo texto medular es el siguiente: "Artículo 1o. Concédase amnistía general al personal Militar, Policial o Civil… que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los Fueros Común o Privativo Militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde mayo de 1980 hasta la fecha de la promulgación de la presente Ley" (14 de junio de 1995). Por su parte, el artículo 6o. establece: "…los hechos o delitos comprendidos en la presente amnistía… no son susceptibles de investigación, pesquisa o sumario;

responsabilidad a quienes (militares, policías y ¡civiles!) hubieren cometido violaciones a los derechos humanos, o hubiesen participado en ellas, entre 1980 y 1995, lo que culminó con el archivo del caso y la *cuasi* segura impunidad para los participantes de la masacre.[270]

De lo narrado se desprende un par de reflexiones:

— *La innegable responsabilidad internacional del Estado peruano*. Al suscribir y ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el gobierno del Perú adquiere responsabilidades y obligaciones en una doble vertiente: frente a la comunidad internacional y frente a la sociedad peruana. La realización de estos hechos delictivos por miembros del Estado (en este caso el ejército), la permisión u orden directa del Estado para efectuarlos y el posterior ocultamiento de los hechos lo hace responsable por violación e incumplimiento de los artículos 4o. (derecho a la vida), 5o. (derecho a la integridad personal), 8o. (garantías judiciales), 13 (libertad de pensamiento y expresión), 25 (protección judicial), 1o. (obligación de respetar y garantizar los derechos) y 2o. (deber de adecuar las disposiciones de derecho interno) del citado instrumento internacional.[271]

— *La* "*ilegalidad*", *por decir lo menos, de las leyes de autoamnistía*. No sólo es vergonzosa la manera en la que el Estado se convierte en delincuente, sino la posterior conducta (expedición de leyes de autoamnistía) tendente a ocultar y obstruir el esclarecimiento de los hechos del caso, que sin duda conlleva la imposibilidad para los órganos judiciales —y que deja en el limbo a las víctimas y los familiares de las mismas— de investigar, perseguir, capturar, enjuiciar y sancionar a los responsables.

---

quedando, todos los casos judiciales, en trámite o en ejecución, archivados definitivamente". El texto completo de la ley puede verse en *http://www2.congreso.gob.pe/ccd/leyes/cronos/1995/ley26479.htm*.

[270] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros *vs.* Perú)", sentencia de 14 de marzo de 2001, disponible en *http://www.corteidh.or.cr*. Véase, también, García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 852.

[271] García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte*…, *cit.,* nota anterior, p. 853.

Así las cosas, la conducta del Estado peruano (privación de la vida y atentados contra la integridad personal; ocultamiento de los responsables; la imposibilidad de las víctimas para defenderse y la impunidad que sobrevienen con el dictado de las leyes de autoamnistía) podemos calificarla, de acuerdo con los binomios que presentamos al inicio, como inmoral e ilegal, a lo que necesariamente habríamos de agregar *ilegítima*. Luego entonces, ¿el Estado estará legitimado para castigar a los delincuentes cuando él mismo es autor material o intelectual (y encubridor) de inexplicables delitos? Mientras se siga presentando este "terror de Estado",[272] éste perderá legitimidad y credibilidad como principal actor en la prevención y lucha contra el crimen, porque es injustificable la conducta ilegal propia para reprimir conductas ilegales ajenas.

b) El 23 de noviembre de 2004, en San Juan Ixtayopan, Tláhuac, Víctor Mireles, Cristóbal Bonilla y Edgar Moreno, miembros en activo de la Policía Federal Preventiva (PFP), fueron linchados cerca de la plaza principal y a escasos metros de una escuela pública. Los tres fueron verbalmente agredidos y brutalmente golpeados.[273]

La muerte alcanzó a Víctor Mireles y Cristóbal Bonilla después de que, en un acto de inexplicable barbarie, sus inertes cuerpos fueron rociados con gasolina, la que hizo combustión cuando algunas cerillas encendidas hicieron en el blanco. Edgar Moreno, quien por decirlo así corrió con más suerte, fue "rescatado", gravemente herido, de las manos de la enardecida población por miembros de las corporaciones policíacas que se hicieron presentes en el lugar cuando el funesto

[272] Desafortunadamente no sólo privativo de Estados autoritarios o dictatoriales. México, supuestamente Estado democrático de derecho, también tiene sus secretos: el 1o. de marzo de 1999, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una denuncia presentada por María Estela García Ramírez (y otros) en la cual se alega la presunta responsabilidad internacional de los Estados Unidos Mexicanos por la detención ilegal, tortura y ejecución extrajudicial de Celerino Jiménez Almaraz, sucedidos el 24 de abril de 1997, y por el hostigamiento y amenazas de las que han sido víctimas la demandante y su familia. Y si bien no podemos efectuar un pronunciamiento definitivo al respecto, dado que el caso aún está en proceso ante la Comisión, es sólo un botón de muestra de que en México quizá no estemos exentos de este tipo de conductas, lo que quedó ampliamente demostrado en las masacres de Acteal y Aguas Blancas. Véase Informe núm. 9/03. Petición 12.116. Admisibilidad, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, visible en: *http://www.cidh.org/annualrep/2003sp/Mexico.12216.htm*.

[273] En el desarrollo de este punto seguimos a Azaola, Elena, "Desde Tláhuac hacia la sociedad que queremos: notas para una agenda", *Iter Criminis*, México, segunda época, núm. 12, octubre de 2004-marzo de 2005, pp. 25-36. Puede consultarse sobre el tema el interesante estudio efectuado por Muñoz Conde, Francisco, "Dictamen sobre presuntos delitos cometidos por servidores públicos, omisión del deber de socorro, homicidio, lesiones, robos y daños", en García, Ramírez, Sergio (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González Mariscal*, *cit*., nota 69, t. II, pp. 531-568.

espectáculo (transmitido en vivo por todas las cadenas televisivas y radiales)[274] estaba por terminar. Al día siguiente, 24 de noviembre, policías federales se presentaron en las viviendas de los presuntos responsables, derribando puertas, destruyendo objetos, golpeando y arrastrando a sus habitantes y vecinos para que confesaran su participación en estos hechos o señalaran a los culpables (episodio que también aprovecharon los medios para continuar con el *show*).

¿Qué provocó que personas "normales" hayan actuado con semejante violencia? El argumento de los autores de esta trágica realidad era que los policías habían sido vistos afuera de una escuela pública fotografiando a niños que posteriormente, según su versión, serían secuestrados por los mismos policías. La versión del único sobreviviente, confirmada después por altos mandos de la PFP, refiere que los agentes participaban en un operativo para combatir el narcomenudeo y que las fotografías que habían tomado eran de los vendedores de droga que operaban afuera de las instalaciones de la escuela.

Desafortunadamente, varios factores contribuyeron y permitieron que este odioso espectáculo sucediera: la nula comunicación y la falta de acercamiento entre los cuerpos policiales y la sociedad (se dice que algunos miembros de la comunidad habían preguntado a los policías quiénes eran y qué hacían en el pueblo. A lo que ellos replicaron que no tenían por qué darles explicaciones ni rendirles cuentas); la respuesta tardía de las autoridades delegacionales, de la policía del Distrito Federal y de la PFP (la noticia del posible linchamiento empezó a circular aproximadamente a las 18:00 horas. Los cuerpos policiales arribaron a la comunidad —en plena ciudad de México— en "rescate" de sus colegas cerca de las 21:00 horas, cuando dos de ellos ya habían sido asesinados y el tercero estaba a punto de correr con la misma suerte); la escasa solidaridad entre policías, exacerbada por el enfrentamiento político entre autoridades federales y del Distrito Federal (un hecho que llamó la atención fue la presencia de algunos oficiales de policía de distintas corporaciones —ajenos a la PFP— "y quienes no actuaron para impedir el linchamiento bajo el argumento de que no estaban en

[274] De hecho, las televisoras tuvieron la oportunidad de entrevistarlos mientras eran golpeados y antes de ser asesinados.

funciones o de que no tenían órdenes de sus superiores para intervenir");[275] el exceso de los medios de comunicación (que hicieron de este evento todo un espectáculo), y finalmente, quizá principalmente, la falta de confianza de la comunidad en que las autoridades harían justicia en caso de que —de ser cierta su teoría— los policías fuesen también secuestradores.

Al respecto, cierto periodista afirmó que sin la presencia de los medios de comunicación, el linchamiento no hubiera causado el impacto que en efecto causó ni hubiera sido tan condenado por la opinión pública como lo fue. Y en parte tiene razón: el único saldo positivo de lo aquí narrado es el repudio generalizado que estos hechos suscitaron, ya que no hubo quién los justificara. Sin embargo, como afirma Elena Azaola, "... [los medios], a través de sus reporteros, se mostraron incapaces de colocar la vida en un primer plano y de haber hecho todo lo que estaba a su alcance para impedir el martirio de los oficiales. El deber de informar… no alcanza para excusarlos. Filmaron y registraron paso a paso cada uno de los golpes y vejaciones en una conducta que, cuando menos, puede considerarse como cómplice de los agresores. Parecían estar frente a un espectáculo valioso y codiciado para su audiencia antes que frente a un acto que cualquier ser humano tenía el deber de repudiar".[276]

Frente a este panorama, y respecto a los medios de comunicación, cabe hacernos una pregunta más que nos invite a la reflexión: ¿sin la presencia de los medios, la violencia ejercida contra los policías hubiera sido tan feroz? O quizá los agresores, impulsados por la muchedumbre y sintiéndose estrellas de un filme de terror, ¿actuaron así por la presencia de las cámaras? Podríamos hacer innumerables comentarios acerca de las cuestiones presentadas, pero no deseamos desviarnos en demasía del objetivo del presente apartado.

Dados los hechos, estamos en posibilidad de efectuar un juicio de valor al respecto: el que la comunidad crea que el Estado no es capaz de prevenir, detener, procesar y sancionar a presuntos delincuentes, ¿le otorga (moral y

[275] Azaola, Elena, *op. cit.*, nota 273, p. 32.
[276] *Ibidem*, p. 34.

legalmente hablando) legitimidad para hacerlo por sí misma? Naturalmente que no. Es inmoral, ilegal e ilegítimo que una sociedad que exige justicia y organiza marchas del silencio contra la impunidad, asesine a sangre fría, con lujo de salvajismo y en flagrante violación a los derechos humanos más elementales, a quienes han jurado servirla y protegerla, y es peor todavía que, al siguiente día, exija la presencia de los organismos protectores de los derechos humanos cuando el Estado trata de hacer la justicia que ellos mismos aclamaron y luchar contra la impunidad que días antes denunciaron.[277]

¿Quizá es la falta de moral? Consideramos que sí, al menos en gran parte.

8) *Centros penitenciarios*. Las malas condiciones en que se encuentran los centros penitenciarios son de todos conocidas. Sobrepoblación y hacinamiento son sólo unos cuantos de sus problemas. El hacinamiento, por ejemplo, obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales de los sistemas penitenciarios, como la salud, el descanso, la higiene, la alimentación, la seguridad, el régimen de visitas, y de otras funciones igualmente importantes pero que han pasado a ser prescindibles por su imposibilidad de realización, como es el caso del trabajo, la recreación, la educación y la visita íntima.[278]

El costo del sistema carcelario es, de acuerdo con un estudio realizado por Elías Carranza y el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD),[279] mucho más elevado si lo comparamos con lo que le costaría al sistema entregarle a una persona un salario mínimo mensual, hecho que quizá evitaría que el sujeto delinquiera, por lo que subsidiariamente coadyuvaría a la prevención.

Por lo que hace a la sobrepoblación, se han formulado varias hipótesis que intentan explicar el aumento de la población penitenciaria: *a)* se está enviando a más gente a prisión, sea en calidad de sentenciados o de procesados (respecto a

[277] Entiéndase que no justificamos el uso de la violencia por parte del Estado para aprehender a los probables responsables de los hechos acaecidos en Tláhuac, sino que sorprende la doble moralidad que caracteriza a la sociedad mexicana y que se hizo palpable con los acontecimientos del 24 de noviembre.
[278] Carranza, Elías, "La política criminal en América Latina sólo produce más cárceles", *op. cit.*, nota 194, p. 70.
[279] *Idem*.

estos últimos, porque cada vez más delitos son considerados como graves); *b)* las condenas a prisión son cada vez más largas; *c)* hay más presos porque hay más delitos, y *d)* porque aumentan en número las políticas de justicia penal que promueven la prisión. Si queremos obtener un avance en este aspecto es necesario combatir la materialización de estas hipótesis, para lo que será indispensable realizar varias reformas legales al respecto.

En suma, con el hacinamiento y la sobrepoblación que presentan nuestros centros penitenciarios, ¿podremos seguir usando indiscriminadamente, como hasta ahora, la pena de prisión? Para estar en aptitud de contestar esta interrogante, no debemos perder de vista que la posible respuesta no debe ir en el sentido de construir más prisiones, porque no es ni con mucho la solución y porque tampoco tenemos los recursos para hacerlo.

A lo largo de este apartado hemos mencionado algunos de los problemas que se presentan cuando un Estado es excesivamente partidario de la aplicación de la pena de prisión en la lucha contra la delincuencia. Sin embargo, y en virtud de la decadencia de la prisión, parece que ha llegado el momento de evolucionar a un estadio superior que se rija por el pleno respeto a los derechos humanos y en el que la sociedad y el Estado enfrenten conjuntamente y de la mano, no uno confrontado con el otro, el cada día más creciente y lucrativo fenómeno de la criminalidad.

VII. Crisis de la prisión. Tendencias hacia su sustitución o abolición

En la primera parte de este capítulo analizamos el surgimiento de la prisión y su evolución histórica (global) y legislativa (en nuestro país). Posteriormente nos referimos a los fines de esta pena, a las numerosas críticas qua ha recibido y los problemas que día con día se presentan con y por su aplicación. En consecuencia, ya estamos en posibilidades de lanzar una conclusión preliminar: la pena de prisión no es ni ha sido efectiva para mantener la paz social (faceta preventiva) ni ha sido eficaz para sancionar y readaptar a quienes han atentado contra los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal (faceta represiva-readaptadora).

Y no es ésta una conclusión innovadora. Ya desde hace varios años innumerables estudiosos de estos temas se han pronunciado en este sentido, dando paso a propuestas encaminadas a disminuir su uso o aplicación y proponiéndola sólo para casos extremos en los que sea indispensable para mantener a la sociedad a salvo. Así surgieron, *grosso modo*, los sustitutivos y correctivos de prisión y, más radicalmente, las teorías abolicionistas, que como su nombre anticipa, tienden a la erradicación de la prisión de una vez y para siempre.

El tema de los sustitutivos y correctivos de prisión es materia del capítulo siguiente. Respecto a las teorías abolicionistas sólo realizaremos un comentario por la poca probabilidad que tiene, por el momento, de lograr sus postulados: la actual imposibilidad real de eliminar la pena de prisión de nuestros códigos punitivos, ya que aún no se nos ha ocurrido una mejor manera de defendernos de los criminales peligrosos y de paso que *intente* readaptar a los difícilmente readaptables. Es indispensable que en proposiciones futuras no abandonemos la idea de la readaptación, a la que necesariamente deberá ajustarse la pena que tienda a sustituir definitivamente a la prisión, por lo que no será viable una pena sustitutiva total que en efecto segregue a los peligrosos pero que abandone el tratamiento carcelario, porque de lo que se trata es de dar pasos hacia al frente y no hacia atrás.

VIII. Tendencias político-criminales actuales

Desde hace algunos años hemos entrado en una etapa de tempestad por lo que hace al debate respecto al crimen y a la pena de prisión. A modo de huracán, ha cortado y de raíz los lazos que unían a la ley escrita con la ley que se aplica; ha roto toda relación entre los valores (sociales, éticos, morales, religiosos) y la sociedad (cuyo nombre parece ser cada día más simbólico) y, finalmente, ha distanciado la cualidad de “humano” del “hombre”. Pero a diferencia de las tempestades naturales, después de nuestra tempestad social no llega la calma. Bien apenas se llega a un consenso, sucede algún acontecimiento que echa a tierra todo lo acordado, o de menos la postura más uniforme.

Así las cosas, en el presente apartado haremos una breve pero puntual reflexión acerca de nuestra tempestad (la mexicana), esto es, el rumbo que parece tomar la sociedad y la legislación en la lucha contra la delincuencia común y la expansión y evolución de la criminalidad a formas más complejas.

En un primer momento (1) nos referiremos a la tendencia que identificamos como “derecho penal máximo”, entre cuyos presupuestos encontramos el incremento de la penalidad para determinados delitos y la (re)incorporación de algunas penas a nuestros códigos penales. En un segundo momento (2) presentaremos la antítesis de la tendencia anterior: principios y figuras que buscan la despenalización de conductas que no protegen bienes jurídicos cuya finalidad, que se corresponde o se debe corresponder con la finalidad del derecho penal —presupuesto legitimador del poder punitivo del Estado—, sea asegurar la pacífica coexistencia en la sociedad, y el rotundo repudio a instituciones que con el tiempo se fueron excluyendo de los códigos penales pero que ahora se defienden y proponen sin mayor censura. Postura que, sin dudarlo, sostiene la poca efectividad de las penas largas de prisión, por lo que se expresa en contra del aumento de la punibilidad como una posible solución a la conflictividad social.

1. *Hacia un derecho penal máximo. La situación mexicana*

En contraste con nuestro modesto desarrollo económico, maquillado por la incorporación de México a círculos “exclusivos” de la economía (la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y nuestra afiliación a la Organización Mundial de Comercio y a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, por mencionar algunos), el crecimiento y desarrollo de la criminalidad ha sido real y mucho más vertiginoso. Sin embargo, las políticas públicas se han quedado estupefactas y sin una idea clara del rumbo que deben tomar. Y la política criminal no ha sido la excepción.

Ante el pasmo de la sociedad por la falta de respuesta del Estado al fenómeno delictivo, ésta se ha tornado más activa y ciertamente ansiosa por participar en el debate respecto a la línea que se debe seguir para sacar a la

justicia penal de la sombra en la que se encuentra, aunque en muchas ocasiones esa participación deja entrever la ignorancia de buena parte de la población y la falta del razonamiento que debe preceder a cualquier toma de decisión (esto sin la intención de descalificar *a priori* las diversas propuestas). Así, se ha planteado:

1) *Incrementar la punibilidad en lo general*. Han sido incontables, y a destajo, las propuestas que pugnan por incrementar la penalidad máxima tanto en el Código Penal Federal como en los códigos penales de las entidades federativas, hecho que ha provocado que este tema sea fuente de una polémica a nivel nacional, alimentada por los sucesos ocurridos en países extranjeros. Por ejemplo, los eventos acaecidos en los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001 pusieron no sólo a prueba el ya endeble sentimiento de seguridad de los habitantes de esa nación, sino la de todo el orbe, por lo que tuvieron un globalizado impacto en las legislaciones penales, que ciertamente se inclinan, con el surgimiento de estos complejos grupos delictivos (terrorismo, delincuencia organizada), hacia la maximización del rigor penal.

De hecho, y circunscribiéndonos al ámbito local, hasta hace poco se proponía la reforma del Código Penal para el Distrito Federal a fin de que contemplara como punibilidad máxima los setenta años de prisión (en el ámbito federal, como se ha mencionado en otra oportunidad, la penalidad máxima es de sesenta años, y sólo para el caso de secuestro en el que la víctima sea privada de la vida se contempla la penalidad de setenta años). Para nuestro desasosiego, los partidarios de esta medida anotaron un *home run*: el 24 de febrero de 2006 se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el “Decreto que reforma diversos artículos del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal”. Entre los artículos objeto de la reforma se encuentra el 33, que hasta antes de esa fecha establecía como pena máxima cincuenta años de prisión y que ahora, en virtud de la reforma, se ha incrementado a ¡setenta años! Así es, esta propuesta se ha convertido en una aterradora realidad. Pero no sólo eso. México ha ingresado a la tendencia exageradora de las penas, en una clara imitación del sistema penal estadounidense (que sentencia a dos o tres cadenas perpetuas consecutivas),

llegando incluso a imponer hasta 384 años de prisión,[280] aunque lo cierto es que un individuo sólo deberá compurgar 60 o 70 años como máximo, dependiendo del código (local o federal) aplicable al caso.

Sin embargo, al menos hay algo relativamente positivo que podemos destacar de esta reforma: la incorporación de un nuevo párrafo (el cuarto) al artículo 33, que a la letra dice: “Si se trata de dos o más penas de prisión impuestas en sentencias diferentes, aquellas se cumplirán invariablemente de manera sucesiva, sin que la suma de ellas sea mayor de setenta años”. Y si como hemos dicho no somos partidarios de penas de prisión extremadamente largas (podríamos hablar de una implícita cadena perpetua), cuando menos no se cayó en el absurdo (razón que fundamenta nuestra expresión “relativamente positivo”) de disponer que a la pena de setenta años por determinado delito[281] se le sume la correspondiente a otro delito, aunque excediese los setenta años, obligando a que se cumplan de manera consecutiva; lo subrayamos porque nuestros legisladores dan la impresión de que desean parecerse a sus pares de nuestro hermano mayor de más al Norte.

Hemos presentado sólo una muestra, que nos parece muy clara y harto ejemplificativa, de esta tendencia que se inclina por incrementar los “años en prisión” sin importar la (in)efectividad del sistema penitenciario y de si se cumplirá el fin de la pena de prisión contemplado en la Constitución mexicana: la readaptación social (en el remoto caso de cumplirse, ¿para qué readaptamos a un individuo que nunca, al menos en vida, volverá a ser libre?, ¿el sujeto colaborará con su readaptación o estará interesado en ella si sabe que pasará 70 años, si la naturaleza se lo permite, recluido?).

2) *Incrementar la punibilidad en lo particular*. Esta propuesta se dirige a la represión más enérgica de determinadas conductas ilícitas individualmente consideradas, cuya selección se hace con base en los delitos de mayor incidencia

[280] Como sucedió en el caso del multihomicida Orlando Magaña.
[281] En virtud del decreto en comento, se reformaron los artículos 165 y 166 a fin de otorgarles el privilegio de ser los primeros en imponer esta nueva punibilidad a quienes cometan los delitos que tipifican: cuando la víctima de secuestro sea privada de la vida o muera durante su cautiverio y cuando los secuestrados sean menores de edad o personas incapaces de comprender o resistir la conducta tendente a su secuestro.

o que encabezan los índices delictivos, entre ellos: violación, robo, secuestro, homicidio, lavado de dinero, delincuencia organizada y delitos contra la infancia (enfocados a la trata de niños, el tráfico de órganos, la corrupción de menores y la pornografía infantil). Sólo mencionaremos un par de ejemplos para fines demostrativos, a fin de no alargar demasiado las presentes líneas:

La primera referencia que podemos hacer es la singular propuesta del candidato a la presidencia en los comicios federales de 2006, Roberto Madrazo, quien pretendía implementar la ley 10-15-20, en virtud de la cual se le impondrían 10 años de prisión a quienes portaran un arma en un asalto, 15 para quienes accionaran el arma y 20 a los que causaran lesiones por haberla accionado.[282] Aparentemente estaríamos ante una nueva ley; sin embargo, si se la analiza con cierto detenimiento, descubriríamos un aumento de penalidad y no la tipificación de otras conductas como delictivas. Así, por ejemplo: "XYZ" camina por la vía pública con una pistola *Luger* calibre 9 mm bajo su chaqueta, y sin proponérselo ni buscarlo, se le presenta la oportunidad de asaltar a un sujeto que, como caído del cielo, sale de una sucursal bancaria con un fajo de billetes en la mano. XYZ se acerca sin mayor cuidado. La víctima, sin haber visto aún el arma de fuego, se resiste a ser despojada de todos sus ahorros. Ante la osada resistencia, XYZ desenfunda su arma y la acciona, lesionando al ya inerte sujeto. Afortunadamente para ambos, la herida, a pesar de que tardará más de 15 días en sanar pero menos de 60, es sólo superficial. Tiempo después, XYZ es aprehendido y consignado.

Basándonos en este supuesto, XYZ podría ser condenado a: de 6 meses a 10 años de prisión, dependiendo de la cuantía del robo (artículo 220, fracciones II, III y IV); de 2 a 6 años más de prisión por el hecho de que la víctima haya sido un transeúnte (artículo 224, fracción IX); de 2 a 6 años más por haber cometido el robo portando un arma (artículo 225, fracción II); de 6 meses a 2 años más por la lesión (artículo 130, fracción II, todos del Código Penal), aumentada en dos

[282] Véase "Promoverá Madrazo cadena perpetua", *El Porvenir*, 6 de abril de 2006, visible en: *http://www.elporvenir.com.mx*.

terceras partes por ser ésta calificada;[283] de 3 a 10 años más por la portación de un arma de uso exclusivo de las fuerzas armadas (artículo 83, fracción II, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos), y ¡10, 15 y 20 años más! por portar un arma en el asalto, accionarla y haber causado lesiones como consecuencia de su uso (de acuerdo con la ley 10-15-20). ¿No proponía Roberto Madrazo un aumento desproporcionado e irracional? ¿No se está acaso sancionando dos veces la misma conducta ya enérgicamente penada? Aun trasladando estos delitos y sus penas del Código Penal a "su" ley, se estaría incrementando sobremanera su punibilidad, además de las precisiones que se requerirían para diferenciar, por ejemplo, las lesiones conforme a su gravedad o la sanción que correspondería dependiendo el tipo de arma de fuego empleada.[284]

Otra variante más se expresa en el sentido de considerar a todos los delitos en materia de derechos de autor ("piratería", como se les conoce) como de delincuencia organizada,[285] lo que implicaría que a la pena que podría imponerse por estos delitos en particular (que va de seis meses a diez años de prisión, dependiendo el artículo aplicable al caso)[286] se le sumaría la correspondiente que se estipulara en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (que también

[283] El artículo 138 establece que las lesiones son calificadas cuando se cometan con ventaja, traición, alevosía, etcétera. Existe ventaja, de acuerdo con la fracción I, inciso *b*, de este precepto "cuando [el agente] es superior por las *armas* que emplea…".

[284] Un buen ejemplo de disposiciones o leyes irracionales y desproporcionadas es la ley *Three Strikes You're Out* de California, emitida en 1994 (para 2004, 26 estados y el gobierno federal estadounidense contaban ya con leyes similares). El modelo californiano —que se considera el más drástico de los hasta ahora implementados—opera de la siguiente forma: se señala una serie de delitos, generalmente graves o violentos, que constituyen un *strike*; cuando se comete un segundo delito (*two strike*), también grave o violento, la pena asignada para éste se duplica; y cuando se comete el tercer delito (*three strike*) la pena a aplicar es cadena perpetua, sin importar si el tercer delito es considerado como no-grave. Y no obstante la existencia de beneficios penitenciarios, el penado al amparo de esta ley deberá cumplir, cuando menos, con: *a)* el triple de la pena asignada para el tercer delito; *b)* 25 años, o, en fin, *c)* el tiempo determinado por los tribunales para la nueva condena. Véanse: Martínez Escamilla, Margarita, "Kupers, Terry. Conversaciones: la orgía del encarcelamiento en Estados Unidos y la ideología que la sustenta", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-cl, pp. C1:10, nota 4; Pavarini, Massimo, "«Economía del exceso» y castigos excesivos", *Bulletin de la Société internationale de défense sociale pour une politique criminelle humaniste. Cahiers de Defense Sociale 2003*, disponible en *http://www.defensesociale.org/revista2003/14.pdf*; "Aprobado proyecto La tercera es la vencida: un paso adelante en el combate a la delincuencia", disponible en *http://www.lyd.com/noticias/tercera_vencida.html*.

[285] Se contempla ya en este sentido el estipulado en el artículo 424 bis del Código Penal Federal, que establece: "Artículo 424 bis. Se impondrá prisión de tres a diez años y de dos mil a veinte mil días multa:

I. A quien produzca, reproduzca, introduzca al país, almacene, transporte, distribuya, venda o arriende copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor, en forma dolosa, con fin de especulación comercial y sin la autorización que en los términos de la citada Ley deba otorgar el titular de los derechos de autor o de los derechos conexos.

Igual pena se impondrá a quienes, a sabiendas, aporten o provean de cualquier forma, materias primas o insumos destinados a la producción o reproducción de obras, fonogramas, videogramas o libros a que se refiere el párrafo anterior, o

II. A quien fabrique con fin de lucro un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación".

[286] Artículos 424-427 del Código Penal Federal.

debería ser reformada para así contemplarlo en su artículo 2o., fracción I)[287] por el simple hecho de pertenecer a ésta, pena que oscilaría entre los cuatro y ocho años de prisión, dependiendo de si las funciones que realiza el sujeto dentro de la organización son de administración, dirección o supervisión, o de si no tiene estas funciones. Y si bien no estamos hablando del aumento de punibilidad para estos delitos dentro del Código Penal Federal, el incremento se verificaría al imponer también las penas relativas establecidas por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Sin embargo, parece que quienes esto proponen no están tomando en cuenta nuestra realidad. En los operativos realizados por las fuerzas policiales para detener a los "piratas" y decomisar las mercancías, rara vez resultan detenidos, y evidentemente condenados, los cabecillas de estos grupos, sino que la mayoría de las veces la culpa y el correspondiente castigo recae en quienes han hecho del comercio de productos ilegales una forma de ganarse la vida.

3) *Introducir* a nuestros códigos penales *la cadena perpetua*, tema que por su trascendencia merece comentarios aparte (A).

4) *Efectivizar la pena de muerte* (B), que también requiere consideraciones por separado a pesar del espectacular revés que recientemente sufrieron quienes esto proponían.

A. *Hacia la cadena perpetua en México*

Si bien la polémica sobre la cadena perpetua no nos ha dado un momento de descanso, ésta se acentúa cada vez más entre más se acercan los periodos electorales. Como la sociedad se siente desprotegida e insegura y los principales reclamos sociales se manifiestan en este sentido, el tema de la seguridad/inseguridad pública encabeza los discursos de los candidatos a cualquier cargo público de elección popular, sobre todo en la despiadada lucha por

[287] "Artículo 2o. Cuando dos o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada…". Enumerando posteriormente en cinco fracciones los delitos respecto a los cuales el acuerdo de organización se considera delincuencia organizada.

obtener el control de la institución política más importante y dominante (dado nuestro presidencialismo exacerbado): la Presidencia de la República.

Cada sexenio la historia se repite. Los candidatos presidenciales no han desaprovechado la oportunidad para efectuar sus proposiciones en el sentido de hacer más enérgica la respuesta del Estado ante el fenómeno delictivo para así congraciarse con el electorado y poder obtener el puesto más preciado. Y aunque quizá no debamos preocuparnos tanto por las propuestas electorales que abogan por la cadena perpetua, dado que en este país una cosa se dice y otra se hace, lo que sí ha causado gran impacto es el reciente pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el que resolvió, por mayoría de votos, que el Código Penal de Chihuahua "no se aparta de la carta magna al establecerse la posibilidad en determinados supuestos… de la imposición de penas privativas de la libertad que implicaran un término mayor a la expectativa de vida del sentenciado".[288]

El que la Corte haya resuelto lo anterior no sólo excitará a sus incansables defensores a presionar la llaga de la que brotará la pus de la cadena perpetua de una vez y para siempre (dada la dificultad de que los legisladores echen para atrás una reforma a todas luces ineficaz, porque las contrarreformas son una muestra del pobre análisis legislativo, y habla muy mal de los hacedores de leyes), sino que también tendrá un gran impacto a nivel internacional, sobre todo en tratándose de los procesos de extradición.[289]

---

[288] Debemos hacer una puntualización: no es que el Código Penal de Chihuahua estipule como tal la cadena perpetua, sino que éste permite que por la acumulación de penas en virtud de la comisión de determinados delitos, la pena "final" supere los 100 años de prisión. Así, el artículo 126, segundo párrafo, de dicho Código señala que "si además del homicidio, se cometen en perjuicio de la víctima otros delitos, deberá imponerse pena por cada delito cometido aun y cuando con ello se exceda el máximo de la pena de prisión" (que es de sesenta años). Véase Burgos García, Enrique, "Cadena perpetua", *El Universal*, 8 de abril de 2006, en: *http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/vi_34008.html*.

[289] La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al pronunciarse respecto a la constitucionalidad de la pena de prisión vitalicia a efectos de la extradición, en un primer momento sostuvo que "la prisión vitalicia constituye una pena inusitada de las prohibidas por el artículo 22 constitucional", y ello porque no se corresponde con los fines punitivos, consistentes en la readaptación social del sentenciado. Posteriormente, en una clara modificación de su criterio, señaló que no se trata de una pena inusitada, por el hecho de no encontrarse en ninguno de los tres supuestos siguientes: "*a)* que tenga por objeto causar en el cuerpo del sentenciado un dolor o alteración física; *b)* que sea excesiva en relación con el delito cometido, que no corresponda a la finalidad que persigue la pena, o que se deje al arbitrio de la autoridad judicial o ejecutora su determinación al no estar prevista en la ley pena alguna exactamente aplicable al delito de que se trate, y *c)* que siendo utilizada en determinado lugar no lo sea ya en otros, por ser rechazada en la generalidad de los sistemas punitivos". De ahí que para la mayoría de los integrantes de la Corte la cadena perpetua no causa dolor o alteración física; no es excesiva para determinados delitos, sí se corresponde con la finalidad de la pena (ya no la readaptación, sino el restablecimiento del orden social) y no es mundialmente rechazada. Afortunadamente no todos los ministros comparten este criterio. Para el ministro Genaro David Góngora Pimentel, esta tesis de jurisprudencia "no contribuye al progreso de la ciencia penal, ni

Por otra parte, a pesar de que se afirma que sentencias superiores a los 40 años de prisión pueden considerarse como perpetuas, existe una pequeña pero importantísima diferencia: cadena perpetua significa, de acuerdo con el *Diccionario* de la Real Academia Española, "pena aflictiva que duraba como la vida del condenado", es decir, mientras no se extinga la vida no se extingue la pena. En cambio, una pena de 60 años, por ejemplo, podría convertirse en una de 40 si el reo goza del beneficio de la remisión parcial de la pena, o puede suceder que por su buen comportamiento o presumible readaptación se haga acreedor a la libertad preparatoria.[290] Y aunque esta última podría otorgarse a un condenado a perpetuidad, el caso mencionado primero es un tanto diverso. Si hablamos de una pena "de por vida", estamos negando implícitamente la posibilidad de conceder la remisión parcial de la misma; si se afirmara lo contrario, ¿cómo podremos reducirla si no sabemos cuántos años vivirá el reo y por lo tanto a cuántos años asciende su pena? ¿Podríamos saberlo? o ¿deberíamos adivinarlo?

A final de cuentas, gracias a los avances tecnológicos, y confrontándolos con la cadena perpetua, setenta años no es "toda" la vida.

B. *¿Después de la perpetuidad de la pena, la muerte del delincuente?*

A lo largo del capítulo anterior y del presente hemos avanzado algunas reflexiones respecto a la pena de muerte, por lo que aquí sólo nos avocaremos a la bofetada con guante blanco que recibieron sus defensores ante la reciente reforma constitucional, además de hacer algunos breves comentarios incitados por la feliz reforma.

---

corresponde a la finalidad que persigue la pena… [pues] esta Suprema Corte de Justicia ha dicho que el legislador puede conducirse con el mismo espíritu de ferocidad que la del delincuente, porque puede dictar leyes de hierro para los gobernados que obedecen, robusteciendo el autoritarismo punitivo". En consecuencia, "abandonar esas tesis de jurisprudencia que consideran a la prisión vitalicia como violatoria del artículo 22 constitucional… no contribuye a la disminución de los delitos que se consideran graves, en tanto no se modifiquen las situaciones de hecho que les dan origen… y sí en cambio, sienta un precedente de que el Estado puede aplicar toda su fuerza punitiva, sin ningún límite, contra los individuos que gobierna, que según esa concepción filosófica como seres humanos son incapaces de recomponerse". "La hora del garrote ha llegado" —sentencia—. Véase "Prisión vitalicia. Constituye una pena inusitada de las prohibidas por el artículo 22 constitucional", "Prisión vitalicia. No constituye una pena inusitada de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos" y "Voto particular del ministro Genaro David Góngora Pimentel", todos citados en la nota 113.

[290] Como se dijo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional contempla la pena de prisión vitalicia; no obstante, de manera por demás afortunada, contempla la revisión periódica de la pena, que puede ser reducida a criterio de la Corte. Remitimos al lector al capítulo primero, nota 132.

Como en los cuentos, todo comenzó el día[291] en que se hizo público que el Senado "elimina… la pena de muerte del Código de Justicia Militar", y la sustituye por 30 y 60 años de prisión "a quienes infrinjan diversas normas de la disciplina militar, sin que ello signifique afectación o deterioro en la conducta castrense". Pero como había que agregarle algo de suspenso a la trama, la reforma se publicó hasta el 29 de junio de 2005, cuando la fracción V del artículo 122 apareció en el periódico oficial como "V. Derogada". Antes de esta fecha el precepto decía: "Artículo 122. Las penas son: …V. Muerte".

Parecía que sólo faltaba que alguien diera el primer paso para que esta llegada de racionalidad a nuestros legisladores rindiera su mayor fruto. De esta forma, y armados ya de valor por la "derogación sin contratiempos", el Congreso de la Unión decidió tomar las riendas del debate y luchar por el premio mayor: la derogación constitucional.

Y en efecto, para nuestra ventura, el 9 de diciembre de 2005 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el "Decreto por el que se declara reformados los artículos 14, segundo párrafo y 22 primer párrafo, y derogado el cuarto párrafo del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". En el siguiente cuadro se muestran los términos de la reforma en comparación con el texto anterior.

Antes de la reforma	*Después de la reforma*
Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.	**Artículo 14.** A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.
Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas	Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas

[291] 16 de abril de 2004. La nota completa, "Elimina el Senado la pena de muerte del Código de Justicia Militar", puede verse en: *http://www.canaldelcongreso.gob.mx/article.php3?id_article=472*.

con anterioridad al hecho. … **Artículo 22**. Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. … … Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.	con anterioridad al hecho. … **Artículo 22.** Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. … … (Derogado el cuarto párrafo).

Y así, después de más de una centuria, finalmente podemos dar por concluido el debate en nuestro país respecto a la pena capital. Y “como si fuese leche evaporada que se llevó el viento”, se esfumó una de las propuestas “de emergencia” a las que solían recurrir los candidatos a cargos de elección popular cuando su fama se veía disminuida; pero no todo está perdido para ellos, todavía les queda un “as” bajo la manga: seguir proponiendo la cadena perpetua.

Sin embargo, no podemos concluir el presente apartado sin reflexionar sobre un tema que, excitado por la reforma, tenemos aún atravesado: la falta de congruencia en la mentalidad de los seres humanos.

1) Como “devotos” mexicanos, nos indigna el hecho de que existan mexicanos condenados a muerte en los Estados Unidos, pero este doble discurso parece deberse a la idea de que “sólo nosotros podemos matar a nuestros compatriotas”, quizá alimentada por la frase que comúnmente utilizan las madres

mexicanas: “nadie puede golpear a mis hijos, sólo yo”, como si el no permitir que terceras personas maltraten a nuestros hijos hiciera menos reprochable que los padres lo hagan. Y es esta misma doble moral la que se presentaba con la pena de muerte.

Pero qué sucedería si, por ejemplo, a Sharif Sharif (ciudadano estadounidense) se le encontrara responsable por todos los “feminicidios” ocurridos en Ciudad Juárez y se hicieran públicas las historias de las víctimas, las vejaciones a las que fueron sujetas y la forma atroz en que fueron torturadas, mutiladas y posteriormente asesinadas, la mayoría de los mexicanos, patriotas a conveniencia, lanzaría la proclama “¡mátenlo!”, o tímidamente, al menos, se preguntaría ¿por qué nuestros *desconsiderados* legisladores abolieron la pena de muerte?

2) Dijimos líneas atrás que a la par que se incrementó la punibilidad en el Código Penal para el Distrito Federal se reformaron los artículos 165 y 166 relativos al secuestro. El hecho de que esta nueva penalidad de 70 años esté estipulada para ese delito nos da una clara muestra del poco valor que a últimas fechas se le otorga a la vida humana en comparación con la libertad, como si pudiese haber libertad sin vida. *De facto*, muchos se inclinaban por la pena de muerte para los secuestradores, pero no para los homicidas, quizá porque sería contradictorio defender la vida y pretender castigar con la privación de la misma.

Porque como afirmó el diputado De los Ríos en los debates del Congreso Constituyente de 1916-1917 respecto a la pena capital, “si no queréis que se mate, empezad vosotros, señores asesinos”.[292]

2. *Las políticas reduccionistas propias de un Estado democrático y social de derecho*

Como afirma Sanz Mulas, “la síntesis Estado social y democrático de derecho no consiste… en una mera adición de especificidades”,[293] sino que este

[292] Intervención del diputado De los Ríos en el debate del artículo 22, *Nueva edición del Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1916-1917*, *cit.*, nota 208, p. 932.

nuevo modelo de Estado, en contraposición con los Estados nacionales absolutistas y liberales (estos últimos que privan lo individual sobre lo social), se ve limitado como consecuencia de los caracteres que le sirven de calificativo. De esta forma, como Estado de derecho el *ius puniendi* deberá estar sometido a la ley, razón por la cual deberá fundarse en el principio de legalidad. Como Estado democrático no deberá apartarse ni desconocer los principios de la dignidad humana, la igualdad y la participación de los ciudadanos en la conformación del poder político, debiendo privilegiar las garantías individuales y los derechos humanos. Y como Estado social su función será intervenir mediante la amenaza de castigo (esto es, penalmente) en aras de proteger a la sociedad en su conjunto sin privilegiar intereses individuales por sobre los colectivos.[294]

De esta forma, el derecho penal, y por tanto las normas penales y las sanciones que el legislador establezca para los casos de incumplimiento, deberán ajustarse a estos mismos principios y no rebasar sus respectivas limitantes. Como consecuencia, el derecho penal en una concepción de Estado de esta naturaleza deberá cumplir tres funciones simultáneas: el promover (vía prevención) el cumplimiento de la ley o sancionar el incumplimiento de la misma (vía represión-resocialización); la limitación del poder estatal en su lucha contra el delito, y la protección de la sociedad y de sus miembros frente a la ilegalidad de las conductas individuales.

La primera de ellas se corresponderá con la sujeción de las normas penales a las leyes de rango superior; la segunda con la reducción paulatina de la intervención punitiva, y la tercera con la intervención que la sociedad exige del Estado ante la delincuencia y el surgimiento de grupos delictivos complejos, que incluso se han infiltrado en altas esferas de poder.

Y aunque pareciera haber una contradicción entre las dos últimas funciones, ésta es sólo aparente: esa exigencia de intervención no obliga, siendo coherentes con este modelo de Estado, a postular como deseable o políticamente

---

[293] Sanz Mulas, Nieves, *Alternativas a la prisión. Su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Procuraduría General de la República, 2004, p. 230.
[294] *Ibidem*, p. 231.

correcto un intervencionismo penal exacerbado, sino que deberá promoverse un sistema de justicia penal que no restrinja la libertad del ciudadano más allá de lo imprescindible y que tenga como indefectible postulado al *garantismo*, es decir, normas que aseguren o protejan a los ciudadanos contra los excesos del poder y de los individuos y que a su vez le otorguen un lugar privilegiado a los derechos humanos.

En consecuencia, y si nos basamos en las consideraciones anteriores, la política criminal que deberá seguirse, fiel a los axiomas “de derecho”, “democrático” y “social”, será aquella que tienda a:

1) Limitar el poder estatal en la lucha contra la delincuencia para evitar así el “terror” de Estado y la violación de los derechos humanos. Con lo que también conseguiremos otorgarle mayor legitimidad al Estado en el ejercicio del *ius puniendi*.

2) Que la intervención del derecho penal se presente como *ultima ratio*.

3) No restringir la libertad individual más allá de lo estrictamente necesario, lo que implica la desvalorización de la prisión preventiva.

4) Disminuir la privación de la libertad como respuesta punitiva principal, que deberá efectivizarse con la aplicación de alternativas a la misma en los casos real, y no legalmente (dada la inconsistencia de nuestros códigos penales al respecto), no graves.

5) Mejorar el sistema carcelario y de ejecución de penas.

6) No solamente intentar, sino lograr la resocialización de las personas que tienden a violar la ley, y no únicamente como objetivo de la prisión, sino de las demás penas y medidas que se tienen y se implementen como alternativas a la misma.

En fin, es necesario “reestructurar las respuestas a la criminalidad de un Estado democrático y social de derecho, con la conciencia de que sancionar puede ser obligación pero nunca virtud. La virtud es perdonar”.[295]

[295] Beristain, Antonio, “El derecho penal sustantivo se humaniza a través de las instituciones supranacionales (dignificación de las víctimas)”, *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. I. Derecho penal*, *cit.*, nota 7, p. 27.

CAPÍTULO TERCERO

DISMINUCIÓN DEL USO DE LA PENA DE PRISIÓN MEDIANTE LOS SUSTITUTIVOS Y CORRECTIVOS DE PRISIÓN EN EL DERECHO MEXICANO

Como tuvimos oportunidad de comentar en el capítulo anterior, la pena de prisión nació en crisis. Presentó problemas desde su concepción como una pena humana y desde la formulación de las teorías de la pena hasta la forma en que se regula y se aplica. Y si bien ha estado siempre presente la idea de que el aumento de las penas se corresponde con la disminución de la delincuencia, la cruda realidad nos ha golpeado de frente y sin piedad. Y este, para algunos importante y para otros soslayable, rotundo fracaso de la prisión para cumplir con sus supuestos fines teórico (readaptación) y práctico (segregación: porque no todos los culpables están en prisión y sí hay inocentes en la misma) dio la pauta para que los pensadores humanistas se dieran a la tarea de proponer alguna pena que sustituyese, aunque no en definitiva, a la prisión —para no dejar a la sociedad desprotegida ante individuos incorregibles que, por la monstruosidad de sus crímenes, no *podemos* dejar en libertad—, idearon "mecanismos" que sin erradicar la pena de prisión evitaran que delincuentes "de poca monta" o "no tan criminales" encontraran una salida más sencilla, pero sin que su conducta quedara impune o sin que la misma fuera objeto del reproche que toda conducta ilícita merece o requiere para que el Estado cumpla con una de sus principales funciones: la seguridad de su pueblo en general y del sujeto individualmente considerado en particular.

Y como el fracaso de nuestra prisión es el fracaso de nuestro sistema de justicia penal, debido a que al haberse constituido la pena de prisión como el eje sobre el que gira éste los fracasos de aquélla le impactarán directamente, se dio la incorporación en nuestro país de las "instituciones modificativas de la prisión"[296] a nuestro para entonces ya decadente sistema punitivo y ejecutivo penal: los

[296] García Ramírez, Sergio, "Desarrollo de los sustitutivos de la prisión", *Las penas sustitutivas de prisión*, Cuadernos para la Reforma de la Justicia, México, núm. 2, 1995, p. 36.

sustitutivos y correctivos de prisión. Los primeros “pretenden suprimir *ab initio*, la ejecución de la pena privativa de libertad o relevarla en casos concretos para moderar el impacto de las consecuencias penales sobre el reo primerizo”, en tanto que los segundos “buscan aliviar el exceso de la prisión”.[297] Siguiendo esta lógica, en los apartados que siguen estudiaremos estas instituciones modificativas de la prisión, para finalmente concluir con las dificultades que hasta el momento se presentan en su configuración y aplicación y las posibles vías de solución.

I. LOS SUSTITUTIVOS DE PRISIÓN

Con base en el panorama arriba descrito, la *motivación* de los sustitutivos de prisión es obvia: la disminución del uso de la prisión por sus negativos efectos tanto en la familia, núcleo principal y formacional de la sociedad, como en el individuo, y la necesaria reprochabilidad de conductas antisociales para conservar un ambiente de convivencia y coexistencia que preserve la unidad del núcleo social.

Así, los sustitutivos de la pena de prisión surgieron como una opción más humana y respetuosa de los derechos humanos que tiende a condenar el uso excesivo de la prisión, y que como ésta, están dotados de presupuestos, objetivos y finalidades comunes.

1. *Concepto*

Podemos definir a los sustitutivos de prisión como aquellas sanciones de naturaleza jurídico-penal que limitan, restringen o privan de derechos, bienes o posesiones a quienes han incurrido en una infracción penal y que se aplican en reemplazo de una pena privativa de la libertad, dada la poca gravedad o peligrosidad de la conducta ilegal que los motiva o del agente.

El doctor Sergio García Ramírez se refiere a los sustitutivos de prisión como “las sanciones que el juzgador puede aplicar, por autorización de la ley penal, en

[297] *Idem*.

vez de la pena privativa de libertad que previene dicho ordenamiento como consecuencia directa del delito cometido".[298]

2. *Naturaleza jurídica*

Respecto a la naturaleza jurídica de los sustitutivos de prisión, se debe dilucidar si es posible considerarlos como una pena autónoma, jurídicamente hablando, que puede ser impuesta en lugar de la de prisión o si su vida y ejecución dependen totalmente de la pena de prisión, es decir, si son simplemente opciones subsidiarias a la pena de prisión, ya que de nuestra respuesta dependerá la finalidad que se les pueda atribuir y dará lugar a la configuración de las críticas que posteriormente podamos hacerles al momento de su efectivización.

Así las cosas, y recordando los conceptos que esbozamos en el capítulo primero respecto a la pena autónoma, sustitutiva y sustituible, podemos concluir que los sustitutivos (penas sustitutivas de la) de prisión pueden ser de simple (*de facto*), doble o triple naturaleza: algunos de ellos pueden imponerse individualmente o en conjunto como penas autónomas; otros, por el contrario, sólo se imponen como sustitutivos de la prisión, o bien, una pena sustitutiva puede a su vez ser sustituida por otra.

En el segundo caso (doble naturaleza) tenemos a la semilibertad, ya que es autónoma e independiente de cualquier otra sanción —y de hecho única— en los delitos de oposición a que se ejecute alguna obra o trabajo públicos (artículo 285, Código Penal) o de ultrajes a la autoridad (artículo 287, Código Penal), y a la vez fungirá como sustitutiva de la pena de prisión impuesta que no exceda de cinco años. Sin embargo, a pesar de que el Código Penal Federal establece que la semilibertad es una pena de doble naturaleza (autónoma y sustitutiva), no se ha establecido esta sanción como punibilidad de ningún delito en ese orden, lo que da sustento a nuestra clasificación de los sustitutivos de naturaleza simple (*de*

[298] García Ramírez, Sergio, "Reforma penal y sustitutivos de la prisión", *Criminalia*, año LXV, núm. 3, septiembre-diciembre de 1999, p. 68.

facto), si bien la puerta permanece abierta para su efectivización como pena autónoma.

En el tercer caso tenemos a la multa, que dadas sus características y regulación legal podemos afirmar que es de triple naturaleza en virtud de que se impone como pena autónoma, alternativa, sustitutiva o sustituible. Es decir: *a)* puede imponerse como pena principal o acompañar a la de prisión (autónoma); *b)* al momento de la individualización de la pena el juzgador puede escoger entre la multa o la prisión (alternativa); *c)* puede sustituir a la pena de prisión (sustitutiva), y *c)* la multa-autónoma puede sustituirse a su vez por trabajo en favor de la comunidad o en favor de la víctima (artículo 85 del Código Penal), aunque nada obsta para que la multa-sustitutiva pueda también sustituirse, ya que, en principio, la pena sustituida (prisión) desaparecerá al hacerse efectiva la sustitución y al cumplimentarse ésta.

3. *Finalidad de los sustitutivos de prisión*

Si bien la pena de prisión tendió a sustituir a la de muerte, con el tiempo fue necesario crear mecanismos para disminuir el impacto que la pena de prisión provoca en el sujeto que la sufre, en su familia y en la sociedad, y a pesar de que no se optó por su desaparición, irrealizable en el momento actual, se decidió la adopción de mecanismos que evitaran al máximo su aplicación. Se buscó humanizarla y sustituirla, lo que constituye una paradoja si recordamos las tendencias actuales hacia un derecho penal máximo en el que se aumente la punibilidad para la mayoría de los delitos, en la tipificación de conductas que no protegen bienes jurídicos que ayuden a la coexistencia pacífica, o bien, la cada vez mayor incorporación de tipos penales que salvaguardan bienes jurídicos etéreos que en caso de ser efectivamente lesionados no ocasionan una gran afectación a la estabilidad societal.

Así las cosas, y bajo el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, estamos en aptitud de señalar que los sustitutivos de prisión tendrán una finalidad doble: la no por obvia menos importante finalidad de sustituir a la pena

privativa de la libertad, y por ende, están llamados a cumplir los objetivos de aquélla: la readaptación social (en congruencia con nuestro texto constitucional) y la prevención en su doble vertiente, general y especial (a tenor de las teorías de la pena).

En el primer caso, los sustitutivos de la pena de prisión tendrán por finalidad evitarle a quienes han sido procesados y condenados por la comisión de un delito que merezca pena corporal, el ser privados de la libertad; esto al menos en principio, dado que la semilibertad es una privación o libertad a medias, como tendremos oportunidad de ver más adelante.

En el segundo caso, si bien no se percibe en la regulación legal relativa a los sustitutivos algún mecanismo que como tal coadyuve a la readaptación social del sentenciado, el hecho de que deba cumplir con una pena sustitutiva hará las veces de escarmiento y de reproche social por la conducta ilícita cometida, ya sea porque la pena sustitutiva represente un detrimento en su patrimonio (multa), en su tiempo (trabajo en favor de la comunidad o en beneficio de la víctima) o en su propia libertad (semilibertad), lo que al final, aunque con menos dramatismo, redundará en evitar su reincidencia (prevención especial) y en "espantar" a los potenciales delincuentes (prevención general).

A esos objetivos deben estar encaminados todos sus esfuerzos.

4. *Los sustitutivos de prisión*

La incorporación[299] de las penas sustitutivas de la prisión en el derecho mexicano tiene como principal antecedente el Código Penal de Veracruz de 1980. No obstante, el entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931 ya contemplaba la posibilidad de sustituir la pena de prisión inferior a seis meses por multa, determinada ésta en términos monetarios absolutos, además de la opción

[299] Véase García Ramírez, Sergio, "Consecuencias del delito: los sustitutivos de la prisión y la reparación del daño", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXVI, núm. 107, mayo-agosto de 2003, pp. 433-446; del mismo autor, "Desarrollo de los sustitutivos de prisión", *Estudios jurídicos*, *cit*., nota 125, pp. 711-770; Sarre, Miguel, "Improcedencia de la prisión preventiva en los procesos por delitos cuya penalidad contempla un sustitutivo de prisión", *Criminalia*, México, año LIX, núm. 3, septiembre-diciembre de 1993, pp. 96 y 97.

que tenía el juzgador de suspender condicionalmente la ejecución de la pena de prisión cuando ella no fuera superior a dos años.

Posteriormente, en 1971, se publica en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma a dicho ordenamiento, en virtud de la cual se amplía a un año la pena de prisión susceptible de ser sustituida por multa. Y es hasta la reforma efectuada en 1983 que se introdujeron en el artículo 70 del Código Penal de 1931, el tratamiento en libertad, la semilibertad[300] y el trabajo en favor de la comunidad.

Así, se determinó que la prisión podría ser sustituida por trabajo en favor de la comunidad cuando no excediera de un año, y por tratamiento en libertad o semilibertad cuando fuera menor a tres años. La sustitución por multa se conservó en un año, y la condena condicional en dos.

Tiempo después, en 1991 y 1993, se reforman las disposiciones relativas a los sustitutivos para ampliar su manto protector a penas de prisión de mayor duración, antes de valorar los efectos de su incorporación y de garantizar su correcta aplicación.[301] Y precisamente por estas causas se hizo necesaria una "contrarreforma" para desandar lo andado y corregir, así fuese un poco, el rumbo. En el cuadro siguiente se observan con mayor claridad dichos vaivenes.

Sustitutivo	**1983**	**1991**	**1996**
Prisión por multa	1 año	3 años	2 años
Prisión por trabajo en favor de la comunidad	1 año	5 años	4 años
Prisión por tratamiento en libertad	3 años	4 años	3 años
Prisión por semilibertad	3 años	5 años	4 años
Condena condicional	2 años	4 años	4 años

[300] Cuyo antecedente directo, aunque en el ámbito de ejecución penal, es el Decreto del 14 de agosto de 1968 del Estado de México, en virtud del cual se le otorgaba al reo la posibilidad de solicitar permisos de salida durante la etapa de preliberación.

[301] A decir de Sergio García Ramírez, "ambas [reformas, de 1991 y 1993] ampliaron muy considerablemente… el campo de aplicación de los sustitutivos cuando aún no se consolidaban los progresos de 1983… En estas condiciones, emprender más cambios legales en vez de dirigir la energía a la aplicación puntual y eficaz de las normas existentes, significa una distracción muy costosa moral y socialmente". "Desarrollo de los sustitutivos de prisión", *Estudios jurídicos*, *cit*., nota 125, pp. 754 y 755.

Por lo que hace al trabajo en beneficio de la víctima, este sustitutivo se incorpora únicamente al Código Penal para el Distrito Federal de 2002, luego de su separación y absoluta independencia del Código del Distrito Federal y de la Federación de 1931, para sustituir la pena de prisión menor a tres años.

A. *Multa*

De acuerdo con los códigos penales tanto federal como para el Distrito Federal, la multa "consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado", en el primer caso (artículo 29), o "al Gobierno del Distrito Federal", en el segundo (artículo 38).[302]

El doctor Sergio García Ramírez la conceptúa como "una afectación del patrimonio del infractor, que se traduce en el pago al Estado, por parte de aquél, de cierta cantidad de dinero".[303]

En nuestros códigos penales local y federal, como puntualizamos líneas arriba, la multa es una sanción autónoma, sustitutiva y sustituible, por lo que el juez puede imponerla como única o complementaria, o bien como sustitutiva de una pena corta de prisión; o, en fin, sustituirla por otra pena. Además, como una sanción penal con estas características, se le han atribuido, de acuerdo con Gisela Morillo, las siguientes finalidades: "*a)* represión de delitos leves, dolosos o culposos; *b)* represión agravatoria de otras delincuencias, y *c)* específica represión de la criminalidad de lucro",[304] y aunque la autora las denomina de esa forma ("finalidades"), consideramos que más bien se está refiriendo a lo que podríamos llamar "preferencias legislativas", es decir, a los tipos penales —tomando siempre en cuenta la gravedad de la conducta y la culpabilidad del agente— a los que mayormente va encaminada esta sanción penal, ya que con base en lo tratado en los capítulos anteriores, las *finalidades* propiamente dichas de esta pena, como la

[302] Véase, también, Bunster, Álvaro, "Multa", *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. VII, p. 561. Una definición más puntual al respecto, aunque no carente de algunas imprecisiones, la da Gisela Morillo ("Multa", Derecho Comparado, Argentina, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, *cit.*, en esta misma nota, p. 562) cuando señala: "La pena de multa es la privación de un bien del patrimonio del condenado, consistente —en principio— en dinero".
[303] "Artículo 38. Comentario", en García Ramírez, Sergio *et al.* (coords.), *Nuevo Código Penal…*, *cit.*, nota 144, p. 166.
[304] Morillo, Gisela, *op. cit.*, nota 302, pp. 562 y 563.

de todas las penas en nuestro sistema jurídico-penal, son otras. Sin embargo, esta diferenciación que efectúa la autora nos es útil en cuanto muestra que tanto la multa-autónoma como la multa-sustitutiva atienden a la criminalidad de *bajo perfil*, esto es, poca o nula (en el caso de delitos culposos) peligrosidad del agente, levedad en la desviación de la conducta y poca merma a la unidad/estabilidad social (y quizá a la víctima, o bien en los casos en que ésta es indeterminada, como sucede con los delitos ambientales, por ejemplo). No obstante, nuestros ordenamientos punitivos la han establecido indiscriminadamente para casi todos los delitos como pena acompañante o alternativa a la de prisión, cuando lo lógico sería, atendiendo a que la reacción sigue el mismo signo de la desviación, que se señalara como punibilidad sólo para aquellos delitos que provocan el empobrecimiento de la víctima u ofendido o el enriquecimiento del agente. "De ahí que la perpetración de estos delitos [patrimoniales] deba sancionarse con una afectación patrimonial".[305] Sobre todo si tomamos en cuenta que en los delitos en los que el aspecto económico no es jurídicamente relevante o no constituye una motivación para la comisión del mismo (como el homicidio, las lesiones, la violación), puede imponerse la sanción económica consistente en la reparación del daño; casos en los que la determinación de la multa no será necesaria y sí podría ser excesiva.

Por otra parte, al ser la multa una sanción pecuniaria jurídico-penal, su determinación no se hará con base en el libre arbitrio del juzgador. Éste tendrá que sujetarse a los mínimos y máximos establecidos en los códigos para cada delito en particular para su adecuada individualización, tomando en cuenta las prescripciones que al efecto establecen las leyes penales: artículos 70 a 75 del Código Penal para el Distrito Federal y 51 a 66 del Código Penal Federal.

Sin embargo, para determinar su monto o cuantía en dinero se han utilizado varios sistemas, como el de la suma total, el del tiempo o plazo de multa y el de días multa. Actualmente nuestra legislación, tanto en el ámbito federal como del Distrito Federal, emplea este último sistema. Pero ello no siempre fue así.

[305] "Artículo 38. Comentario", en García Ramírez, Sergio *et al.* (coords.), *Nuevo Código Penal…*, *cit.*, nota 144, p. 166.

En el Código Penal de 1871 la fijación de la multa se hizo a través de cifras absolutas en pesos. Y es hasta el Código de 1929 (en su artículo 83) que el sistema de días multa se adoptó en nuestro país, para ser abandonado apenas dos años después con el Código de 1931. No obstante, con la reforma efectuada en 1983-1984 se introdujo nuevamente el régimen de días multa en el entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal,[306] conservándose dicho sistema hasta el momento.

Así, de acuerdo con este sistema, el día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumar el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos. Pero en ningún caso el importe del día multa podrá ser inferior al salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal (en el ámbito local) ni menor al salario mínimo diario vigente del lugar donde se cometió el delito (en el ámbito federal). Adicionalmente, para su determinación se tomará en cuenta si se trata de un delito instantáneo, permanente o continuado de acuerdo con los artículos 29 del Código Penal Federal y 38 del Código Penal para el Distrito Federal.

De igual forma, en el caso del Código Penal para el Distrito Federal, la multa que se imponga no podrá ser menor a un día multa ni exceder de cinco mil (artículo 38). En el caso del Código Penal Federal, los días multa que se impongan como sanción no podrán exceder de mil (artículo 29). En ambos códigos se estipula que sólo podrá superarse ese tope máximo en los casos expresamente señalados por los mismos.

Resulta paradójico el hecho de que se establezcan topes máximos respecto a la cantidad de días multa que pueden imponerse como sanción (autónoma o sustitutiva) cuando en algunos tipos penales se establecen hasta ¡diez mil días multa!, es decir, diez veces el límite máximo, como sucede, por ejemplo, con el artículo 167 del Código Penal Federal. Y decimos que paradójico porque la *ratio legis* o razón de ser de los límites máximos establecidos en las leyes (como sucede también con la Ley Federal del Trabajo, por ejemplo, respecto a la

[306] *Ibidem*, pp.168 y 169.

duración máxima de la jornada laboral) es precisamente el evitar que los legisladores, motivados por las tendencias del momento histórico en el que desempeñan su función (en nuestro caso, una tendencia hacia un derecho penal máximo), rebasen esos límites, rompiendo con uno de los principios básicos de la pena, cual es el de la proporcionalidad entre delito cometido y sanción impuesta. Y el permitir que legalmente se puedan rebasar esos límites despoja de todo sentido y utilidad el establecimiento de esos topes máximos.

Así, de acuerdo con las consideraciones formuladas, el estudio de la multa lo podemos efectuar desde dos vertientes: (b) multa-autónoma/sustituible y (a) multa-sustitutiva. En el primer caso nos referimos a la imposición de la multa como pena autónoma, y que como tal puede ser sustituida por otra pena, y en el segundo a la posibilidad de sustituir la pena de prisión por multa. Bajo esta distinción, aunque en el orden inverso, efectuaremos el desarrollo de nuestras reflexiones.

a. Multa-sustitutiva

La pena de prisión impuesta podrá ser sustituida por multa cuando la privación de la libertad no exceda de dos (federal) y tres años (Distrito Federal). En ambos casos, un día multa equivaldrá, y por ende saldará, un día de prisión. Sin embargo, de la lectura del artículo 84 del Código Penal podría desprenderse una equivalencia distinta cuando agrega: "…de acuerdo con las posibilidades económicas del sentenciado". Si bien se busca que la multa sea proporcional al delito y ciertamente a los ingresos del sentenciado, a efecto de provocar un desmedro sensible en su patrimonio, como castigo que es, consideramos que esa función la cumple la pena de multa autónoma-sustituible que acompaña en casi todos los casos a la de prisión, en la cual el juez puede determinar su monto con base en la conducta y en la capacidad económica del sujeto, deslizándose entre los mínimos y máximos establecidos como punibilidad para cada delito en particular.

Tanto en el ámbito federal como local se establece como condición para su otorgamiento el que el sujeto cumpla con la reparación del daño[307] o garantice su cumplimiento en el plazo fijado en la sentencia. Además, en ambos ordenamientos se señalan limitaciones para su concesión: *a)* Código Penal Federal: que el sujeto no hubiese sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio, ni a quien haya sido previamente condenado por alguno de los delitos señalados en el artículo 85, fracción I, de dicho ordenamiento,[308] y *b)* Código Penal para el Distrito Federal: cuando el sujeto haya sido condenado anteriormente por delito doloso que se persiga de oficio y cuando no proceda en los términos de las leyes respectivas, cuando se trate de una trasgresión a la hacienda pública. De acuerdo con el doctor Sergio García Ramírez, esta disposición presenta un doble desacierto, ya que, por una parte, "se utiliza la ley penal como instrumento intimidatorio para fines recaudatorios, con severidad inadmisible…", y por la otra, "se deja a la legislación especial —normas penales en leyes fiscales— la tarea de integrar, a discreción, el catálogo de exclusiones",[309] de por sí ya bastante amplio.

De todo lo dicho se infiere que, a reserva de las exclusiones establecidas en ambos códigos, el juez tiene la obligación de conceder la sustitución en los

---

[307] La reparación del daño comprende: *a)* el resarcimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes de cometerse el delito; *b)* la restitución de la cosa obtenida por el delito o el pago de su valor; *c)* el pago por concepto de daño moral y, en su caso, de los tratamientos curativos que sean necesarios para la recuperación de la víctima; *d)* el resarcimiento de los perjuicios ocasionados, y *e)* el pago de salarios o percepciones correspondientes cuando se le haya causado un daño tal a la víctima que la haya incapacitado para trabajar (artículos 42 del Código Penal y 30 del Código Penal Federal —que sólo contempla los incisos *a*, *b* y *c*—).

[308] *a)* Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 bis, párrafo tercero; *b)* contra la salud, previsto en el artículo 194, salvo que se trate de individuos en los que concurran evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica; y para la modalidad de transportación, si cumplen con los requisitos establecidos en los artículos 84 y 90, fracción I, inciso *c*, para lo cual deberán ser primodelincuentes, a pesar de no hallarse en los tres supuestos señalados en la excepción general de este inciso; *c)* Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 bis; lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; trata de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 205; trata de personas, previsto en el artículo 207; *d)* violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; *e)* homicidio, previsto en los artículos 315, 315 bis y 320; *f)* secuestro, previsto en el artículo 366, salvo los dos párrafos últimos, y tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter; *g)* comercialización de objetos robados, previsto en el artículo 368 ter; *h)* robo de vehículo, previsto en el artículo 376 bis; *i)* robo, previsto en los artículos 371, último párrafo; 372; 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI y XV; y 381 bis, o *j)* operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis.

[309] García Ramírez, Sergio, "Consecuencias del delito: los sustitutivos de la prisión y la reparación del daño", *op. cit*., nota 299, p. 444, nota 48.

casos en que se cumpla con la reparación del daño (o su garantía) y con el requisito cuantitativo de dos y tres años de prisión impuesta. Y se entiende así en virtud de que quien considere que cumplía con los requisitos al momento de dictarse la sentencia, sin que en ella se hubiera hecho mención de la sustitución o conmutación, podrá interponer el incidente respectivo ante el juez de la causa, evidentemente solicitando la sustitución (artículos 92 del Código Penal y 74 del Código Penal Federal); además de que el arbitrio judicial respecto a la individualización de las penas y, por ende, a la disposición de los sustitutivos se encuentra limitado expresamente por los artículos 72 del Código local y 52 del Código Federal. Esto, no obstante, se ve contradicho, como desarrollaremos *infra*, por la naturaleza de "beneficio" que se la conferido a los sustitutivos penales tanto por la legislación como por la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal.

b. Multa-autónoma/sustituible

De acuerdo con el Código Penal para el Distrito Federal, la multa podrá ser sustituida, total o parcialmente, por trabajo en favor de la comunidad o en beneficio de la víctima cuando se acredite que el sentenciado no puede pagarla o sólo puede cubrir una parte de ella en virtud de sus condiciones económicas (artículo 39). Y para facilitar aún más el cumplimiento de esta sanción, el juez podrá fijar plazos para su pago en exhibiciones parciales; una especie de multa en "abonos" (artículo 40).

En ambos casos (sustitución parcial o total), cada jornada de trabajo en favor de la comunidad o en beneficio de la víctima equivaldrá a dos días multa, mientras que como vimos en el anterior apartado en el caso de la sustitución de prisión por multa, dos días multa equivaldrán a uno en prisión.

En principio podríamos decir que la multa puede sustituirse sólo por trabajo en favor de la comunidad o en beneficio de la víctima; sin embargo, el párrafo segundo del artículo 39 establece que cuando no sea posible o conveniente la sustitución por ninguna de estas penas, la autoridad judicial podrá decretar la libertad bajo vigilancia, lo que configura a esta última como un sustitutivo más de

la pena de multa, aunque supeditada a la inaplicabilidad o inconveniencia de la misma. No obstante, como afirma el doctor Sergio García Ramírez, el Código Penal no establece ni en el catálogo de penas ni en el de medidas de seguridad dicha sanción, pues el único caso de libertad vigilada que contempla es el de la libertad bajo tratamiento. Por tanto, si el legislador deseaba referirse a esta última, así debió hacerlo de manera expresa, y no sin antes meditar la conveniencia de la aplicación de tratamiento a un insolvente que por alguna razón no puede trabajar; en el entendido de que la insolvencia no es un mal que se cure con el tratamiento a que se refiere el artículo 34. "En fin —concluye García Ramírez—, la redacción es oscura y no deja otra salida que pensar en la libertad bajo tratamiento o admitir que existe una especie de perdón judicial relativo, que permite la liberación del reo y al mismo tiempo le asigna una vigilancia —¿para qué?— durante cierto tiempo, que en algunos casos puede ser prolongado".[310]

Por lo que hace al ámbito federal, el Código señala que la multa podrá ser sustituida, también total o parcialmente, por trabajo en favor de la comunidad (dado que no contempla como pena autónoma ni sustitutiva al trabajo en beneficio de la víctima), y al igual que en el ámbito local, la autoridad judicial podrá colocar al sentenciado en libertad bajo vigilancia por las mismas causas que establece el Código local. Pero la diferencia sustancial entre ambos ordenamientos se presenta respecto al valor de la jornada de trabajo como sustitutiva de la multa, ya que en el caso del ordenamiento federal cada jornada de trabajo equivaldrá a un día multa, en tanto que en el local, como ya se vio, cada día de trabajo saldará dos días multa.

En ambos casos la multa podrá ser exigida y ejecutada mediante el procedimiento económico coactivo, en tanto que en ninguno de los casos se establecen requisitos especiales para el otorgamiento de la sustitución, como sí acontece con la sustitución de la pena de prisión por multa. Y si bien el tratamiento de la multa en nuestros ordenamientos penales parece confundirse con el propio de la reparación del daño, no encontramos ninguna disposición que supedite el

[310] "Artículo 39. Comentario", en García Ramírez, Sergio *et al.* (coords.), *Nuevo Código Penal…*, *cit.*, nota 144, p. 174.

otorgamiento de la sustitución al cumplimiento de la reparación, que es contemplada como una pena autónoma y no ligada necesariamente a la de multa, lo que adquiere fundamento con la lectura del artículo 44, segundo párrafo, del Código Penal, que establece que “en todo proceso penal, el Ministerio Público estará obligado a solicitar, *en su caso*, la condena en lo relativo a la reparación de daños y perjuicios y probar su monto, y el juez a resolver lo conducente”. De lo que se infiere que el juez puede o no condenar al sujeto a la reparación del daño independientemente de la multa que pueda imponérsele y de si ésta será sustituida.

Por otra parte, si nuestra hipótesis respecto a que nada obsta a que la multa-sustitutiva pueda ser sustituida, el problema estaría en determinar si cada una de las penas sustitutivas se “subroga” a la principal, y de ser ese el caso, si cada jornada de trabajo seguiría equivaliendo a dos días multa (Distrito Federal) o a un día multa (federal).

Por otra parte, y respecto a lo que comentábamos acerca de la posibilidad de sustituir la multa-sustitutiva, cabe plantearnos la hipótesis a que se refiere el artículo 87, fracción II, del Código Penal relativo a la revocación de la sustitución. Este precepto establece que el juez podrá dejar sin efecto la sustitución y ordenar que se ejecute la pena privativa de libertad “cuando al sentenciado se le condene en otro proceso por delito doloso grave. Si el nuevo delito es doloso no grave o culposo, el juez resolverá si debe aplicarse la pena sustituida”. Lo que habría que determinar es si en efecto, como afirmamos líneas arriba, la pena de prisión “desaparece” cuando se sustituye por multa y el sentenciado efectúa el pago, en una sola exhibición, por este concepto. Es decir, si al momento en que el sujeto cumple con el pago de la multa, tanto ésta como la pena de prisión a la que sustituye se extinguen, por lo que sería ilegal su revocación aunque sobreviniera el supuesto establecido en la fracción II del artículo 87. De acuerdo con el artículo 94, la pretensión punitiva y la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad se extinguen por el “cumplimiento de la pena o medida de seguridad” (fracción I), y el artículo 97 puntualiza: “La potestad para ejecutar la pena o la

medida de seguridad impuesta se extingue por cumplimiento de las mismas *o de las penas por las que se hubiesen sustituido o conmutado*…". La contradicción es evidente: no es lógica ni jurídicamente posible revocar la sustitución de la pena privativa de libertad cuando la potestad para ejecutar la pena se ha extinguido por haberse cumplido a cabalidad la pena sustitutiva (en este caso la multa). Éste es sólo un ejemplo de las rémoras aún presentes en nuestra legislación que debilitan la regulación de los sustitutivos y limitan su evolución.

B. *Trabajo en beneficio de la víctima*

Esta pena, consistente en la prestación del sentenciado de servicios *remunerados* en instituciones públicas, educativas, empresas de participación estatal o privadas,[311] sólo se encuentra regulada en el Código Penal para el Distrito Federal, por lo que todas nuestras reflexiones al respecto se circunscribirán a dicho ordenamiento.

Así, de acuerdo con el artículo 84, la pena de prisión que no exceda de tres años podrá ser sustituida por trabajo en beneficio de la víctima del delito, a la razón de que cada jornada de trabajo sustituirá *un* día de prisión o *un* día multa (artículo 36, último párrafo). Aquí debemos hacer una distinción, que a primera vista podría parecer una contradicción, entre el trabajo en favor de la víctima como sustitutivo de la multa-sustitutiva y como sustitutivo de la multa-autónoma sustituible, ya que en este último supuesto, como se vio, cada día de trabajo saldará *dos* días multa (entendiendo a ésta como pena principal) (artículo 39), lo que se traduce en una liberación, de la responsabilidad penal, más expedita.[312]

Como señala Sergio García Ramírez, el propósito de esta sanción penal es la utilidad o provecho de la víctima y no la readaptación social del sujeto (aunque la favorezca) o el beneficio social (aunque el bien de la víctima indirectamente provoca el bienestar de la sociedad).[313] Pero, a pesar de lo dicho, tampoco se

[311] Artículo 36, segundo párrafo, del Código Penal.
[312] Véase "Artículo 39. Comentario", en García Ramírez, Sergio *et al.* (coords.), *Nuevo Código Penal…*, *cit.*, nota 144, p. 173 y 174.
[313] García Ramírez, Sergio, "Consecuencias del delito: los sustitutivos de la prisión y la reparación del daño", *op. cit.*, nota 299, p. 462.

trata de procurarle a la víctima “dinero extra” a costas del sentenciado, por lo que, como consecuencia natural, su límite será el monto relativo —y tendente— a la reparación del daño.

Al igual que en el caso de la multa y del trabajo en favor de la comunidad, la sustitución procederá cuando el sujeto haya cumplido con la reparación del daño o haya garantizado su cumplimiento. En cuanto a las exclusiones para su otorgamiento y en lo que hace a la revocación, en su caso, basta con remitirnos a las mencionadas para la sustitución de la prisión por multa o a la sustitución de esta última, por lo que no abundaremos al respecto.

Sin embargo se presenta una cuestión un tanto peculiar. Si, como dijimos, uno de los requisitos para que se otorgue este sustitutivo es que se cumpla con la reparación del daño, y si coincidimos en que la remuneración que perciba el sentenciado debe destinarse a la reparación, siendo ésta su límite, entonces ¿a qué se aplicará o a quién se destinará el pago obtenido por el victimario en virtud del trabajo ejecutado, en principio, “en beneficio de la víctima”? Suponemos que los recursos se canalizarán al Fondo de Apoyo a la Procuración de Justicia,[314] pero no existe una disposición expresa en el Código que proporcione una solución al respecto, la cual esperamos se incorpore al Código Penal y no a la legislación relativa al Fondo.[315]

Superada, al menos en teoría, la cuestión anterior, queda una hipótesis más: si el límite del trabajo del reo en beneficio de la víctima es la reparación del daño sufrido por ésta en virtud del delito cometido por aquél, y la cual ya ha cubierto el sentenciado con los recursos obtenidos por el trabajo-sustitutivo, ¿qué sucederá con el dinero que obtenga el reo desde que cumplió con la reparación

[314] Esta conclusión con base en lo señalado por el artículo 41, segundo párrafo, del Código Penal, que establece que “el importe de la multa y la sanción económica impuestas se destinará íntegramente a los Fondos de Apoyo a la Procuración y Administración de Justicia”. Adicionalmente, el artículo 51 señala que “si el ofendido o sus derechohabientes renuncian o no cobran la reparación del daño el importe de éste se entregará al Fondo de Apoyo a la Procuración de Justicia y al Fondo de Apoyo a la Administración de Justicia, en la proporción y términos señalados por las legislaciones aplicables”, esto es, el 50% de dicha suma (artículo 5o., fracción I, inciso *g*, de la Ley del Fondo de Apoyo a la Procuración de Justicia en el Distrito Federal).
[315] Publicada en el *Periódico Oficial del Distrito Federal*, núm. 84, del 17 de mayo de 2007.

hasta la extinción de la pena?[316] Podríamos decir que la respuesta a esta pregunta puede ser la misma que la de la anterior.

Finalmente, el Código Penal establece que el cumplimiento o ejecución de esta pena deberá efectuarse bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora; sin embargo, lo relativo al cumplimiento, la revocación o modificación de la sustitución quedará bajo el imperio del juez de la causa.

Lo relativo a las particularidades del trabajo a efectuar lo explicaremos en el desarrollo del siguiente apartado, relativo al trabajo en favor de la comunidad, en virtud de que la regulación en ambos casos es idéntica, a fin de evitar repeticiones engorrosas.

C. *Trabajo en favor de la comunidad*

Consiste en la prestación del sentenciado de servicios *no remunerados* en instituciones públicas, educativas, de asistencia o servicio social, o en instituciones privadas de asistencia no lucrativas que la ley determine (artículos 36, segundo párrafo, del Código Penal y 27, párrafo tercero, del Código Penal Federal).

En el ámbito local, podrá sustituirse la pena de prisión por trabajo en favor de la comunidad cuando aquélla no exceda de tres años, en tanto que en el federal, cuando la pena de prisión impuesta no exceda de cuatro años.

Tanto en el fuero federal como del Distrito Federal, un día de prisión o un día multa será sustituido (equivaldrá a) por una jornada de trabajo en favor de la comunidad. El trabajo de que se trate deberá llevarse a cabo en periodos distintos al horario de labores que represente la fuente de ingresos para la subsistencia del sentenciado y de su familia, sin que pueda exceder el límite establecido en la legislación laboral para la jornada extraordinaria, es decir, no podrá exceder de

[316] Si, por ejemplo, el sujeto fue condenado a pena de prisión menor de tres años y a pagar una cierta cantidad por concepto de reparación del daño, y la prisión, a su vez, se sustituye por trabajo en beneficio de la víctima (cuyo fin y límite es la reparación), tenemos dos "acciones" distintas encaminadas a la misma finalidad: 1) el pago de la reparación como condición para el otorgamiento de la sustitución y 2) la remuneración obtenida por el sentenciado en la ejecución de la sustitución; el problema radica precisamente en que no podrían darse una tras otra sin obstaculizarse. Cabe aclarar que esta problemática no se presentaría en caso de que sólo se haya garantizado el pago de la reparación, ya que en este supuesto sí podría otorgarse el sustitutivo y cumplir con la reparación con la remuneración obtenida.

tres horas diarias (adicionales a las ocho horas establecidas como jornada máxima diaria) ni de tres veces consecutivas. La determinación de la extensión de la jornada será fijada por el juez tomando en consideración las circunstancias particulares del caso. Además, el trabajo nunca debe desarrollarse en condiciones que resulten degradantes o humillantes para el sentenciado, de ahí la necesidad de tomar en cuenta los elementos que obran en el expediente para su determinación.

No debe pensarse que la sustitución será automática e indiscriminada, sino que deberá atenerse a ciertos requisitos como la personalidad del sujeto, sus antecedentes y las circunstancias de comisión del ilícito, elementos que en su conjunto indicarán la peligrosidad del sujeto y la probabilidad de su reincidencia. Y aunque, como se ha dicho, éstas son consideraciones harto polémicas, nuestros códigos penales aún las conservan, por tanto, a pesar de nuestro desacuerdo con su conservación, debemos referirnos a ellas.

Es necesario mencionar que a pesar de la prohibición que establece el artículo 5o., párrafo tercero, constitucional respecto a que “nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento”, el mismo artículo da base y sustento constitucional al trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad al agregar “salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial”. Además, el artículo 18, también constitucional, establece la estrecha vinculación entre trabajo y readaptación social.

La autoridad facultada para concederla es el juez de la causa penal, y la responsable de su ejecución es la Dirección General de Ejecución de Sanciones[317] (en el ámbito federal) y la Dirección de Ejecución de Sanciones Penales (en el Distrito Federal). Párrafo que podemos hacer extensivo a todos los sustitutivos penales.

[317] Que forma parte de la Coordinación General de Prevención y Readaptación Social; ambas integrantes del Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social.

De acuerdo con Dolores Fernández Muñoz,[318] "lo que debe producir el efecto penal no es precisamente el trabajo, sino la pérdida del tiempo libre… La actividad por sí misma debe ejercer una influencia resocializadora, estimular a una ocupación constructiva el tiempo libre, así como producir el hábito de un trabajo regular y despertar responsabilidad social".

Finalmente, sólo nos queda reiterar la posibilidad de que el trabajo en favor de la comunidad o en beneficio de la víctima opere como sustitutivo de la pena de multa, como referimos en el apartado relativo a la multa-autónoma/sustituible.

D. *Tratamiento en libertad (de imputables)*

Esta pena consiste en la aplicación, según el caso, de las medidas laborales, educativas, de salud (curativas) o de cualquier otra índole, conducentes a la readaptación social del sentenciado (artículos 27 del Código Penal Federal, y 34 del Código Penal). En el primer caso —código federal— sólo se presenta como pena sustitutiva (aunque exista la posibilidad en el texto del mismo de que pueda imponerse como pena autónoma), ya que no lo contempla como sanción para ninguno de los delitos tipificados en el mismo; en cambio, en el segundo ordenamiento lo encontramos como pena sustitutiva y autónoma, ya que, además de sustituir a la pena de prisión, está contemplado como pena autónoma alternativa en el delito de incesto tipificado en el artículo 181.[319]

Como sanción sustitutiva procederá cuando la pena de prisión no exceda de cinco años en el fuero local o de tres años en el federal, y las condiciones para su otorgamiento son las mismas que para los sustitutivos ya analizados.

En cuanto a su duración, ésta no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida,[320] lo que da la impresión de que en determinados casos sí podría ser menor a la pena que sustituye, cuando se considere que ha finalizado el tratamiento por las claras muestras de readaptación social que se

[318] "Trabajo en favor de la comunidad", *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. X, p. 154.
[319] Que a la letra dice: "A los hermanos y a los ascendientes o descendientes consanguíneos en línea recta, que con conocimiento de su parentesco tengan cópula entre sí se les impondrá prisión o *tratamiento en libertad* de uno a seis años".
[320] Artículos 34, segundo párrafo, y 27 de los códigos penales para el Distrito Federal y Federal, respectivamente.

perciban en el sentenciado, pero la legislación no dice nada que arroje luz sobre este punto. Sin embargo, consideramos que para su determinación debería tenerse siempre presente el principio de necesidad, ya que si se considera que el tratamiento ha cumplido con su cometido, sería suficiente la comprobación objetiva de este hecho para decretar la extinción de la sustitutiva, y por ende de la sustituida, dado que resultaría ilógico continuar un tratamiento que ha logrado su finalidad, cual es la readaptación social del individuo. Procedimiento que podría darse sin mayor problema, dado que la autoridad facultada para efectuar la sustitución es el juez penal, y a pesar de que su ejecución se traslade a la respectiva dirección de ejecución de sanciones, todo lo relacionado con la modificación o revocación de la misma corresponde a aquél, quien podría dictar la finalización de éste con base en informes elaborados por la dirección respectiva.

E. *Semilibertad*

En el ordenamiento local, esta institución implica alternación de *periodos de libertad* y de privación de la libertad (artículo 35); en tanto que en el federal, alternación de periodos de privación de la libertad y de *tratamiento* en libertad (artículo 27, segundo párrafo). A pesar de la casi imperceptible diferencia terminológica, la divergencia de contenidos en clara: la referencia a *periodos de libertad* significa que el sujeto podrá emplear esa libertad, dependiendo de la modalidad que adopte la semilibertad, en lo que mejor le parezca, siempre y cuando cumpla con las condiciones señaladas por el órgano jurisdiccional a ese efecto; en tanto que la referencia “periodos de *tratamiento en libertad*” implica que ese periodo de libertad deberá estar forzosamente destinado a la aplicación de medidas laborales, educativas o de salud tendentes a su readaptación.

Las modalidades de cumplimiento de la semilibertad son:

a) Externación durante la semana de trabajo, con reclusión de fin de semana.

b) Salida de fin de semana con reclusión durante el resto de ésta.

c) Salida diurna con reclusión nocturna.

d) Salida nocturna con reclusión diurna (esta modalidad sólo aplicable en el Distrito Federal).

Sólo procederá la semilibertad cuando la pena de prisión ordenada no exceda de cuatro (federal) y cinco años (local). Como acontece con los demás sustitutivos, no podrá otorgarse al que haya sido condenado por delito doloso que se persiga de oficio, ni a quien hubiese sido condenado por alguno de los delitos señalados en el artículo 85, fracción I, del Código Federal ni de aquellos señalados en las leyes respectivas (fiscales) en perjuicio de la hacienda pública, según determina el Código del Distrito Federal. Deberá estarse, para su otorgamiento, a las circunstancias del hecho delictivo, la personalidad y antecedentes del sujeto en cuestión.

Una cuestión de gran relevancia es que tanto en el Código local como en el Federal no se establece la correspondencia entre semilibertad y prisión; es decir, en ambos casos se contempla que la duración de ésta no podrá exceder de la de la pena de prisión sustituida, pero no señala cuántos días de prisión sustituye un día en semilibertad.

F. *Suspensión condicional de la ejecución de la pena. Una figura* sui generis

De acuerdo con Jorge Ojeda Velázquez, “la condena condicional [esto es, la suspensión condicional de la ejecución de la pena] es una institución jurídica a través de la cual el juez, al momento que declara la existencia del cuerpo del delito, la culpabilidad del reo e impone las sanciones correspondientes, decide… poner al condenado en la condición de no ser inmediatamente sujeto a la ejecución de las penas, en tanto no ser verifiquen determinadas condiciones requeridas por la ley”.[321] En consonancia con dicho concepto, y dado que aquí sostenemos que la condena condicional no es de aplicación exclusiva respecto a las penas privativas de la libertad (de corta duración), para los efectos de nuestro

[321] Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho punitivo*…, *cit*., nota 24, p. 415.

trabajo entenderemos por suspensión condicional de la ejecución de la pena —condena condicional— el instituto en virtud del cual se deja en suspenso el cumplimiento de la pena determinada en sede jurisdiccional a condición de que el beneficiado con la misma cumpla con las condiciones que se le impongan al momento de dictarse la sentencia o resolución que la concede y previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación penal.

En cuanto al carácter o naturaleza de la suspensión condicional no existe unanimidad en la doctrina. Algunos juristas consideran que es una pena;[322] otros, que es un modo de ejecutar determinadas penas privativas de libertad, y algunos más, que se trata de una medida de corrección de la sanción impuesta. Una minoría se inclina por considerarla un medio de reacción penal independiente de las penas y de las medidas de seguridad. Además, hay autores que la configuran como un medio de individualización de la pena o un sustitutivo de las penas privativas de libertad. La única coincidencia es que la mayoría de los doctrinarios la rechaza como una forma de indulgencia o clemencia del Estado hacia el penado. Por nuestra parte, consideramos que no puede asignársele una naturaleza o carácter único y específico en virtud de las convergentes funciones y finalidades que está llamada a desempeñar o a conseguir; por lo tanto, podríamos configurarla como "un organismo de compleja trama y multiplicada eficacia".[323]

A pesar de lo anterior, que parece dejarnos en el limbo jurídico, nos inclinamos por otorgarle una naturaleza "bipartita" que podríamos denominar sustitutiva-sancionadora; esto por las siguientes razones: *sustitutiva* porque *a)* se subroga a la pena impuesta en la sentencia condenatoria; *b)* comparte con los sustitutivos penales tradicionales sus elementos configuradores: límites temporales, requisitos para su concesión, obligaciones condicionales y ejecución en libertad,[324] y *c)* porque su concesión (sea en sentencia definitiva, sea en

[322] Por ejemplo, Hans Welzel dice que "la suspensión a prueba de la pena contiene una auténtica sanción"; Ricardo Núñez afirma: "Es una verdadera pena de advertencia o de intimidación, fruto del principio de la individualización de la pena". Finalmente, Fontán Ballestra expresa: "Es una clase de pena destinada a ejercer una acción preventiva y moral sobre el condenado". Citados por Hurtado Pozo, José, "Condena condicional", Revista *Derecho*, núm. 31, 1973, p. 62, nota 1, disponible en: *www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/hurta do0105_1.pdf* (al 13 de septiembre de 2006).
[323] Hurtado Pozo, José, "Condena condicional", *op. cit.*, nota anterior, pp. 61 y 62.
[324] Aunque matizada en el caso de la semilibertad.

sentencia interlocutoria), vigilancia en su aplicación y revocación se da en el ámbito jurisdiccional y no ejecutivo (razón por la que no puede hablarse de correctivos de prisión, que, como veremos, tienden a modificar la duración de la prisión mediante la "re-individualización" de la pena, basada ésta en aspectos concretos de la etapa ejecutiva, como la buena conducta o la participación en actividades educativas dentro del establecimiento penitenciario), y *sancionadora* porque a pesar de no estar contemplada en nuestros ordenamientos penales como una sanción jurídico-penal (pena), su cumplimiento, a efectos de evitar su revocación, lleva aparejado una serie de condiciones que implican restricciones a su libertad o derechos (el no asistir a determinados lugares, por ejemplo), por lo que se configuraría como un tipo de sanción que engloba una o varias sanciones de naturaleza restrictiva, elementos que podrían configurarla también como una pena de carácter autónomo.[325]

Determinado a nuestro entender el carácter de la suspensión condicional, nos referiremos, de forma breve, a tratar de dilucidar si la suspensión condicional es un derecho, un medio alternativo de cumplimiento de sanciones penales o un beneficio.

En general, la doctrina y las cortes constitucionales la consideran como un *beneficio*, mas no un derecho, y esto porque —argumentan— su otorgamiento depende del arbitrio del juzgador, previa satisfacción de los requisitos legales y posterior cumplimiento de las condiciones ordenadas para su conservación. Por tanto, este argumento equivaldría a sostener que aun y cuando el reo cumpla con dichos requisitos, el tribunal puede, a discreción, negar su concesión.[326]

De este modo se expresó nuestra Suprema Corte de Justicia cuando dijo que "...el disfrute de los beneficios de la condena condicional está sujeto al cumplimiento de requisitos legales, en tanto que *no constituye un derecho*

[325] Que en virtud de ese hecho requeriría de un cambio de denominación y algunas precisiones jurídicas. Una especie de libertad condicional, pero como sanción jurídico-penal.
[326] En este sentido se expresa Mir Puig, Santiago, *Derecho penal*…, *cit.*, nota 8, pp. 779 y 780.

establecido a favor del sentenciado, sino un *beneficio* cuyo otorgamiento queda al prudente arbitrio del juzgador".[327]

Sin embargo, consideramos que —adhiriéndonos a la postura del doctor Sergio García Ramírez— el juez está obligado a disponer la suspensión condicional de la ejecución de la pena cuando se cumpla con los requisitos exigidos por la legislación penal a esos efectos, pues no estamos frente a un acto de gracia o de misericordia del poder estatal, sino a "un acto de individualización penal que es debido cumplir rigurosamente". Lo que se potencializa si tomamos en cuenta que, con base en estas consideraciones, "si existe la obligación del Estado… de disponer la suspensión condicional de la ejecución cuando existen, en el caso concreto, los elementos que la sustentan, también existe un *derecho* del reo a obtener esa suspensión al amparo de aquellos elementos". Y a pesar de que, en efecto, es un beneficio porque implica hacer un bien (por parte del tribunal) o recibir un bien (por parte del reo), no por ello deja de ser "una medida penal que significa *deber* para quien la dispone y *derecho* para quien la solicita y recibe".[328]

Por otra parte, no consideramos que se trate de un medio alternativo de cumplimiento de la sanción penal porque la suspensión condicional no es una forma de ejecutar la pena determinada en la sentencia, sino que, por el contrario, *suspende la ejecución de la pena*, mas no modifica ni la pena ni la sentencia.[329] De hecho, el término condena condicional es duramente criticado por algunos

---

[327] "CONDENA CONDICIONAL. CORRESPONDE AL JUEZ DETERMINAR SI PARA SU GOCE EL SENTENCIADO DEBE OTORGAR GARANTÍA O SUJETARSE A LAS MEDIDAS QUE SE LE FIJEN (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 90, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL)". Contradicción de tesis 104/2005-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito. 19 de octubre de 2005. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Mariana Mureddu Gilabert. Tesis de jurisprudencia 162/2005. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 16 de noviembre de 2005.

[328] García Ramírez, Sergio, "Artículo 89. Comentario", en García Ramírez, Sergio *et al.* (coords.), *Nuevo Código Penal…*, *cit.*, nota 144, pp. 366 y 367.

[329] Sin embargo, en una tesis anterior a la transcrita líneas arriba, la misma Corte, respecto a la sustitución de la multa por trabajo en favor de la comunidad, sostuvo que "el trabajo referido *no es un beneficio* a favor del sentenciado en caso de insolvencia, sino un *medio alterno* de hacerlo pagar la sanción pecuniaria impuesta". Tesis de jurisprudencia 1a./J. 1/92, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 54, junio de 1992, p. 11. Y si en este trabajo consideramos a la suspensión condicional como un sustitutivo-sancionador, luego entonces, en palabras de la Corte, no estaríamos ante un beneficio, sino ante un medio alterno de ejecutar la pena impuesta, lo que no es coherente con la naturaleza misma de la suspensión condicional, dado que no se está ejecutando la pena impuesta a través de una modalidad, sino que se está suspendiendo su ejecución en evidente beneficio para el condenado.

doctrinarios en virtud de que lo que se suspende no es la condena, sino la *ejecución* de la pena establecida en la aquélla.[330]

El otorgamiento de la suspensión condicional es facultad del juez penal, quien deberá decretarla al dictar la sentencia condenatoria, o bien podrá solicitarla vía incidental el reo que considere que cumplía con los requisitos de procedencia y está en aptitud de cumplir con las obligaciones inherentes a la misma. Procederá cuando la pena de prisión no exceda de cuatro (federal) o cinco años (Distrito Federal).

La suspensión comprenderá las penas de prisión y multa. No obstante, también podrá concederse respecto a las demás sanciones impuestas, según las circunstancias del caso. Consideramos que nada impide que también pueda aplicarse respecto a las demás penas contempladas en los catálogos punitivos insertos en nuestros códigos penales, en atención al principio de interpretación legal más favorable al reo y dado que no existe disposición en contrario.

Respecto a los requisitos de procedencia y de goce de este beneficio, y debido a que existen diferencias entre la regulación legal de la suspensión condicional en el Distrito Federal y la relativa a la condena condicional en el ámbito federal, los presentaremos integralmente en forma separada, aun con el inconveniente de la repetición, pero soslayable en beneficio de la claridad:

1) Código Penal Federal[331]

a) Requisitos de procedencia:

— Que la pena de prisión no exceda de cuatro años.

[330] Así lo entiende Santiago Mir Puig cuando indica que "no es el hecho de la «condena» lo que se suspende, sino el cumplimiento de la pena por ella impuesta […] Ahora bien, la expresión «condena condicional» puede mantenerse entendiendo por «condena» la pena impuesta que constituye el contenido de aquélla: «condena condicional» equivale entonces a «imposición condicional de la pena» y «suspensión de la condena» puede entenderse como «suspensión de la pena»" (*Derecho penal*…, *cit.*, nota 8, pp. 778 y 779).
[331] Artículo 90.

— Que el sujeto no sea reincidente por delito doloso, y que la condena previa no sea respecto a alguno de los delitos contemplados en el artículo 85, fracción I.

— Buena conducta antes y después del hecho punible.

b) Requisitos de goce del beneficio:

— Otorgar garantía o sujetarse a las medidas que determine el juez para asegurar su presentación cuando se le requiera.

— Obligarse a residir en lugar determinado, sin poder ausentarse del mismo sin permiso de la autoridad ejecutora.

— Desempeñar en el plazo que se le fije, profesión, arte, oficio u ocupación lícitos.

— Abstenerse del uso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes u otras sustancias que produzcan efectos similares.

— Reparar el daño o dar caución para asegurar su cumplimiento.

Adicionalmente a los requisitos mencionados, señala que el juez podrá exigir que el reo presente fiador a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

2) Código Penal para el Distrito Federal[332]

a) Requisitos de procedencia:

— Que la pena de prisión no exceda de cinco años.

— Que de acuerdo con las circunstancias del caso, no haya necesidad de sustituir las penas, en función del fin para el que fueron impuestas.

[332] Artículos 89 a 91.

— Tener antecedentes personales positivos y un modo honesto de vida.

b) Requisitos de goce del beneficio:

— Otorgar garantía o sujetarse a las medidas que determine el juez para asegurar su comparecencia cuando se le requiera.

— Obligarse a residir en lugar determinado, sin poder ausentarse del mismo sin permiso de la autoridad ejecutora.

— Desempeñar una ocupación lícita.

— No causar molestias al ofendido por el delito ni a sus familiares.

— Reparar el daño o acreditar su reparación.

De este modo, las leyes sustantivas penales local y federal señalan que la suspensión tendrá una duración igual a la de la pena suspendida, por lo que, cumplido este término, se considerará extinguida la pena impuesta. En el ámbito local *podrá revocarse* la suspensión, a consideración del juez, si el sujeto es sometido a un nuevo proceso penal que culmine con sentencia condenatoria. En el ámbito federal *se hará efectiva* la sanción suspendida cuando el reo sea condenado en un nuevo proceso por delito doloso, en cuyo caso se le consignará como reincidente sin perjuicio de lo establecido en el artículo 20 de dicho ordenamiento (razón por la que en el segundo proceso no será candidato a obtener la suspensión condicional). En caso de que el nuevo proceso sea por delito culposo, el juez resolverá motivadamente si debe aplicarse o no la pena suspendida.

Asimismo, los hechos que originen el nuevo proceso interrumpen el término de la suspensión hasta en tanto se dicte sentencia firme. Dado que la revocación de la suspensión debe darse, en su caso, hasta que exista sentencia condenatoria por el delito posterior a aquel en el que se concedió la suspensión condicional, todo el tiempo que dure este segundo proceso no se tomará en cuenta a efectos del cómputo para la extinción del sustitutivo y por lo tanto de la pena sustituida.

En caso de que el sentenciado incumpla con las obligaciones contraídas (se entiende que previo informe de la autoridad ejecutora), el juez podrá revocar la suspensión o apercibirlo de que si incumple nuevamente hará efectiva la sanción suspendida.[333]

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 93 del Código Penal para el Distrito Federal, el juez de la causa conservará su jurisdicción respecto a las cuestiones relativas al cumplimiento, revocación y modificación de la suspensión y vigilará su cumplimiento, precepto que parece contradecir lo establecido en el artículo 32 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales, en el cual confiere el cuidado y vigilancia del cumplimiento de las condiciones y obligaciones asumidas por el reo en virtud de la suspensión condicional a la Dirección de Ejecución de Sanciones Penales, que es a quien verdaderamente le corresponde esta función en virtud de que esa es la fase ejecutiva del sustitutivo-sancionador. En cambio, el Código Penal Federal evita la confusión al establecer claramente la separación de poderes y facultades cuando, en la fracción V del artículo 90, señala que "los sentenciados que disfruten de los beneficios de la condena condicional quedarán sujetos al cuidado y vigilancia de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social". Y si bien no menciona nada respecto a que el juez conservará su jurisdicción sobre cuestiones relacionadas con la modificación o cumplimiento de la suspensión, o su otorgamiento aun en la fase ejecutiva, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito ha señalado que:

> …es evidente la confusión en que se incurre cuando se afirma, expresa o implícitamente, que la existencia de una sentencia ejecutoriada necesariamente conduce a su ejecución y que durante este llamado "procedimiento de ejecución" conforme al artículo 1o. de la ley procesal citada [Código Federal de Procedimientos Penales], la autoridad judicial no pueda ya tener injerencia o determinar y ordenar aspectos relacionados con ella y vinculados con la individualización de sanciones y, en su caso, el

[333] Artículos 90, fracción IX, del Código Penal Federal y 91, quinto párrafo, del Código Penal para el Distrito Federal.

> derecho o no a la obtención de beneficios de sustitución, conmutación o suspensión de sanciones. Por el contrario, en el sistema procesal penal federal… puede advertirse, de una interpretación sistemática y no solamente letrística, que si bien no existe la denominación especial de juez de ejecución de sentencias, no obstante existen diversos motivos por los que durante esa etapa… debe haber una autoridad facultada para resolver sobre beneficios de conmutación o suspensión condicional de la pena, siendo esa autoridad la judicial que conoció de la causa en las etapas previas del procedimiento…[334]

Además, la concesión de la suspensión condicional es excluyente, y en algunos casos alternativa, del resto de los sustitutivos penales (multa, trabajo en favor de la comunidad o en beneficio de la víctima, tratamiento en libertad y semilibertad). Excluyente porque el juez, al momento de dictar sentencia, puede escoger entre otorgar el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o bien algún otro de los sustitutivos penales, sin que puedan aplicarse ambos en una misma sentencia. Así, por ejemplo, la ejecución de la multa sustitutiva de la pena de prisión no podrá suspenderse.

Pero ¿qué sucedería si el sentenciado estuviera en aptitud de "merecer" tanto un sustitutivo penal ("tradicional") como la suspensión condicional? En este caso, si bien depende del arbitrio del juez el otorgamiento de alguno de ellos, dado que la fracción II del artículo 89 del Código Penal para el Distrito Federal señala que el juzgador podrá conceder la suspensión condicional "en atención a las condiciones personales del sujeto, [cuando] no haya necesidad de sustituir las penas, en función del fin para el que fueron impuestas", la Suprema Corte de Justicia de la Nación nos ofrece una solución: la *alternatividad*. Así, estableció que:

---

[334] "BENEFICIOS DE CONMUTACIÓN Y SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE PENAS. COMPETE A LA AUTORIDAD JUDICIAL RESOLVER SOBRE SU PROCEDENCIA, AUN EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN Y CON INDEPENDENCIA DE QUE EL ENJUICIADO SE ENCUENTRE O NO MATERIALMENTE PRIVADO DE SU LIBERTAD". Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, tesis aislada II.2o.P.194 P. Amparo en revisión 64/2005. 14 de octubre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Alma Jeanina Córdoba Díaz.

> …sostener que la procedencia de la sustitución de la pena impide la concesión de la suspensión de la ejecución de ésta, implicaría limitar el arbitrio del juzgador y haría ineficaz el sistema de sustitutivos penales, el cual busca mecanismos alternativos más eficientes que la privación de la libertad, para readaptar al delincuente en términos del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En congruencia con lo anterior, cuando el juzgador advierta que los antecedentes personales del sentenciado, la naturaleza del delito y demás circunstancias, revelan que es innecesario un tratamiento específico para su rehabilitación, *puede otorgar los dos beneficios aludidos, para que el sentenciado opte por uno de ellos* (cursivas nuestras).[335]

Consideramos que, en principio, la tesis de jurisprudencia trascrita es adecuada, puesto que en consonancia con lo que se ha dicho en relación con la naturaleza de *derecho* que poseen tanto los sustitutivos de prisión como la suspensión condicional de la ejecución de la pena (especie de sustitutivo, aunque su regulación en nuestros códigos se haga por separado), nada impide que una persona que posee dos derechos excluyentes entre sí, pueda optar por el que mejor le acomode o convenga, siempre que con ello no se vulneren disposiciones legales ni se afecten derechos de terceros. Además de que una postura en contrario, como bien señala la Corte, restaría eficacia a los sustitutivos y, podemos agregar, supeditaría la concesión de uno u otro a la libre discrecionalidad o a la mucha o poca benevolencia del juez. Lo que no es querido ni deseado por los principios que rigen el derecho penal y que, a su vez, limitan el ejercicio desmedido del *ius puniendi*.

No obstante, esta alternatividad no procedería cuando la pena de prisión impuesta sea mayor a cuatro años, caso en el que, por el contrario, sí procede la semilibertad o el tratamiento en libertad (cuyo límite máximo son cinco años),

[335] "SUSTITUCIÓN DE LA PENA Y SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE SU EJECUCIÓN. AL DICTAR SENTENCIA, EL JUZGADOR PUEDE CONCEDER ALTERNATIVAMENTE DICHOS BENEFICIOS, PARA QUE EL SENTENCIADO OPTE POR UNO, SIEMPRE Y CUANDO NO SEA IMPRESCINDIBLE SUSTITUIR LAS PENAS EN UNA FORMA ESPECÍFICA EN ATENCIÓN A LAS CONDICIONES PERSONALES DEL SUJETO, EN FUNCIÓN DEL FIN PARA EL QUE FUERON IMPUESTAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 89 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL)". Tesis de jurisprudencia 188/2005, aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 30 de noviembre de 2005. Unanimidad de cuatro votos.

además de que, por ejemplo, en el caso de la multa, su cumplimiento se extingue al hacer efectivo el pago de la misma y no requiere mayor intervención del órgano jurisdiccional o ejecutivo, pues no es necesario determinar la vigilancia de la autoridad o sujetar al condenado a mayores condiciones que el simple pago.

II. LOS CORRECTIVOS DE PRISIÓN

En nuestro país, la pena de prisión es la sanción jurídico-penal que se aplica con mayor frecuencia, y esto porque la generalidad de los delitos establecidos en nuestros códigos sustantivos, de acuerdo con las tendencias actuales hacia un derecho penal máximo, son "merecedores" de esta sanción.

En atención a lo anterior, es necesario efectuar una remembranza respecto a nuestro sistema de individualización penal, a fin de estar en aptitud de definir y comprender a cabalidad la razón de ser de la figura en comento, encaminada a la *individualización ejecutiva* —con base en la judicial— de la pena de prisión.

Así, es de recordar que el sistema de determinación de la pena en México es el conocido como "mixto", en virtud del cual los ordenamientos sustantivos penales establecen taxativamente la pena y su duración de acuerdo con el valor otorgado al bien jurídico protegido (punibilidad), pero al mismo tiempo conceden un margen de arbitrio al juzgador para que, de acuerdo con las circunstancias del delito y las características del delincuente, imponga la pena en específico desplazándose entre los límites máximos y mínimos (punición) legalmente determinados.

Por lo que se refiere a la individualización de la pena,[336] esto es, precisar el *quantum* de la sanción, existen varios momentos en los que se habla de la determinación de la pena: *a)* el legislativo (punibilidad), momento de la conminación penal o amenaza de sanción; *b)* el judicial (punición), y *c)* el ejecutivo

[336] Al respecto véase Marco del Pont, Luis *et al.*, voz "Aplicación de la pena", y Peláez Ferrusca, Mercedes, voz "Pena", ambos en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, *cit.*, pp. 419 y 420, y 257 y 258, respectivamente.

(pena), que es la real y efectiva privación o restricción de bienes o derechos determinada por la sentencia en la etapa de la punición.[337]

Por lo que hace a la individualización en sede judicial (en palabras sencillas, la determinación hecha por el juzgador en cuanto al número de años específico que deberá cumplir el condenado en prisión, así como la determinación en dinero —cifra— de la cuantía de la multa, por ejemplo), será fundamental tener en cuenta el principio de proporcionalidad, en el sentido de que ésta debe guardar cierta relación con la magnitud del delito (gravedad del mismo) y la culpabilidad del sujeto responsable (el grado de participación, atenuantes, agravantes y modificativos del delito).

Del mismo modo, la determinación ejecutiva (administrativa) tiene que ver con la adecuación de la pena jurisdiccionalmente señalada a la persona(lidad) del delincuente para su efectivo cumplimiento, "y que se refiere más bien a una individualización científica de la pena".[338]

En atención a lo anterior, la Ley de Ejecución de Sanciones Penales (del Distrito Federal) y la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados (ley federal) establecen las bases para el tratamiento individualizado tendente a la readaptación social del delincuente (régimen penitenciario). A ese efecto, han implementado un régimen de carácter progresivo y técnico bipartito: periodos de estudio y diagnóstico, y de tratamiento. En la Ley de Ejecución de Sanciones, este último se dividirá en tratamiento en internación, en externación, preliberacional y pospenitenciario; en tanto que en la Ley de Normas Mínimas se subdividirá en tratamiento en clasificación y preliberacional. A pesar de la diferencia conceptual entre ordenamientos, ambos comprenden propiamente lo mismo.

El tratamiento de estudio y diagnóstico, o en clasificación, se refiere a los estudios técnicos efectuados al condenado, tomando en cuenta sus circunstancias personales, usos y costumbres, así como la ubicación de su domicilio (esto último

[337] Véase, al respecto, el capítulo primero, apartado VI: "Etapas de la reacción penal".
[338] Peláez Ferrusca, Mercedes, "Pena", *op. cit.*, nota 336, p. 257.

para que pueda compurgar su pena en el centro penitenciario más cercanos a éste, evitando de esta forma el rompimiento de lazos entre el reo y su familia),[339] para determinar su asignación a establecimientos de seguridad máxima, media o mínima, colonias o campamentos penales, hospitales psiquiátricos/médicos o, en fin, instituciones abiertas; adicional a la separación entre hombres y mujeres, menores y adultos y procesados y sentenciados. El último momento de la clasificación es el que se lleva a cabo en el interior de un centro de reclusión en particular, "agrupando y discriminando, bajo el propósito de formar grupos homogéneos, en pabellones, dormitorios, secciones y celdas, esto es, en uso de la plena geografía de la institución".[340]

Por lo que hace a la segunda fase o periodo del régimen penitenciario, el de tratamiento, es el que con afluencia de las diversas ciencias o disciplinas se otorgará a cada reo en particular (individualización) con base en los estudios de personalidad efectuados en la fase anterior y que formalmente comprenden medidas laborales, educativas, médicas y de capacitación, y cuya aplicación aportará elementos objetivos —y, de hecho, algunos subjetivos— a la autoridad ejecutora para la concesión de los que el doctor Sergio García Ramírez ha bautizado como *correctivos de prisión*.

De manera similar a como ocurrió con los sustitutivos de prisión, la contundente influencia para la incorporación de los correctivos a los ámbitos federal y del Distrito Federal provino principalmente de las entidades federativas; siendo éstos, incluso, más antiguos que aquéllos.

Así, la libertad preparatoria aparece por vez primera con el Código Penal para la Federación y el Distrito Federal de 1871. Posteriormente se incorpora la remisión parcial de la pena, al haber sido adoptada, primero, en la Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad del Estado de México y en el Código Penal de Veracruz de 1935 y, después, en el artículo 66 bis del

[339] Útil también para determinar la *infracultura* propia de su lugar de residencia, elemento básico para valorar las probabilidades de que el sujeto reincida, considerando los antecedentes de sus amistades y familiares, la cultura de la legalidad que impera en la zona y el respeto que se tenga respecto a la vida y bienes ajenos.
[340] García Ramírez Sergio, *La prisión*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, pp. 71 y 72.

Decreto del 14 de agosto de 1968 del Estado de México.[341] Y no es sino hasta 1971, con la publicación y entrada en vigor de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados (que se aplicaba tanto en el ámbito federal como del Distrito Federal)[342] que se incorporan en dichos ámbitos la remisión parcial de la pena, el tratamiento en externación y el tratamiento preliberacional.

Finalmente, en 2006 se agrega, sólo en la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, la reclusión domiciliaria mediante el Programa de Monitoreo Electrónico a Distancia.

1. *Concepto*

Podemos conceptuar a los correctivos de prisión como los beneficios a que puede optar el sujeto privado de su libertad como consecuencia de una resolución judicial, en virtud de los cuales, mediante una "reindividualización" de la pena, se disminuye la duración de la prisión o se suspende parte de la ejecución de la pena, previo cumplimiento de las condiciones y obligaciones legalmente exigidas. En otras palabras, los correctivos de prisión surtirán efectos directamente en el *quantum* de la pena privativa de la libertad, de ahí el por qué de su denominación.

2. *Naturaleza jurídica*

Dada la función que están llamadas a desempeñar las figuras que componen esta institución, cual es la de ajustar la pena al caso concreto con base en los resultados readaptadores de la ejecución, consideramos que la naturaleza jurídica de esta figura, al igual que la de los sustitutivos de prisión, es la de un "derecho", aunque su concesión —como se ha explicado— implique un "bien" (beneficio) para el sentenciado. Por lo tanto, entendemos que su disposición será obligatoria cuando el reo cumpla con todos y cada uno de los requisitos señalados por la ley. De ahí que, dependiendo de si se satisfacen o no dichos requisitos, puedan presentarse dos situaciones: *a)* que el reo se ajuste a las exigencias

[341] García Ramírez, Sergio, "Desarrollo de los sustitutivos de prisión", *Estudios jurídicos*, *cit*., nota 125, pp. 719 y ss.
[342] Ello hasta el 17 de septiembre de 1999; fecha en la que se publica en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* la Ley de Ejecución de Sanciones Penales.

legales y pueda acogerse a los correctivos de prisión, o *b)* que al no encontrarse en condiciones de cumplir con los requerimientos legales, o bien el delito que cometió es de los que restringen su concesión, deba consumar la pena privativa de libertad en su totalidad.

3. *Finalidad de los correctivos*

Con base en el concepto que hemos proporcionado de los correctivos de prisión, podemos decir que la finalidad de su aplicación es, por una parte, disminuir la duración material de la pena de prisión, al *sustituir* una parte de ella por beneficios que implicarán en mayor o menor grado la libertad del reo, y por otra, la de *suspender* la ejecución de una parte de la pena de prisión impuesta, que de igual forma se traducirá en la libertad del sentenciado, ambos sujetos y condicionados a requisitos y obligaciones taxativos.

A pesar de la aparente igualdad entre sustitutivos y correctivos de prisión, dado que ambos sustituyen y suspenden, las diferencias saltan a la vista:

a) Los sustitutivos podrán aplicarse tanto a la pena de prisión como a la multa, en tanto que los correctivos sólo impactarán a la de prisión.

b) Los primeros se otorgarán en la sentencia jurisdiccional respectiva o por vía incidental, mientras que los segundos en una resolución administrativa.

c) Los sustitutivos surtirán efectos antes de la ejecución de la pena, en tanto que la aplicación de los correctivos se hará en la etapa ejecutiva de la sanción.

d) La autoridad encargada de otorgar, modificar o revocar los sustitutivos es el juez penal de la causa, mientras que, por el contrario, será la Dirección encargada de la ejecución de sanciones penales la que tenga

competencia respecto a la concesión, modificación o revocación de los correctivos.[343]

e) Los sustitutivos de prisión se encuentran regulados en las leyes sustantivas penales, en tanto que los segundos, en principio,[344] en leyes penales ejecutivas.

f) *Grosso modo*, los primeros se dan en la etapa de la punición y los segundos en la de la pena.

4. *Los correctivos de prisión*

Las figuras que abarca el término correctivos de prisión las podemos dividir en tratamiento en externación y libertad anticipada. Esta última, a su vez, comprende el tratamiento preliberacional, la libertad preparatoria y la remisión parcial de la pena. No obstante, a partir del 9 de junio de 2006 se agrega una nueva figura a nuestros ya ancestrales institutos correctivos: la reclusión domiciliaria mediante el Programa de Monitoreo Electrónico a Distancia. En ese orden efectuaremos el desarrollo del presente apartado.

A. *Tratamiento en externación*[345]

De acuerdo con la Ley de Ejecución de Sanciones Penales del Distrito Federal (artículos 33 a 39), el tratamiento en externación es un medio de ejecutar la sanción penal por el que se somete al sentenciado a un proceso tendente al fortalecimiento de (sus) valores sociales, éticos, cívicos y morales que le permitirá una adecuada reinserción a la sociedad, basado en el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación y la responsabilidad social; y comprenderá: *a)* salida a trabajar o estudiar con reclusión nocturna o *b)* salida a trabajar o estudiar con

[343] Ello por lo que hace al ámbito federal y del Distrito Federal, pues en el Estado de México, por ejemplo, esta tarea se ha delegado al juez de ejecución de sanciones penales, creado en virtud del Reglamento Interior de los Juzgados de Ejecución de Sentencias, publicado en la *Gaceta Oficial del Estado de México* el 1o. de marzo de 2006 y en vigor a partir de la misma fecha. A dicho juez se le han atribuido, entre otras, las obligaciones señaladas en las doce fracciones del artículo 84 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México, entre ellas "VI. Visitar al menos una vez al mes los centros preventivos y de readaptación social, para entrevistarse con los internos que estén a su disposición, e informarlo al Consejo de la Judicatura".

[344] Una excepción a esta regla es la libertad preparatoria, que se encuentra regulada en el Código Penal Federal (artículos 84 a 87); no obstante, su concesión se solicitará al órgano del Poder Ejecutivo que determine la ley de acuerdo con el artículo 540 del Código Federal de Procedimientos Penales.

[345] Sólo contemplado en el ámbito local del Distrito Federal, no así en la legislación federal sobre la materia.

reclusión los sábados y domingos, y *c)* tratamiento terapéutico institucional (dentro del centro penitenciario) durante el tiempo que no labore o estudie. Como se observa, es una especie de semilibertad pero en fase ejecutiva. De hecho, el artículo 38 de la ley establece que esta figura tiene como finalidad *mantener* o *poner en libertad* al sentenciado que por sus características (se entiende personales) así lo requiera.

Para que un sujeto pueda acogerse al beneficio del tratamiento en externación deberá encontrarse en los supuestos siguientes:

— Que la sentencia haya causado ejecutoria.

— Haber cumplido cuando menos un año de la pena de prisión impuesta.

— Que la pena privativa de libertad no exceda de siete años.

— Que el reo sea primodelincuente.[346]

— Acreditar, técnicamente, un desarrollo intrainstitucional favorable[347] durante dos periodos de valoración consecutivos.

— Cuente con una persona que se comprometa y garantice el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el reo en virtud de su concesión.

— Compruebe contar, fuera del centro penitenciario, con oficio, arte o profesión o que acredite que continúa estudiando.

— Cumpla o garantice totalmente la reparación del daño.

Sin embargo, un sentenciado que cumpla con estos requisitos puede no ser candidato a obtener este beneficio si el delito en virtud del cual fue condenado a pena privativa de libertad es de los señalados en el artículo 33 ter de la ley, esto

[346] Es decir, que no haya sido declarado responsable de la comisión de un delito en algún proceso penal previo.
[347] Lo que podría entenderse como haber observado buena conducta *positiva* dentro de la institución carcelaria, es decir, no sólo la abstención de incurrir en mala conducta, sino la realización de hechos plausibles de signo favorable o positivo. Véase García Ramírez, Sergio, "Consecuencias del delito: los sustitutivos de la prisión y la reparación del daño", *op. cit.*, nota 298, p. 439, nota 34.

es: tráfico de menores,[348] violación,[349] incesto,[350] corrupción de menores e incapaces,[351] explotación sexual comercial,[352] pornografía infantil,[353] lenocinio,[354] extorsión,[355] robo agravado[356] o tortura.[357]

Al respecto, el hecho de que *prima facie* se excluya a quienes han cometido estos delitos de la posibilidad de acceder a un correctivo de prisión nos parece por demás desafortunado, pues la conducta constitutiva de alguno de ellos ya fue puntualmente considerada para la individualización de la sanción tanto jurisdiccional como ejecutiva. El legislador, cuya tarea es la creación de los tipos penales, ha invadido, paulatina pero imparablemente, esferas de competencia tanto del juez como de la autoridad administrativa, atándolos de manos y señalando *a priori* un agravamiento punitivo que en caso de ser necesario debería darse en el momento jurisdiccional oportuno y con los elementos calificativos del delito ya contemplados en nuestro Código Penal. Esta tendencia "excluyente", más que otra cosa, es una clara muestra de que quienes legislan buscan satisfacer los requerimientos cada vez más represivos de la sociedad a cambio de un reconocimiento electoral que se vea reflejado en las urnas, y no la racionalidad y proporcionalidad de nuestro sistema de justicia penal que respete la división de poderes y la distribución de facultades y competencias. Si esta tendencia continúa, y sin necesidad de constituirnos en "futurólogos", podemos vaticinar que esta lista continuará creciendo al ritmo en el que los delitos de "bajo perfil" dejen de serlo y se conviertan en altamente recurrentes. A este paso, se llegará al punto de señalar en el artículo 33 ter los cada vez menos delitos respecto a los cuales procederá el otorgamiento de los correctivos de prisión.

---

[348] Cuando no exista el consentimiento de quien tenga la patria potestad del menor o si éste es trasladado fuera del territorio del Distrito Federal

[349] Delito de violación *simple* previsto en el artículo 174, y además cuando se realice cópula con persona menor de doce años o que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo (artículo 175, fracción I), o bien cuando la violación se cometa con la intervención directa e inmediata de dos o más personas (artículo 178, fracción I).

[350] Previsto en al artículo 181.

[351] Tipificado en los artículos 183, 184 y 185.

[352] Previsto en el artículo 186.

[353] En los supuestos de los artículos 187 y 188.

[354] Al que se refieren los artículos 189 y 190.

[355] Previsto en el artículo 236.

[356] Cuando el robo (artículo 220) se efectúe en un lugar cerrado (artículo 223, fracción I), o en un lugar habitado o destinado para habitación, o en sus dependencias, incluidos los movibles (artículo 224, fracción I), o bien con violencia física o moral, aun cuando ésta se produzca para darse a la fuga o para defender los bienes robados (artículo 225, fracción I).

[357] A que se refieren los artículos 294 y 295.

De igual forma, tampoco podrá concederse a quienes ya se les haya otorgado este beneficio y se encuentre vigente o revocado. Esta disposición resulta un tanto confusa cuando expresa “se encuentre vigente”, ya que sería una obviedad no permitir su concesión cuando *ya* se otorgó, y por ese hecho se encuentra vigente. Tampoco creemos que se refiera a la hipótesis de que el sujeto haya sido previamente beneficiado con la misma respecto a una sanción privativa de la libertad dictada en un proceso penal anterior, porque precisamente es una exigencia legal que el sujeto sea primodelincuente, y finalmente, si se refiriera a que no se otorgará por segunda vez respecto de una misma condena, para ese fin utiliza “o revocado”. En fin, quizá se trata solamente de afianzar el que el reo no sea reincidente.

Por otra parte, y como consecuencia de la naturaleza de los correctivos de prisión, el sentenciado que haya obtenido el beneficio del tratamiento en externación deberá cumplir con las siguientes obligaciones: *a)* presentarse ante la autoridad ejecutora conforme a las condiciones y horarios previamente establecidos; *b)* someterse al tratamiento técnico penitenciario que se determine;[358] *c)* no ingerir bebidas embriagantes, psicotrópicos o estupefacientes; *d)* no frecuentar centros de vicio, y *e)* realizar las actividades a favor de la comunidad que determine la autoridad ejecutora.

El tratamiento en externación se suspenderá cuando el externado sea sujeto a proceso penal por la comisión de un nuevo delito.

En principio, la duración de este correctivo se extenderá hasta que el externado tenga derecho a obtener alguno de los beneficios de libertad anticipada que la misma ley regula; o bien, como es lógico, hasta en tanto no sea revocado mediante resolución de la autoridad ejecutora, previa audiencia del sujeto, cuando:

— El externado ha dejado de cumplir con alguna de las obligaciones que se le fijaron al momento de su concesión, y que la misma ley determina.

[358] Pudiendo ser, por ejemplo, terapias psicológicas o psiquiátricas (individuales o de grupo), acudir a rehabilitación por padecer algún tipo de vicio o adicción, entre otras.

— Sea condenado por la comisión de un nuevo delito doloso mediante sentencia firme. Si el nuevo delito es culposo, la Dirección de Ejecución de Sanciones Penales podrá revocar o mantener el beneficio, dependiendo de la gravedad del delito.[359]

Como podemos observar, la revocación en el caso de los correctivos de prisión, a diferencia, por ejemplo, de los sustitutivos o de la suspensión de la ejecución de la pena (especie de sustitutivo), es más estricta, ya que se eliminó la leyenda tantas veces mencionada "que se persiga de oficio", por lo que el campo delictivo del sujeto, en caso de que tenga en mente cometer un nuevo ilícito, se verá seriamente reducido si no desea perder nuevamente su libertad ya de por sí limitada.

No obstante, decretada la revocación en sede ejecutiva del tratamiento en externación, ésta no se efectiviza hasta en tanto la Dirección de Ejecución solicite al procurador general de justicia del Distrito Federal que dé instrucciones al Ministerio Público para que éste, a su vez, designe elementos de la policía judicial para la localización, detención, presentación e internación del sujeto en el lugar que al efecto se indique.

En caso de que se decrete la revocación, el reo deberá cumplir el resto de la sanción privativa de libertad,[360] en cuyo cómputo, a efectos de la extinción de la pena, se tomará en cuenta el tiempo por el que hubiese gozado del beneficio.

El tratamiento en externación no se encuentra regulado en la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación de Sentenciados, por lo que, como es lógico, no es aplicable a los reos del fuero federal.

[359] Si, por ejemplo, el nuevo delito consiste en lesiones culposas con motivo del tránsito de vehículos es menos probable que se revoque el beneficio que si se trata de homicidio imprudencial bajo la misma circunstancia, y no solamente porque el homicidio sea un delito más grave que las lesiones (lo que se observa con la diferencia de punibilidad establecida para cada uno de estos delitos), sino también por la gravedad del daño causado al bien jurídico que cada uno protege (en el primer caso la integridad corporal y en el segundo nada más y nada menos que la vida).

[360] Sin poder afirmar que hasta cumplirla a cabalidad, porque su revocación no implica que no pueda gozar del beneficio de la libertad anticipada en su modalidad de remisión parcial de la pena.

B. *Libertad anticipada*

Los beneficios de la libertad anticipada, tal como su denominación lo indica, tendrán por finalidad sustituir o suspender una parte de la ejecución de la pena mediante, *grosso modo*, periodos de reclusión y de libertad, "absoluta" libertad sujeta a condiciones, o bien disminuyendo cuantitativamente la duración de la pena de prisión, cuyas modalidades se corresponden con el tratamiento preliberacional, la libertad preparatoria y la remisión parcial de la pena, respectivamente, siendo estos dos últimos incluyentes y a la vez independientes entre sí.

a. Tratamiento preliberacional

Es el beneficio que se otorga al sentenciado, después de cumplir una parte de la pena de prisión impuesta, que de forma semejante al tratamiento en externación comprenderá periodos en libertad y periodos en reclusión, así como tratamiento técnico especializado, de acuerdo con las modalidades que se comentarán más adelante.

El otorgamiento de este beneficio se concederá al sentenciado que cumpla con los requisitos siguientes:[361]

a) Cuando haya compurgado el 50% de la pena privativa de libertad impuesta.

b) Que haya trabajado en actividades reconocidas por el centro penitenciario (podríamos denominarlas "oficiales").

c) Que haya observado buena conducta durante el tiempo que ha estado recluido.[362]

d) Que participe en actividades educativas, recreativas, culturales o deportivas que se organicen en la institución.

e) Que cubra o garantice en su totalidad la reparación del daño.

[361] Artículo 44 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales del Distrito Federal.
[362] Al respecto, véanse las consideraciones que sobre el tema de buena conducta efectuamos en la nota 346.

f) No estar sujeto a otro(s) proceso(s) penal(es).

g) Que con anterioridad no se le haya concedido el tratamiento en externación y/o algún beneficio de libertad anticipada.

h) Cuente con persona conocida que se comprometa y garantice el cumplimiento, por parte del preliberado, de las obligaciones contraídas como "contraprestación" a su otorgamiento.

i) Compruebe de manera fehaciente que cuenta en el exterior con profesión, arte u oficio, o bien, exhiba las constancias que acrediten que continúa estudiando.

Por el contrario, el tratamiento preliberacional no se concederá (artículo 42) a quienes hayan sido sentenciados, y en relación a cuya pena se desee obtener este beneficio,[363] por los delitos de: homicidio calificado (previsto en el artículo 128), inseminación artificial (artículos 150 y 151), desaparición forzada de personas (artículo 168), violación (artículos 174, 175 y 178), secuestro (artículos 163, 163 bis, 164 —excepto su último párrafo—, 165, 166 y 166 bis), pornografía infantil (artículo 187), robo agravado (artículo 220 en relación con los artículos 224 y 225 en su fracciones I), asociación delictuosa y delincuencia organizada (artículos 253 a 255) y tortura (artículos 294 y 295, todos del Código Penal para el Distrito Federal), salvo en los casos de colaboración[364] previstos por la Ley contra la Delincuencia Organizada para el Distrito Federal.[365]

---

[363] Consideramos que la aclaración es necesaria en virtud de que este beneficio puede otorgarse a reincidentes.

[364] Se refiere a los miembros de la delincuencia organizada que presten ayuda *eficaz* para la investigación y persecución de otros miembros de la misma. Véase, al respecto, el artículo 23 de la Ley contra la Delincuencia Organizada para el Distrito Federal, donde se establecen los beneficios que pueden recibir los testigos colaborantes durante la averiguación previa, dentro del proceso penal o en la etapa ejecutiva de la pena.

[365] Es de aclarar que la delincuencia organizada, si bien la mayoría de la población la entiende relacionada con el narcotráfico en cualquiera de sus variantes (delitos contra la salud), puede darse en otros ámbitos, como la pornografía infantil, la extorsión, el secuestro o la trata de personas, ya que el delito de narcotráfico puede configurarse sin que suceda lo mismo con el de delincuencia organizada; se trata de dos delitos diferentes en el que el primero es el objeto del segundo, si bien puede tener a otro delito por objeto (por ejemplo el tráfico de indocumentados en materia federal). Y la diferencia radica en que lo que se castiga en el tipo penal de delincuencia organizada es el acuerdo de organizarse o efectivamente hacerlo con la finalidad de realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado la comisión de alguno de los delitos señalados en las respectivas leyes contra la delincuencia organizada. Al respecto pueden verse García Ramírez, Sergio, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, 3a. ed., México, Porrúa, 2002; Roemer, Andrés y Buscaglia, Edgardo (comps.), *Terrorismo y delincuencia organizada. Un enfoque de derecho y economía*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006; Andrade, Eduardo, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997; Cruz Ochoa, Ramón de la, *Crimen organizado. Delitos más frecuentes. Aspectos criminológicos y penales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

El otorgamiento de este beneficio comprenderá:[366]

— La preparación del sentenciado y su familia, individual o grupalmente, acerca de los efectos del beneficio.

— La preparación del sentenciado respecto de su corresponsabilidad social (puede entenderse esta disposición como el fortalecimiento de valores de que habla el tratamiento en externación).

— Concesión de salidas grupales con fines culturales, recreativos, visitas guiadas y supervisadas por el personal técnico.

— Canalización a una institución abierta para la continuación del tratamiento, además de la concesión de permisos de salida diaria a trabajar o estudiar, con reclusión nocturna y salida los sábados y domingos, o reclusión los sábados y domingos para tratamiento técnico.

Respecto a este último requisito, resulta necesario puntualizar la distinción entre prisión abierta y colonia penal, ya que cada una posee características propias distintivas. Por una parte, la prisión abierta es una institución basada en un régimen que otorga amplia libertad al "ya no tan recluso", basado en la confianza que en éste se deposita, y en donde —en palabras de Elías Neuman— "pueden los individuos deambular dentro de un área generosa, pero delimitada, del establecimiento, y en el horario permitido".[367] Se trata de instituciones, generalmente, de mínima seguridad. Por otra parte, las colonias penales son instituciones asentadas en territorios de vasta amplitud, de mediana o máxima seguridad, idóneas para el trabajo agropecuario. En estos casos el trabajo es obligatorio, además de que se permite que las familias de los reclusos habiten con ellos. La colonia penal[368] más conocida en México es la de Islas Marías.[369]

[366] Artículo 45 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales del Distrito Federal.
[367] Citado por Lima Malvido, María de la Luz, voz "Prisión abierta", *Enciclopedia Latinoamericana de Derecho*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. X, p. 662.
[368] Al respecto puede verse Marco del Pont, Luis, "Colonia penal" y Salduna, Mariana, "Colonias penales", *Enciclopedia Latinoamericana de Derecho*, *cit.*, nota anterior, t. II, pp. 325-327.
[369] Sobre el tema puede verse: Álvarez Licona, Nelson E., "Las Islas Marías y la subcultura carcelaria", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXI, núm. 91, enero-abril de 1998, pp. 13-29; Piña y Palacios, Javier, "La

Por lo que hace a las causales de suspensión y revocación de este beneficio nos remitimos a lo mencionado en el tratamiento en externación, ya que la regulación legal respecto a éstas, en el Distrito Federal, es la misma.

En el ámbito federal, la Ley de Normas Mínimas señala que el tratamiento preliberacional comprenderá una, varias o todas las modalidades siguientes (artículo 8o.):

a) Información y orientación especiales y discusión con el interno y su familia sobre aspectos personales y prácticos de su vida en libertad.

b) Métodos colectivos (se entiende, de tratamiento).

c) Concesión de mayor libertad dentro del establecimiento de reclusión.

d) Traslado a institución abierta.

e) Permisos de salida de fin de semana o diaria con reclusión nocturna, o salida en días hábiles con reclusión de fin de semana.

A diferencia de la ley local, en la legislación federal se condiciona el otorgamiento de las modalidades contempladas en los incisos *d* y *e* al cumplimiento de lo que dispone el artículo 84, fracción III, incisos *a* a *d*, del Código Penal Federal, a saber:

— Reparar el daño o comprometerse a repararlo.

— Residir o no residir en lugar determinado, con el deber de informar a la autoridad ejecutora sus cambios de domicilio (esto respecto a los permisos de salida a que se refiere el inciso *e*).

— Desempeñar arte, industria, profesión u oficio en el tiempo que determine la resolución si no posee medios propios de subsistencia.

---

colonia penal de las Islas Marías", *Criminalia*, México, año XXXVI, núm. 5, mayo de 1970; García Ramírez, Sergio, "Las colonias penales y la situación actual de las Islas Marías", *Criminalia*, México, año XXXVI, núm. 6, junio de 1970.

— Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes, psicotrópicos o de sustancias que produzcan efectos similares.

— Sujetarse a las medidas de orientación y supervisión que se determinen.

— Sujetarse a la vigilancia de una persona honrada y de arraigo que informe de su conducta a la autoridad ejecutora, y que además se obligue a presentarlo cuando se le requiera.

Por otra parte, no se concederá a quienes hayan sido sentenciados por alguno de los delitos contemplados en el artículo 85 (fracción I) del Código Penal Federal[370] o los que incurran en segunda reincidencia o sean considerados delincuentes habituales (fracción II).

Podrá revocarse el tratamiento preliberacional cuando el externado incumpla con las condiciones impuestas o cuando sea condenado por nuevo delito doloso.

b. Libertad preparatoria

De acuerdo con Héctor Fix-Zamudio, la libertad preparatoria "es la que se otorga a los sentenciados que hubieran compurgado la mayor parte de las penas privativas de libertad… si demuestran que por su conducta en las instituciones penitenciarias y por su avance en los tratamientos de readaptación social, se encuentran en condiciones de no volver a delinquir".[371] Por su parte, el doctor Sergio García Ramírez señala que este beneficio de libertad anticipada "tiene raíz en el régimen penitenciario progresivo, como última fase del proceso de ejecución. Permite la libertad anticipada («preparatoria» de la definitiva) y precaria (condicional)".

[370] Véase la nota 308.
[371] Fix-Zamudio, Héctor, "Libertad preparatoria", *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, *cit.*, nota 367, t. VII, p. 209 y García Ramírez, Sergio, "Derecho penal", *op. cit.*, nota 27, p. 487.

A pesar de ser una figura sustancialmente ejecutiva de la sanción privativa de la libertad, en el ámbito federal se encuentra regulada en el código sustantivo penal (artículos 84 a 87), en tanto que en el ámbito local sí se regula en la respectiva Ley de Ejecución de Sanciones Penales (artículos 46 a 49).

De acuerdo con ambos ordenamientos, la libertad preparatoria se concederá a quienes hayan cumplido tres quintas partes de la pena de prisión impuesta, previo cumplimiento de los requisitos siguientes:

a) *Código Penal Federal* (artículo 84):

- Que haya observado buena conducta durante la ejecución de la pena.
- Que del examen de su personalidad se presuma que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir.
- Que haya reparado o se comprometa a reparar el daño.

b) *Ley de Ejecución de Sanciones Penales* (artículo 46):

- Haber acreditado niveles de instrucción y actividades culturales durante el tiempo de reclusión.
- Haber participado en el área laboral.
- Cubrir o garantizar la reparación del daño.
- Cuente con alguna persona conocida que se comprometa y garantice el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el preliberado.
- Compruebe contar en el exterior con un oficio, arte o profesión o exhiba constancias que acrediten que continúa estudiando.

En ambos ordenamientos, en los casos de delitos cometidos por servidores públicos, es preciso que el infractor satisfaga totalmente la reparación del daño u otorgue caución que la garantice.

Adicionalmente, el Código Penal Federal exige que, una vez otorgada la libertad preparatoria, el sentenciado cumpla con las condiciones señaladas en los incisos *a* a *d* de la fracción III del artículo 84, y que dada su importancia señalamos nuevamente:

1) Reparar el daño o comprometerse a repararlo.

2) Residir o no residir en lugar determinado, con el deber de informar a la autoridad ejecutora sus cambios de domicilio (esto respecto a los permisos de salida a que se refiere el inciso *e*).

3) Desempeñar arte, industria, profesión u oficio en el tiempo que determine la resolución si no posee medios propios de subsistencia.

4) Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes, psicotrópicos o de sustancias que produzcan efectos similares.

5) Sujetarse a las medidas de orientación y supervisión que se determinen.

6) Sujetarse a la vigilancia de una persona honrada y de arraigo que informe de su conducta a la autoridad ejecutora, y que además se obligue a presentarlo cuando se le requiera.

A su vez, el artículo 85 señala los supuestos en los cuales no puede otorgarse dicho beneficio.

Conforme a la Ley de Ejecución de Sanciones Penales, quienes hayan obtenido este beneficio estarán obligados a presentarse ante la Dirección de Ejecución de Sanciones Penales cuando se les exija; la que además supervisará su comportamiento. De otra parte, no procederá la concesión de la libertad preparatoria a quienes estén sujetos a otro u otros procesos penales o que se les haya concedido con anterioridad el tratamiento en externación y/o algún beneficio

de libertad anticipada (excepto en tratándose de la remisión parcial de la pena) y se encuentren vigentes o hubiesen sido revocados.

Por lo que se refiere a su revocación, los artículos 65 de esta última ley y 86 del Código Penal Federal señalan que procederá cuando el beneficiado deje de cumplir con alguna de las obligaciones que se le fijaron o cuando sea condenado por la comisión de nuevo delito doloso mediante sentencia firme. En caso de delito culposo podrá revocarse este correctivo o mantenerse, tomando en cuenta la gravedad del delito.

La revocación tendrá el efecto de que el sujeto compurgue el resto de la sanción privativa de la libertad, tomando en cuenta, a efectos de su extinción, el tiempo en el cual gozó de este beneficio. No obstante, se presenta un contraste entre ambas regulaciones, ya que en el caso de la ley local, la revocación operará previa audiencia del sujeto; en tanto que en la ley federal, cuando se trate del supuesto de revocación por una nueva sentencia ejecutoria por delito doloso, operará de oficio. La misma diferencia se percibe entre el tratamiento en externación y la libertad preparatoria, ya que en el primer caso la revocación se dará previa audiencia del reo, en tanto que en el segundo caso, en el ámbito federal y en tratándose de delito doloso, la revocación procederá de oficio sin que el juez tenga la posibilidad de valorar conforme a su libre arbitrio las circunstancias del delito ni la afectación al bien jurídico protegido por el tipo penal.

Finalmente, es oportuno diferenciar la libertad condicional o preparatoria de la libertad provisional, dado que la similitud terminológica, que no sustancial, puede llevar a confusión. Así, podemos decir que la libertad provisional (en sus vertientes de libertad bajo protesta y caucional) es una medida cautelar dictada en beneficio del inculpado tendente a evitar su detención durante el trámite de la averiguación previa,[372] o bien a concederle la libertad durante el proceso penal que se sigue en su contra, previo cumplimiento de ciertos requisitos legales, entre ellos: que el delito no sea grave, que no sea reincidente, que no represente un

[372] El último párrafo del apartado A, artículo 20, de la Constitución mexicana, hace extensiva la garantía contenida en la fracción I, relativa a la libertad provisional durante el proceso penal, a la averiguación previa.

riesgo para el ofendido o para la sociedad y, principalmente, que no exista riesgo de que se sustraiga de la acción de la justicia.[373] La diferencia salta a la vista: en el caso de la libertad preparatoria estamos frente a un beneficio otorgado al sujeto cuando ha finalizado el proceso penal; esto es, como una forma de "acelerar" la libertad de quien se encuentra en prisión por sentencia firme ejecutoriada; en tanto que la libertad provisional, como se vio, se otorga antes o durante la tramitación del proceso penal. Podemos agregar que, como señalan Héctor Fix-Zamudio y José Ovalle, "así como la detención o prisión preventivas constituyen una medida cautelar que se decreta en el proceso penal en favor de la seguridad de la sociedad; la providencia opuesta, es decir, la que beneficia al acusado sometido a dicha detención, es la denominada libertad provisional…".[374]

c. Remisión parcial de la pena

Podemos decir que esta modalidad de la libertad anticipada es una figura jurídica mediante la cual se "perdona" una parte de la pena de prisión impuesta, siempre y cuando el reo cumpla con las exigencias legales. Si bien el perdón es el aspecto medular de la remisión parcial de la pena, dado que la palabra remisión proviene del latín *remittere*, que significa perdonar, eximir, alzar la pena o liberar de una obligación, este perdón no es *incondicional*. De hecho, nos atreveríamos a decir, como lo hemos hecho en ocasiones anteriores, que es una especie de "sustitución" en fase ejecutiva, y esto por la mecánica en como opera, ya que no se trata simple y sencillamente de cubrir ciertos requisitos de forma (como sería, por ejemplo, haber cubierto el 50% de la pena de prisión impuesta o haber sido sentenciado a menos de X cantidad de años de prisión) que no implican que el sentenciado efectúe una verdadera actividad tendente a su obtención,[375] sino que se requiere la efectiva realización de una actividad, como lo es el trabajo, para poder acceder al mismo.

[373] Para profundizar sobre esto véase Fix-Zamudio, Héctor, "Libertad bajo protesta", y Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José, "Libertad caucional", ambos en *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, *cit.*, nota 367, t. VII, pp. 161-168.
[374] Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle Favela, José, "Libertad caucional", *op. cit*., nota anterior, p. 163.
[375] Esto, si analizamos que la participación en actividades educativas o recreativas dentro del centro penitenciario son formas de "matar el tiempo" dentro de la prisión.

Y como veremos, en el caso de esta figura, la “sustitución” tiene un precio más alto para el sentenciado, dado que no bastará con un día de trabajo para la redención de uno de prisión; configurándose el trabajo como un elemento fundamental para su concesión a pesar de lo que nuestra legislación establece cuando puntualiza cuál es el factor determinante para su otorgamiento.

Pero antes de pasar al desarrollo de este beneficio con base en su regulación legal, referiremos brevemente los tres sistemas de remisión de la pena[376] que se han implementado en diversas latitudes para estar en posibilidad de determinar cuál es el que opera en nuestro país.

El primero, denominado *automático* (o empírico), consiste en el perdón de una parte proporcional de la pena a cambio de que el sentenciado trabaje durante un periodo determinado de tiempo mientras se encuentra en reclusión. Es un mecanismo puramente matemático (dos días de trabajo por uno de prisión, tres por uno, tres por dos, etcétera).

En el segundo, el *condicionado* (o científico), además de la exigencia de trabajar o de participar en las actividades educativas, deportivas o culturales que se organicen dentro del centro penitenciario, o haber observado buena conducta durante la reclusión, se requiere que el sentenciado dé muestras de *efectiva* readaptación social.

El tercero, denominado *extraordinario*, consiste en el perdón de una parte de la pena de prisión como “contraprestación” por la ayuda o colaboración que el reo pueda prestar o haya prestado a las autoridades penitenciarias en casos de crisis dentro del centro de reclusión, como en los supuestos de motín o evasión.

Con base en lo anterior, adelantamos que el sistema que acoge nuestra legislación ejecutiva penal es el condicional o científico, lo que se desprende de los artículos 50 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y 16 de la Ley de Normas Mínimas.

[376] Lima Malvido, María de la Luz, “Remisión de la pena”, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, *cit.*, nota 367, t. IX, pp. 268 y 269.

Así, en corroboración de lo dicho, ambos ordenamientos señalan que por cada *dos* días de trabajo se hará remisión de uno de prisión, siempre y cuando: *a)* el recluso observe buena conducta; *b)* participe en las actividades educativas que se lleven a cabo en el establecimiento, y *c)* revele "por otros datos" efectiva readaptación social. No obstante, agregan que la efectiva readaptación social será el factor determinante para su otorgamiento, el cual no se podrá fundar exclusivamente en los días de trabajo, en la participación en actividades educativas y en la buena conducta del sentenciado. Sin embargo, resulta claro que sin trabajo no hay beneficio. Así que readaptación y trabajo deberán convertirse en los mejores amigos del delincuente.

Adicionalmente, la Ley de Normas Mínimas *condiciona* (mas no requisita) el otorgamiento de la remisión a que el sentenciado repare el daño o garantice su reparación, sujetándose a ese efecto a las modalidades que se establezcan si no puede cubrirla en un solo acto; en tanto que en la ley local, en todo caso,[377] el sentenciado deberá acreditar que *se ha cubierto* la reparación del daño.

Por otra parte, la remisión parcial de la pena no podrá concederse, de acuerdo con el ordenamiento federal, a quienes hayan sido sentenciados por alguno de los delitos señalados en el artículo 85 del Código Penal Federal. En el caso de la ley del Distrito Federal no existen limitaciones.

De acuerdo con los artículos 16 de la Ley de Normas Mínimas y 50 de la Ley de Ejecución local, cubiertos los requisitos de procedencia para su obtención, y al momento de su disposición, la autoridad establecerá las condiciones que deberá cumplir el sentenciado, las cuales se corresponden con las propias de la libertad preparatoria y de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, respectivamente. El hecho de imponerle condiciones al reo como contraprestaciones al otorgamiento de este beneficio puede parecer un contrasentido, dado que estamos hablando del perdón de una parte de la pena de

[377] Esta simple expresión ("en todo caso") provoca un alto grado de incertidumbre, ya que se puede interpretar como "en todos los casos" (convirtiéndose en exigencia) o como "en su caso" (configurándose como una posibilidad). Sin embargo, no debe olvidarse que en la interpretación de disposiciones que se prestan a diversas interpretaciones, deberá optarse por la que más favorezca al reo.

prisión que no necesariamente se corresponde con la libertad "inmediata" (que sí anticipada) del sentenciado. Es decir, por cada dos días de trabajo se condonará uno de prisión, pero esa condonación no se hace efectiva cuando el reo considere que ya está en aptitud de salir en libertad con base en sus cálculos, sino que el sujeto solicitará su concesión, si la autoridad ejecutora no ha iniciado o efectuado el trámite de oficio, a efectos de la disminución de su sentencia, que puede o no coincidir con su liberación en virtud de la libertad preparatoria o de la extinción de la pena. En este último supuesto, y dado que la autoridad ejecutora tiene facultades para revocar la remisión, resultaría contrario a toda lógica jurídica que si la pena se ha extinguido, retroactivamente se anulen los efectos de la extinción de la pena[378] por el incumplimiento de alguna de las condiciones impuestas a cambio de su otorgamiento. Por otra parte, si decimos que la remisión no significa la libertad del reo, qué sentido tiene imponerle condiciones como, por ejemplo, residir o no en lugar determinado, si el sujeto no se encuentra en libertad. Y, por último, en el supuesto de coincidencia entre la remisión de la pena y la libertad del sentenciado por acogimiento a la libertad preparatoria, qué sentido tiene condicionar la primera si la segunda también está condicionada, incluso con mayor rigidez que la primera. Adicionalmente, "y para rematar", en las leyes ejecutivas penales no se aprecia con claridad en qué momento se efectúa la remisión de los días de prisión por el trabajo, esto es, si a efectos de este correctivo se computarán los días que ha laborado hasta la fecha de su otorgamiento o si los frutos de la remisión, cual es el perdón de un día de prisión por dos de trabajo, surtirán efectos con base en los días de trabajo subsiguientes al otorgamiento. Y si bien las leyes establecen que el cómputo se hará de forma que beneficie al reo, esto es, que el cómputo se efectuará desde que el sentenciado sea privado de su libertad, sería más adecuado puntualizar en las mismas, así fuese en gruesas líneas, la manera en la que se contabilizarán los días remitidos a fin de no dejarlo al libre arbitrio de la autoridad ejecutora. Otra posible solución, como lo ha

[378] El artículo 97 del Código Penal señala que "la potestad para ejecutar la pena o la medida de seguridad impuesta se extingue por *cumplimiento* de las mismas o de las penas por las que se hubiesen sustituido o conmutado…", por lo que si la pena de prisión se cumple tomando en cuenta el tiempo en reclusión y los días remitidos, la potestad para ejecutar dicha pena se extingue, siendo ilegal la revocación del beneficio dado que implicaría resucitar esa potestad punitiva (en este punto ya ejecutiva) que tendría como efecto privar nuevamente al sentenciado de su libertad.

propuesto la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, es expedir un reglamento de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales a efecto de remendar los cabos sueltos.[379]

Finalmente, la remisión funcionará independientemente de la libertad preparatoria, es decir que podrán otorgarse simultánea o consecutivamente, a contrario de lo que sucede con el tratamiento preliberacional y el tratamiento en externación, que son excluyentes entre sí y respecto al resto de los correctivos. Esto último corrobora que la remisión parcial de la pena no necesariamente se corresponde con la libertad inmediata del sentenciado.

C. *Reclusión domiciliaria mediante el Programa de Monitoreo Electrónico a Distancia*

El 9 de junio de 2006 se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*[380] el decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones del Nuevo Código Penal, del Código de Procedimientos Penales, de la Ley de Cultura Cívica y de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales, todas para el Distrito Federal. Por virtud del artículo cuarto transitorio del decreto se adiciona a esta última ley, en su título tercero, un capítulo II bis, "De la reclusión domiciliaria mediante el programa de monitoreo electrónico a distancia", y los artículos 39 bis y 39 ter, que conforman este nuevo capítulo tanto de la ley como de la historia de los correctivos de prisión en el Distrito Federal.[381] Dos meses más tarde se publica, en el número 94 Bis de la *Gaceta Oficial*, el Reglamento para el Otorgamiento del Beneficio de Reclusión Domiciliaria mediante el Programa de Monitoreo Electrónico a Distancia para el Distrito Federal.

La reclusión domiciliaria, como el resto de los correctivos de prisión, es un modo de ejecutar las sanciones privativas de la libertad impuestas mediante sentencia debidamente ejecutoriada por delitos del orden común, a excepción de los detallados por el artículo 42 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales,

[379] *Informe especial sobre la situación de los centros de reclusión en el Distrito Federal, 2005*, *cit.*, nota 211, p. 248.
[380] México, décima sexta época, núm. 66 bis, 16 de agosto de 2006.
[381] Estos mecanismos de ejecución penal no son precisamente nuevos, ya que se encuentran presentes en la legislación mexicana, concretamente en la del estado de Chihuahua, desde 2003.

mismos que enlistamos líneas arriba, y cuya ejecución esté a cargo de la Dirección de Ejecución de Sanciones Penales del Distrito Federal.

El Programa de Monitoreo se compone de tres etapas, que se aplicarán de manera consecutiva: *a)* de readaptación familiar; *b)* de cumplimiento laboral, y *c)* de vigilancia. La primera de ellas tendrá una duración de uno a quince días, periodo en el que el reo deberá permanecer recluido en el domicilio donde se encuentre el componente base[382] y cuya finalidad es que recupere las relaciones familiares dañadas o perdidas por su estancia en prisión. En la segunda etapa, el beneficiado tendrá la obligación de incorporarse al trabajo que propuso (o que prometió) en su solicitud de incorporación al Programa a más tardar el día dieciséis natural, contado desde que obtuvo el beneficio de la reclusión domiciliaria. Finalmente, en la tercera etapa el beneficiado, que para entonces ya se encuentra laborando, tendrá la obligación de proporcionar a la Dirección de Ejecución o al jefe de la Unidad Departamental del Programa de Monitoreo, el nombre del patrón, el domicilio laboral y la jornada de trabajo. Esta información se utilizará para la elaboración del cronograma de entradas y salidas,[383] autorizado por la Dirección, y que servirá para la vigilancia del monitoreado. Luego entonces, queda claro que el beneficiado no podrá abandonar el domicilio en el que se encuentre el componente base a menos que sus salidas sean para trabajar o estudiar, o bien que cuente con permiso especial para ello otorgado por la Dirección o, en fin, cuando converja alguno de los motivos siguientes (artículo 16 del Reglamento):

i. De trabajo, plenamente justificados.

ii. Por causa de enfermedad grave personal, de su cónyuge o familiares consanguíneos en línea recta, ascendente o descendente, sin

[382] "Unidad codificadora de señales colocada y utilizada en el domicilio del beneficiado para la transmisión de datos al Centro de Monitoreo" (artículo 3o., fracción VI del Reglamento). En términos más sencillos, podríamos equipararla con la pequeña caja negra que nos proporcionan los operadores del servicio de televisión por cable o vía satélite, sólo con la diferencia de que en el primer caso, la unidad codifica las señales y las envía al centro de monitoreo, donde se decodifican; en tanto que en el segundo caso, nuestra cajita negra decodifica las señales que se nos envían codificadas.

[383] "Calendario personalizado del beneficiado, con fechas y horas de entradas y salidas para acudir a laborar o estudiar, autorizado por la Dirección y para efectos de la vigilancia" (artículo 3o., fracción VII del Reglamento).

limitación de grado, y debidamente comprobados a más tardar tres días después a aquel en que ocurrió el suceso.

iii. Para atender las citas que formule la Dirección.

iv. Acudir al funeral de un familiar consanguíneo hasta el segundo grado, en línea recta ascendente, descendente o colateral, o bien de quienes constituyeran en vida, en libertad del beneficiado, su único núcleo familiar o afectivo, siempre y cuando exista autorización previa de la Dirección y cuando esta salida no constituya un riesgo para el Programa, entiéndase: riesgo de fuga.

Los permisos especiales a que nos referíamos sólo se concederán de manera excepcional y su otorgamiento quedará al libre arbitrio de la autoridad ejecutora. Además, durante éstos, los beneficiados serán monitoreados desde su salida del domicilio donde se encuentre el componente base hasta su regreso al mismo. Y por si esto no fuera poco, la Dirección podrá allegarse información, por otros medios, para verificar el correcto uso del permiso especial de salida de que se trate.

De acuerdo con los artículos 39 ter de la Ley y 6o. del Reglamento, podrán acogerse a este beneficio, en principio,[384] todos aquellos que cumplan con los siguientes requisitos:

1) Que sea primodelincuente.

2) Que la pena privativa de libertad impuesta no sea menor de siete ni mayor de diez años.

3) Que le falten, por lo menos, dos años para alcanzar el beneficio de la libertad anticipada en su modalidad de tratamiento preliberacional.

[384] Y esto porque el artículo 4o. del Reglamento señala que “el número de internos beneficiados será siempre igual a la capacidad técnica del Programa, por lo que la Dirección [de Ejecución de Sanciones Penales] sólo cubrirá la oferta de espacios disponibles, no siendo obligatorio incrementar la misma”.

4) Que cubra o garantice en su totalidad la reparación del daño o de manera proporcional, cuando haya sido condenado en forma solidaria y mancomunada y sea determinada dicha reparación.

5) Que acredite buen desarrollo institucional.

6) Que cuente con una persona conocida que se comprometa y garantice a la autoridad ejecutora el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el beneficiado.

7) Que compruebe fehacientemente contar en el exterior con un oficio, arte o profesión o exhiba las constancias que acrediten que continúe estudiando.

8) Que cuente con aval afianzador.

9) Que acredite apoyo familiar.

10) Que cubra el costo del dispositivo electrónico de monitoreo.

11) Que tenga línea telefónica fija y activa en el domicilio en que se llevará a cabo el monitoreo, con una antigüedad no menor de un año.

12) Que no tenga pendiente ningún proceso o sentencia que cumplir, ya sea del fuero común o federal.[385]

Además de los cuantiosos requisitos, el sujeto, al serle otorgado el beneficio, debe cumplir con las siguientes no menos voluminosas obligaciones (artículo 14):

a) Cumplir las medidas y órdenes de restricción impuestas por el Comité Dictaminador en el acuerdo mediante el cual se otorga el beneficio de la reclusión domiciliaria.

[385] Podríamos agregar el requisito de presentar por escrito la solicitud de incorporación al Programa, (contenido en el artículo 6o.); sin embargo, en el artículo 7o., cuando se refiere al procedimiento de acceso al Programa, señala que la Jefatura de Unidad, "recibida la solicitud o *de oficio*, comunicará al aspirante que jurídicamente es susceptible de participar en el Programa". Lo que hace presumir que el otorgamiento del beneficio puede también darse de oficio sin previa solicitud; no obstante, el Reglamento no regula lo referente al mismo.

b) Cuidar el dispositivo de monitoreo asignado.

c) Cubrir mediante fianza o caución el monto de los gastos por destrucción, parcial o total, y pérdida tanto del dispositivo de monitoreo como del componente base.

d) Comparecer ante la Dirección de Ejecución, cuantas veces se le requiera, con el objeto de verificar las condiciones del transmisor.

e) Acudir a la práctica de exámenes médicos y/o toxicológicos y/o psicológicos en el lugar y tiempo que se le indique.

f) Atender las visitas del personal adscrito a la Dirección.

g) Informar antes del vencimiento de los permisos otorgados, en aquellos casos en que por causa justificada no pueda regresar a su domicilio en la hora autorizada.

Como sucede con el resto de los correctivos de prisión, en el caso de la reclusión domiciliaria el beneficiario podrá ser sancionado por la Dirección de Ejecución por el incumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones impuestas, sanción que podrá ir desde la amonestación verbal o escrita, o bien la suspensión de permisos de salida, hasta la revocación del beneficio. La decisión de qué sanción imponer queda al juicio discrecional de la autoridad ejecutora, sin que sea necesaria la aplicación previa de las sanciones de amonestación o la suspensión de permisos para la procedencia de la revocación.

De acuerdo con el artículo 13 del Reglamento, las causales de revocación son: *a)* no encontrarse el beneficiado dentro del radio de monitoreo en el tiempo señalado en el cronograma; *b)* retirarse el dispositivo personal; *c)* pérdida o suspensión temporal del servicio telefónico fijo que sirva de enlace entre el componente base y el Centro de Monitoreo; *d)* cambio de domicilio sin la autorización del jefe de la Unidad Departamental; *e)* incumplir cualquiera de las obligaciones previstas en los artículos 14 y 15 (las enumeradas previamente y las implícitas a las etapas del programa); *f)* alterar o modificar cualquier componente

del sistema de monitoreo a distancia; *g)* incumplir injustificadamente y de manera reiterada con el cronograma; *h)* conducirse con falsedad al momento de solicitar un permiso para salir del domicilio; *i)* ingerir bebidas alcohólicas o sustancias tóxicas consideradas por la legislación como drogas enervantes, inhalantes, alcaloides, estupefacientes o psicotrópicos; *j)* negarse a la práctica de exámenes toxicológicos cuando sea requerido para ello; *k)* negar el acceso al domicilio en el que se encuentra el componente base al personal comisionado por la Dirección; *l)* no acudir a las citas que le formule la Dirección; *m)* exhibir a la Dirección documentos apócrifos, alterados o falsos, independientemente de las consecuencias legales a que se haga acreedor; *n)* alterar el orden público o familiar; *o)* dejar de cubrir las parcialidades de pago de la reparación del daño, en caso de que haya sido condenado por este concepto y ésta no se encuentre totalmente cubierta; *p)* que se dicte en su contra auto de formal prisión por delito del fuero común o federal, y *q)* por la destrucción, total o parcial, o pérdida tanto del dispositivo electrónico de monitoreo como del componente base.

La revocación operará independientemente de la responsabilidad penal en que incurra el beneficiado por su conducta. De hecho, también en virtud del decreto de reformas del 9 de junio de 2006 se adicionó el artículo 305 bis al Código Penal para el Distrito Federal, en el que se equipara al delito de evasión de presos, sancionado con prisión de seis meses a tres años, a quien estando sujeto al beneficio de reclusión domiciliaria mediante el Programa de Monitoreo Electrónico a Distancia, evada por cualquier medio, y con violencia,[386] la vigilancia de la autoridad ejecutora.

Por lo que se refiere a la fianza o caución que otorgó el beneficiado, su monto será exigible cuando por acuerdo del Comité Dictaminador se decrete la revocación del beneficio, no obstante que el costo del dispositivo fue cubierto por el reo, con el fin de capitalizar al Programa y recuperar la inversión inicial hecha con motivo del mismo (de aproximadamente quince millones de pesos).

[386] De acuerdo con el artículo 309 del Código Penal, “al evadido no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna, salvo que obre de concierto con otro u otros presos y se fugue alguno de ellos o ejerza violencia…”.

La vigilancia y el monitoreo electrónico a distancia concluirá hasta el cumplimiento total de la pena corporal impuesta en reclusión domiciliaria, determinada por el Comité, o hasta el otorgamiento al beneficiado de alguno de los beneficios de libertad anticipada.

Así, con todo el arsenal normativo listo para la puesta en marcha del Programa, el miércoles 29 de noviembre de 2006 se colocó el primer brazalete electrónico a un interno del Centro de Readaptación Social Varonil (Ceresova). A partir del día siguiente (30 de noviembre) salieron de prisión, acogidos por el Programa, dos internos por día, lo que —se dijo— continuaría hasta febrero de 2007 cuando se hubiese cumplido la cuota de 300 internos[387] que se tenía contemplado (por el momento) formaran parte del mismo y del padrón de beneficiados incorporados al Programa, el cual fue establecido y es controlado por la Dirección de Ejecución de Sanciones Penales.

III. Problemas de los sustitutivos y correctivos de prisión

Como toda creación humana, los sustitutivos y correctivos de prisión han tenido una existencia difícil. Duramente criticados por la sociedad y calurosamente aplaudidos por los doctrinarios y los defensores de los derechos humanos, pareciera que en ocasiones retroceden más rápido de lo que avanzan.

Las críticas a las que se enfrentan estas figuras mediática y socialmente mal vistas no provienen únicamente de estos actores (medios de información y sociedad), ni sus deficiencias propiamente de su regulación legal. Y a pesar de que la opinión pública se configura como el gran enemigo, que da muestras de ser invencible e incansable, de los sustitutivos y correctivos, en este apartado no nos referiremos a la problemática de estas figuras basándonos en las percepciones sociales sobre las mismas, sino, y sobre todo, a aquello que provoca que las bondades de estas instituciones caigan de bruces en el momento mismo de su regulación y/o efectivización.

[387] Al respecto, puede verse: Fernández, Leticia, “Ahorran reclusos para su brazalete”, *Reforma*, 6 de octubre de 2006, visible en *http://www.tribunalmmm.gob.mx/ipj/ipj.asp?id=573*; Bolaños, Claudia, “Liberarán a primer interno monitoreado con brazalete electrónico”, *El Universal*, 29 de noviembre de 2006, en *http://www.eluniversal.com.mx/notas/vi_390909.html*.

1. *Sustitutivos de prisión*

a) Por lo que hace a la multa, a decir de Álvaro Bunster, esta pena puede no representar detrimento sensible alguno para el sujeto dotado de recursos económicos y sí una grave aflicción para quien carece de ellos, por lo que el efecto último de esta pena sustitutiva parece desvirtuarse en el primer caso y ensañarse en el segundo. De ahí el adagio, que parece premonición, de que quien tiene medios económicos no pisa la prisión, mientras que quien no los tiene morirá en su interior. Y si bien cuando la sustitución de la multa por trabajo en cualquiera de sus dos modalidades puede también sustituirse por libertad bajo vigilancia, es de recordar que esta última sustitución sólo procederá cuando sea inconveniente o inprocedente que el condenado trabaje para saldar la multa, lo que reduce significativamente la posibilidad de que quienes no poseen los medios económicos para hacer efectiva la primera, o bien tienen (casi de milagro) un empleo a tiempo completo para el sostenimiento de su familia (en donde el salario mínimo juega un papel importantísimo, ya que no es, ni por mucho, suficiente para cubrir las necesidades más básicas o fundamentales de la familia, menos lo será para el pago de la multa) puedan saldar su responsabilidad penal.

b) Respecto al trabajo en favor de la comunidad, es de destacarse que para que este instituto funcione correcta y eficazmente es necesaria la creación de instituciones públicas o privadas que señalen y den seguimiento a las necesidades de la comunidad a las que podrá aplicarse el trabajo de quienes han sido beneficiados con este sustitutivo, y esto sin el trasfondo de buscar la privatización de la ejecución penal. Adicionalmente, las instituciones públicas creadas al efecto podrían canalizar efectivamente a los sujetos en cuestión a un trabajo en particular y supervisar y vigilar su ejecución, lo que serviría para disminuir la carga de trabajo de las direcciones de ejecución de sanciones y posibilitaría una mejor vigilancia tanto respecto del sujeto como del trabajo ciertamente realizado.

c) Por lo que hace a la semilibertad, “¿tiene sentido disponer que el infractor cumpla cinco [o cuatro] años en prisión de fin de semana? Esto puede ser

inhumano; además, implica riesgos tan serios como innecesarios".[388] Entre ellos la contaminación *semicarcelaria*, ya que el contacto que necesariamente se dará entre los internos (en los periodos de privación de la libertad) puede ser perjudicial para el "semilibre", por lo que este sustitutivo, a fin de cuentas, no resulta tan efectivo para anular o reducir el impacto que provoca la privación de la libertad total. De hecho, puede darse el caso de que quienes se encuentran en semilibertad, que en ocasiones se especializan en algún tipo de delito, se unan en los periodos de libertad para cometer algún crimen de aquellos que requieren esa interdisciplinariedad; o bien, que el semiliberado sea extorsionado por los presos a fin de que éste, cada vez que vuelva a prisión, introduzca armas, drogas, teléfonos celulares o cualquier otro tipo de contrabando.

Pero la semilibertad presenta otro problema no menos importante. ¿Cómo será la vida de aquel que durante aproximadamente 1,825 días deba entrar y salir de prisión todas las noches, todas las mañanas o cada fin de semana?

Nuestra crítica no va dirigida a la semilibertad en sí, pues sin lugar a dudas siempre será mejor estar afuera que adentro, sino al periodo tan prolongado en el que el condenado deberá pasar inspecciones tanto al entrar como al salir de prisión, el papeleo administrativo que debe expedirse cada vez que esto ocurra y la vigilancia casi permanente de los carceleros hacia los semiliberados (precisamente para detectar el contrabando del que habláramos arriba), lo que se agrava si tenemos en cuenta la escasez de personal encargado de la seguridad de las prisiones. Todo ello, unido, hará que su cumplimiento sea más dificultoso y presente mayores posibilidades de evasión.

En fin, aplicada la semilibertad por periodos de tiempo tan prolongados, y dada la falta de instalaciones adecuadas para su ejecución, más que un beneficio parece un viacrucis para quien la sufre y una gran prueba de resistencia tanto para éste como para el personal penitenciario.

[388] García Ramírez, Sergio, "Derecho Penal", *op. cit.*, nota 27, p. 482.

2. *Correctivos de prisión*

a) Como se ha visto, en la gran mayoría de los correctivos de prisión se ha establecido como requisito, para su otorgamiento, el que el reo participe en las actividades educativas, recreativas y culturales que se organicen en el centro de reclusión. Sin embargo, en la práctica, y como consecuencia de la sobrepoblación o quizá por su mala infraestructura, las áreas destinadas, por ejemplo, a las actividades educativas (sin referirnos por ahora a los talleres o lugares de trabajo) resultan claramente insuficientes. Al respecto, la revista editada y publicada por internos del Reclusorio Preventivo Sur, *Hábitat*, da cuenta de esta realidad cuando señala:

> En el centro escolar los 6,200 internos que se supone que tenemos que estudiar para ser "readaptados", al formar conjuntos de 25 internos por aula, resultaría un total de 248 grupos. Si consideramos que podemos estudiar durante las ocho horas hábiles de lunes a viernes obtendríamos un total de cuarenta clases por semana. Arrojando una clase cada 6.2 semanas por grupo, o una clase cada mes y medio.
>
> A este ritmo, para terminar un ciclo normal de ciento veinte clases, estamos hablando de ciento ochenta meses. Quince años para terminar UN CURSO, una materia... Ahora, recordemos que sólo hay tres clases a la semana y no siete como mencioné al principio.[389]

Así, sin la infraestructura necesaria para brindar trabajo y educación a los internos en las prisiones del país, no sólo dificultamos más la efectivización de los correctivos de prisión, sino que también estamos incumpliendo el mandato constitucional que nos obliga a readaptar mediante la educación, el trabajo y la capacitación para el mismo. Y aunque si bien es cierto que no todos los internos desean estudiar o trabajar, es nuestro deber proporcionar la infraestructura y los recursos materiales y humanos necesarios para que quienes lo deseen puedan realmente hacerlo.

[389] Stevens, Federico, "Las leyes no funcionan", *Hábitat. Medio de expresión de las ideas y pensamientos*, México, año 2, número 1, segundo tomo, septiembre de 2006, pp. 10 y 11.

b) Por lo que se refiere al trabajo de los reclusos, la Ley de Normas Mínimas establece, en su artículo 10, que “los reos pagarán su sostenimiento en el reclusorio con cargo a la percepción que en éste tengan como resultado del trabajo que desempeñen”, lo que en palabras simples significa que el trabajo que éstos decidan efectuar durante su estancia deberá ser remunerado. Por otra parte, si recordamos la disposición del artículo 5o. constitucional que reza: “nadie podrá ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial”, y no siendo éste el caso, porque el trabajo es voluntario y no reviste el carácter de sanción, y además, si tomamos en cuenta que el trabajo es un requisito indispensable para el otorgamiento de alguno o algunos de los correctivos de prisión, tenemos que este enmarañamiento de disposiciones es sólo una cortina de humo para matizar la realidad. Así, por ejemplo, en el Reclusorio Preventivo Sur, con una población penitenciaria de 6,114 internos (en 2005 y según cifra proporcionada por la Dirección General de Prevención y Readaptación Social en su Informe Anual),[390] el número de reos-empleados remunerados (es decir, quienes se encuentran en la nómina de dicho centro y reciben un salario por sus servicios) asciende a aproximadamente ¡192! Y si bien los reos-empleados no remunerados[391] no pagan, como la norma señala, su sostenimiento, ello no obsta para ignorar el incumplimiento del mandato constitucional de que todo trabajo, incluso el efectuado en reclusión, debe ser remunerado.

Al respecto, hay quienes argumentan que la “paga” es la concesión de alguno de los correctivos de prisión; sin embargo, debemos retener que se trata de dos cosas distintas, ya que quienes trabajan y perciben un sueldo tienen la misma posibilidad de acceder a uno de estos beneficios que los que no lo reciben, por lo que se configura más como un privilegio que como un derecho. Sin contar que el ínfimo número de “plazas” con trabajo remunerado, en comparación con el exorbitante número de población penitenciaria, puede prestarse, como es evidente en esas circunstancias, a elevados grados de corrupción en todas las esferas y niveles.

[390] Informe disponible en *http://www.reclusorios.df.gob.mx/dgprs/informes/anual2005.pdf*.
[391] Esto es, quienes realizan alguna actividad dentro del centro sin recibir un salario como contraprestación, y por ende sin formar parte de su selecta nómina.

c) De acuerdo con la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal (artículo 52), el trámite para la concesión del tratamiento en externación o del beneficio de la libertad anticipada se iniciará de oficio o a petición de parte. No obstante, en las visitas de verificación que ha efectuado la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) a los centros de reclusión de la capital, el 53% de los internos entrevistados dijo no conocer sus derechos sobre los beneficios de ley ni cuáles son los requisitos para obtenerlos,[392] y dado que, por lo general, ni la Dirección del centro de reclusión ni la Dirección General de Ejecución de Sanciones Penales inician el trámite de oficio, por omisión en el primer caso y por ignorancia en el segundo, se incumple y violenta la ley sistemática y reiteradamente, contribuyendo a la sobrepoblación y al hacinamiento.

d) Adicionalmente a las dificultades que se presentan por la situación reseñada en el inciso anterior, es de destacarse que los centros de reclusión cuentan con escaso personal destinado al análisis de los expedientes de los internos sentenciados que podrían aspirar al tratamiento en externación o a alguno de los beneficios de la libertad anticipada. Hecho que contribuye a las dilaciones en el otorgamiento de los correctivos de prisión y a su escasa operatividad, lo que en últimas redunda en el incumplimiento de las leyes ejecutivas penales.

e) En lo que se refiere a la remisión parcial de la pena, el artículo 50 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, como se ha comentado, establece que “por cada dos días de trabajo se hará remisión de uno de prisión, siempre que el recluso observe buena conducta, participe regularmente en las actividades educativas que se organicen en el establecimiento y revele por *otros datos* efectiva readaptación social...”.

A primera vista, la disposición anterior no presenta mayor conflicto, sin embargo, si la analizamos con más detenimiento, y como lo señaló en su

[392] “Diagnóstico interinstitucional del sistema penitenciario en el Distrito Federal”, documento elaborado por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal en el marco de los trabajo de la Mesa Interinstitucional sobre el Sistema Penitenciario en el Distrito Federal, disponible en *http://www.cdhdf.org.mx/index.php?id=diag_indice*.

momento la CDHDF en su recomendación 2/2002,[393] esta disposición se extralimita respecto a lo señalado por el artículo 18 constitucional, según el cual, los medios para lograr la readaptación social son el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, siendo ésta una enumeración taxativa en la que no tiene cabida la expresión "otros datos", misma que tampoco ha sido casuística o puntualmente desarrollada por el legislador ordinario ni mucho menos contemplada por el Constituyente de 1916-1917.

Si bien las autoridades penitenciarias señalaron en su momento que los *otros datos* a que se refiere este artículo son los *estudios de personalidad* practicados al sentenciado- ejecutoriado por las áreas técnicas, lo anterior vulnera los derechos de los internos, porque la decisión, en tratándose de estos datos, se deja al libre albedrío del personal técnico, por lo que la autorización del beneficio está condicionada a opiniones subjetivas.

Al respecto, la CDHDF señaló:

> Una de esas medidas subjetivas, que vulneran los derechos de las personas en reclusión, es la calificación de "otros datos" para el cómputo de las personas candidatas a algún beneficio. En este rubro, la autoridad incorpora los *estudios de personalidad*, los cuales son criterios distintos a los de la individualización de la pena, sumamente imprecisos, atentatorios de la intimidad y de grado tan unilateral que fueron eliminados como elementos para la calificación de la sentencia por parte del juez en las reformas al Código de Procedimientos Penales en Materia Federal de 1984, y de manera más enfática, en la reforma a este mismo ordenamiento en 1994. Es decir, se utilizan mecanismos basados en normatividades procesales ya derogadas en las normatividades sustantivas. Por ello, la CDHDF recomienda la eliminación de la incorporación de "otros datos" de los elementos de cómputo, porque además de ser una medida imprecisa, es fundamentalmente atentatoria de un ordenamiento preciso en favor del derecho a la seguridad de las personas.

[393] *Idem*.

Adicionalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su *Informe 1998 sobre la situación de los derechos humanos en México*, señaló (párrafo 269) que el *estudio de la personalidad*, como medio para incriminar o para agravar la incriminación penal, viola el principio de legalidad penal consagrado en el artículo 9o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señala: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable...”.

Asimismo, en dicho informe, la Comisión Interamericana hace referencia a los estudios de personalidad practicados a quienes están sujetos a proceso, consideraciones que podemos hacer extensivas a quienes han sido sentenciados y son candidatos a obtener algún beneficio de libertad anticipada, y en el que se menciona que “la peligrosidad es un concepto subjetivo de quien la valora y no es efectivamente mensurable o pronosticable; queda siempre en el campo de la hipótesis y no debe ser éticamente atribuida a una persona... resulta contrario al principio de legalidad penal, y constituye una violación... a las garantías individuales”. Y esto no únicamente se circunscribe a los estudios de peligrosidad, sino que puede extenderse, por ejemplo, a los estudios de grado de antisocialidad en general y el grado de predisposición endógena y exógena a la criminalidad, conceptos también dotados de un alto nivel de subjetividad. Por estos motivos, la Comisión Interamericana recomendó al gobierno mexicano eliminar el sistema de estudios tendentes a determinar el índice de peligrosidad de un individuo y los llamados estudios de personalidad, por ser contrarios a la Convención Americana.

Por su parte, el doctor Sergio García Ramírez, presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el voto razonado que acompaña a la sentencia sobre el *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, del 18 de junio de 2005, ha señalado que “con sustento en la peligrosidad se podría sancionar al infractor… no ya por lo que ha realizado, su conducta, su comportamiento ilícito, dañoso y culpable, sino por lo que es, su personalidad, su tendencia, sus posibles decisiones y su conducta futura y probable, apreciada en la única forma en que podría serlo: a través de pronósticos”. De ahí que cuando para la individualización

penal, sea en la etapa judicial o ejecutiva, se recurre a consideraciones "peligrosistas", se vulnera el "derecho a la prueba y a la defensa, en la medida en que la acusación no recog[e] el cargo de peligrosidad y por lo tanto no se permit[e] al reo desvirtuarlo"; o bien, puede considerarse como una "transgresión del principio de legalidad penal, que dispone atender sólo a una ley ajustada al hecho realizado".[394]

De ahí que la recomendación hecha por la Comisión Interamericana no sólo la debemos puntualmente acatar, sino incorporar a nuestra legislación interna para alejar de la tentación a nuestros cada vez más prejuiciosos legisladores.

e) Respecto a la reclusión domiciliaria mediante el Programa de Monitoreo Electrónico a Distancia, festejamos y recibimos con gran esperanza su incorporación a la legislación ejecutiva penal local, esperando que en breve se extienda a la federal; sin embargo, aunque podemos decir que aún se encuentra en pañales y en "periodo de prueba", ya se avizoran algunas dificultades: como señaló Pedro Arellano, director de Ejecución de Sanciones Penales del Gobierno del Distrito Federal, el costo del dispositivo, el cual —como se dijo— debe cubrir el interno, es de aproximadamente 12 mil pesos, y ello sin contar lo relativo a la fianza, que como el mismo señala es de ¡3,500 dólares! Y si bien es cierto que el beneficiado no debe efectuar el pago de esta última cantidad, sino solamente garantizar el valor real del dispositivo (la cantidad en dólares), sí debe cubrir las tarifas de las compañías afianzadoras, para quienes empieza "su agosto" en pleno noviembre, y que constan, como comisión, de entre el 12 y 14% del monto total a garantizar[395] (esto es, entre 4,200 y 4,900 pesos sobre 35,000), además de los gastos de investigación, expedición, información e IVA. Así, podemos estimar que el candidato a obtener el beneficio deberá contar con al menos 20 mil pesos, empresa difícil si tomamos en cuenta que para la fecha en que un interno pueda acogerse al Programa, habrá estado en prisión, por lo menos, 1.5 (si su sentencia es de 7 años de prisión) o 3 años (si la sentencia es de 10). A esta dificultad se

[394] El texto completo de la sentencia (que recoge casi en su totalidad el contenido del voto) y del voto razonado pueden verse en *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf*.
[395] Fernández, Leticia, *op. cit.*, nota 387.

enfrentará, cuando menos, el 90% de los candidatos, aunque haya "varias maneras del financiamiento, desde irlo pagando en abonos de mil pesos mensuales[;] hasta tenemos instituciones que van a apadrinar esto, el señor cardenal, el club rotario, de leones, la comunidad judía también nos va a dar el apoyo para gente de escasos recursos. Todo el equipo cuesta 35 mil pesos…",[396] afirmó Pedro Arellano.

En fin, no queda más que decir que la libertad, en este caso relativa, a estas alturas del partido, sigue teniendo un precio demasiado alto, en perjuicio de quienes menos recursos tienen.

Adicionalmente, y aunque quizá es demasiado pronto para decirlo, la capacidad del Programa parece insuficiente, y dado que la Dirección de Ejecución de Sanciones no está obligada a aumentar las "vacantes", esto podría dar lugar a que los internos "hagan su vaquita" para poder ingresar al selecto *Club Med* de beneficiarios.

3. *A manera de conclusión*

"Para que las penas alternativas [sustitutivas] de prisión tengan realmente alguna eficacia… reductora del número de encarcelados… es necesario que éstas se establezcan dentro del marco de una decisión político-criminal previa: la de no aumentar el número de presos".[397] Es decir, no se trata solamente de establecer e incorporar en nuestros códigos punitivos o ejecutivos los sustitutivos o correctivos de prisión, sino que se debe conjugar esta minipolítica con una política más amplia que considere la disminución de la punibilidad para algunos delitos, que proporcione mecanismos eficaces que faciliten la (correcta) aplicación de los correctivos de prisión (para "despoblar" la prisión), que proporcione bases sólidas para la efectivización de los sustitutivos, que establezca la despenalización de conductas que bien podrían manejarse en el ámbito administrativo (para evitar tener un número de condenados a penas sustitutivas o alternativas igual o mayor

[396] Mora, Fernando, "Listo programa de monitoreo electrónico de reos", 4 de octubre de 2006, visible en: *http://www.tribunalmmm.gob.mx/ipj/ipj.asp?id=560*.
[397] Zaffaroni, Eugenio Raúl, "¿Qué hacer con la pena? Las alternativas a la prisión", *Las penas sustitutivas de prisión*, *cit*., nota 296, p. 20.

a la de presos), y disminuir la aplicación de la prisión preventiva al máximo posible.

No sólo es positivo disminuir el uso de la pena de prisión por las desventajas que en sí misma conlleva ni sólo por los problemas que se configuran con y por su aplicación, sino porque no todos los delitos establecidos y sus supuestas proporcionales penas son capaces de ayudar al Estado en su lucha contra la delincuencia ni son capaces de mantener a los individuos en cordial vecindad. Su disminución es positiva porque colabora al cambio de mentalidad de la sociedad basada en la venganza a la sociedad basada en la razón y en la humanidad.

A estos logros deben estar encaminados todos nuestros esfuerzos, la legislación sustantiva y ejecutiva penal y la actuación de los encargados de lograr el objetivo último de la pena de prisión: la readaptación social, ya que si los centros de reclusión "son lugares para construir un hombre readaptado, provechoso y con una cultura de respeto por la ley y el orden, ello implica contar con un ejército de verdaderos *apóstoles de la readaptación*, convencidos y comprometidos con su trabajo"[398] (énfasis agregado).

[398] Rodríguez González, Fernando, "Aniversario Hábitat. Mensaje", *Hábitat*, *cit.*, nota 389, p. 6.

CAPÍTULO CUARTO

PROPUESTAS PARA DISMINUIR EL USO DE LA PENA DE PRISIÓN

En el presente capítulo abordaremos algunas de las posibilidades existentes en el derecho comparado, y en algunos casos en el derecho nacional, encaminadas a la reducción del uso de la pena de prisión desde la perspectiva de una política penal "racional". Entendida esta última como la tendente a la *descarcelación*, esto es, aquella en la que "una clase de ofensas, con carácter general o sólo para cierta clase de ofensores, deje de ser castigada mediante penas privativas de libertad y pase a serlo mediante medidas alternativas a la prisión"[399] —que no sustitutivos de la prisión—, como son, por ejemplo, las penas privativas de derechos y la aplicación de medidas de seguridad como penas principales; a la *despenalización*, es decir, que "determinada clase de ofensas deje de ser tutelada mediante el derecho penal y pase a serlo mediante otros instrumentos de tutela";[400] a la *humanización* de las penas, esto es, la reducción de la punibilidad para delitos que no ponen en peligro la estabilidad social y que por su naturaleza conllevan una afectación a un bien jurídico fundamental no-individualizado o con víctimas indeterminadas, y en fin, a la incorporación a nuestros ordenamientos sustantivos y adjetivos penales de instituciones y/o mecanismos que busquen reducir la intervención del órgano jurisdiccional en la solución de conflictos interpersonales —como es el caso de la mediación y de la denominada justicia restaurativa—, entre otras medidas que se podrían agregar pero que no son materia de nuestro estudio.

De acuerdo con este esquema, en primer término nos referiremos a las penas privativas de derechos *como alternativa* a la pena de prisión y a su necesaria reconfiguración ideológica y jurídica con el claro objetivo de dotarlas de mayor ejecutividad como verdaderos medios diminutivos de la pena de prisión. En segundo lugar efectuaremos algunas reflexiones en torno a la escasa operatividad de las penas sustitutivas de prisión como penas autónomas, entendida esta última

[399] Cid Moliné, José y Larrauri Pijoan, Elena, "Introducción", en Cid, José y Larrauri, Elena (coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 13 y 14.
[400] *Ibidem*, p. 14.

característica como aquellas sanciones jurídico-penales alejadas y no dependientes o acompañantes de la de prisión (esto es, que pueden fungir como *principales* y *únicas*) tendentes, con este último carácter (autónomo = principal y único), a la disminución del uso de la pena de prisión, ya que aunque nuestros códigos penales contemplan esta dualidad, son contados los casos en que aquéllas funcionan realmente como penas principales y, sobre todo, *únicas*.

En segundo lugar abordaremos el estudio de las medidas de seguridad, la problemática legal y constitucional a la que se enfrentan, y la factibilidad o no de que funjan como "penas" principales y únicas para determinada clase de delitos.

En tercer lugar nos referiremos a los modelos denominados *mediación penal* y *justicia restaurativa*, que se constituyen como alternativas para la solución de los conflictos interpersonales con una clara reducción en la intervención de los órganos penal-jurisdiccionales en la impartición de la justicia penal.

Finalmente, dedicaremos unas cuantas líneas a la despenalización, destipificación y desincriminación de algunas conductas que, cuando ocurren, no amenazan de manera considerable la pacífica convivencia social ni convierten al Estado mexicano en salvaje e ingobernable, ni provocan, además, que la percepción sobre la inseguridad se dispare desproporcionadamente, como sí ocurre con otras conductas.

I. LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS COMO NUEVA ALTERNATIVA A LA PRISIÓN

La especie pena (del género sanción), cualquiera sea su naturaleza, formalmente comprende una privación o restricción de derechos; sin embargo, se entiende por "penas privativas de derechos" todas aquellas que "imponen determinadas limitaciones —políticas, profesionales o civiles— a la libre capacidad de participación del ciudadano en la vida social".[401] Luego entonces, serán penas privativas de [otros] derechos las que no se refieran propiamente a la privación del derecho a la libertad ambulatoria (pues entre las penas que restringen este

[401] Sanz Mulas, Nieves, *Alternativas a la prisión*, *cit.*, nota 293, p. 281.

derecho se encuentra precisamente la de prisión) o del derecho a la propiedad (en cuyo caso tenemos la pena de multa).

Si bien nuestros códigos penales Federal y para el Distrito Federal contemplan en su parte general penas privativas de derechos (sin referirnos en este momento a la pena privativa del derecho de libertad ambulatoria total —prisión— o parcial —semilibertad, confinamiento, internación— o a la privación de una parte del patrimonio del sentenciado —multa—) como formas de reacción jurídico-penal, no es menos cierto que estas penas, por regla general, son accesorias o facultativas respecto a la pena de prisión. Esto es, que no se presentan como penas cuyos efectos tiendan a la reducción del uso de la prisión, sino que, de hecho, aunque aparezcan como penas principales, casi siempre lo hacen como "penas adicionales a una de prisión (o a una de multa), actuando... como penas accesorias...".[402] Así, el Código Penal para el Distrito Federal señala, en su artículo 30, fracciones VII y VIII, la "suspensión o privación de derechos" y la "destitución e inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos", respectivamente. Por lo que hace al Código Penal Federal, el artículo 24, números 12 y 13, menciona "la suspensión de derechos" y la "inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos".

No obstante recibir una denominación y un tratamiento diferenciado, las penas mencionadas en el párrafo anterior son, todas ellas, penas privativas de derechos, y esto en virtud de que la suspensión consiste en la pérdida temporal de derechos (formalmente una *privación*); la privación en la pérdida definitiva de derechos, y la destitución en la privación definitiva del empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el servicio público. En tanto que la inhabilitación implica la incapacidad temporal para obtener y ejercer cargos, comisiones o empleos públicos (artículo 56 del Código Penal).

Respecto a las denominadas suspensión y privación (reiterando que la primera es una especie del género privación, aunque el legislador les conceda elementos diferenciadores) no existe mayor duda respecto a su pertenencia a este

[402] Matus Acuña, Jean Pierre, "Penas privativas de derechos", en Cid, J. y Larrauri, E. (coords.), *op. cit.*, nota 399, p. 121.

tipo de sanción jurídico penal. Y si bien tampoco la existe respecto a la destitución e inhabilitación, conviene abundar al respecto. Como las conceptúa nuestro Código Penal podría parecer que se trata de sanciones distintas a las propiamente denominadas privativas de derechos; sin embargo, analizando su naturaleza, llegamos a la conclusión de que su esencia es, en efecto, la misma, y esto porque al destituir al sujeto de su empleo, cargo o comisión, o al inhabilitarlo para realizarlos, se le priva del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 5o. constitucional consistente en la libertad para dedicarse "a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode", posibilidad que dicho precepto contempla cuando señala que "el ejercicio [de este derecho] podrá *vedarse*[403] por determinación judicial". De ahí que la destitución y la inhabilitación sean, también, penas privativas de derechos.

Si bien no se ha controvertido la pertenencia de la suspensión de derechos a la pena privativa de derechos, también resulta necesario referirnos a las disposiciones particulares que contempla nuestra legislación respecto a la misma. Así, de acuerdo con ambos códigos penales (para el Distrito Federal, y Federal), la suspensión de derechos puede ser de dos tipos: *a)* la que se impone por ministerio de ley como consecuencia de una pena de prisión, esto es, que la ejecución de esta última conlleva la privación de determinados derechos en virtud de que el sujeto se encuentra privado de su libertad, presupuesto (en teoría) necesario para su ejercicio,[404] y *b)* la que se impone como pena autónoma.

La propia Constitución mexicana, en su artículo 38, señala: "Los derechos y prerrogativas de los ciudadanos se suspenden: II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal…; III. Durante la extinción de una pena corporal; VI. Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión". En los casos de las fracciones II y III estamos frente a la suspensión [privación] de derechos por ministerio de ley (que se corresponde con el inciso *a*

[403] Acudiendo al sentido original y simple del término, tenemos que *vedar* significa "privar o suspender de oficio o del ejercicio de él" (de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*).
[404] Como es la suspensión de derechos políticos y, en su caso, de los derechos de tutela, curatela, ser apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor de concursos, árbitro, arbitrador o representante de ausentes (artículos 58 y 46 de los códigos penales para el Distrito Federal y Federal, respectivamente).

del párrafo precedente), y sólo en el caso de la fracción IV nos encontramos con una pena privativa de derechos en sentido estricto (que se correspondería con el inciso *b*). De todo lo dicho se desprende que la suspensión por ministerio de ley, *por su propia naturaleza*, no es una pena privativa de derechos porque su vida depende totalmente de la pena corporal (prisión), y por lo cual obviamente no puede imponerse como principal y única; motivo suficiente para excluirla del campo de acción del presente trabajo. Por lo que hace al suspensión-privativa de derechos, en ambos códigos se contemplan: la suspensión de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso (en el que se incluye la/el de conductor); la suspensión de los derechos de patria potestad, tutela o custodia (en general de los derechos de familia), y la suspensión de los derechos políticos. Si bien respecto a esta última sanción se ha dicho que se impone por ministerio de ley, también aparece como pena autónoma en el caso de los "delitos contra la democracia electoral" y de ataques a la paz pública y sabotaje en el ámbito del Distrito Federal, y de los "delitos contra la seguridad de la nación" (entre ellos rebelión, sedición, traición a la patria) y en los casos en los que los senadores o diputados electos se nieguen a desempeñar el cargo, ambos en el ámbito federal.

No obstante, y a pesar de que se vislumbra la posibilidad de que la privación de derechos (llámesele suspensión, destitución o inhabilitación) se imponga como pena autónoma, en la mayoría de los tipos penales se contempla como accesoria o acompañante de la de prisión y multa, teniendo más un efecto agravante que una naturaleza autónoma o diminutiva de la prisión, hecho que tergiversa las bondades de las penas alternativas (no sustitutivas, vale recalcar) a la prisión y aniquila la esperanza que algunos habían depositado en ellas como instrumentos facilitadores de la disminución de la prisión cuando se dio su incorporación al catálogo penal.

Y es en virtud de lo anterior que se requiere una reordenación, reestructuración y, sobre todo, revalorización de las penas privativas de derechos, no sólo para dotarlas de las herramientas necesarias a fin de que ocupen un papel primordial y casi principal en el catálogo de sanciones penales a las que acuda el

juez al imponer una sanción por la lesión, menoscabo o puesta en peligro de un bien jurídico fundamental tutelado por el derecho penal, sino para ayudar a la política penal ejecutiva en la lucha contra la sobrepoblación y el hacinamiento penitenciarios, sin que ello implique la ausencia de sanción por la conducta jurídicamente reprochable.

Adicionalmente, y como medida secundaria, no sólo se requiere una mayor aplicación de este tipo de sanciones sino la incorporación de otras, también privativas de derechos, para dotar de un catálogo penal más amplio y con mayor variedad a nuestros jueces, ya cansados de firmar sentencias de prisión y conscientes, en la mayoría de los casos, de que están condenando —en palabras de Elías Neuman— un poco a la muerte.[405]

Sin embargo, debemos ser cuidadosos al momento de implementar las nuevas o las ya existentes penas privativas de derechos, ya que no toda privación o restricción de derechos es o será legítima (constitucional o legalmente, en el ámbito interno o internacional). A fin de hacer una propuesta racional que tome en cuenta las consideraciones anteriores, debemos puntualizar: *a)* qué derechos pueden suspenderse, *b)* qué derechos no pueden suspenderse, y *c)* en qué casos procedería la aplicación de una pena privativa de derechos como PRINCIPAL y ÚNICA. A estos tópicos nos referiremos a continuación.

1. *¿Qué derechos pueden suspenderse?*

Como señalamos en el capítulo primero, la pena es la restricción o privación de bienes o derechos impuesta por el órgano jurisdiccional a quien ha resultado responsable por la comisión de una conducta señalada como típica, antijurídica y culpable por la ley penal vigente. Así también, se dijo que el grueso de las penas contempladas en nuestros códigos penales y aplicadas por nuestros jueces se enfoca a la restricción de los derechos de libertad ambulatoria y patrimoniales, consistentes, estos últimos, principalmente, en dinero. Luego entonces, ¿de qué derechos distintos a la libertad y a la propiedad podemos privar

[405] Neuman, Elías, "La prisión como control social en el neoliberalismo", *op. cit.*, nota 214, p. 129.

a un sujeto? Para responder a esta pregunta debemos retener que la pena más enérgica de nuestro código punitivo (la de prisión) es la que priva del derecho de libertad ambulatoria,[406] luego entonces, y de acuerdo con Jean Matus,[407] será legítimo privar aquellos derechos cuya restricción comporte una gravedad inferior que la que presupone la limitación de la libertad ambulatoria, constituyéndose ésta como su límite máximo en cuanto a gravedad o aflicción, duración y forma de ejecución. Reteniendo además que la restricción del derecho de libertad ambulatoria propiamente dicha, limita además otros derechos (como los políticos o civiles) por ministerio de ley.

Tomando en cuenta las consideraciones anteriores podemos decir que podrá legítimamente privarse:

a) De aquellos derechos de *igual* o *similar* rango constitucional que aunque se suspendan suponen para su ejercicio el derecho de libertad ambulatoria, como sería, por ejemplo, la privación temporal del derecho a ejercer cargos públicos, profesiones u oficios o a poseer o portar armas.

b) De aquellos derechos de rango *inferior* (por no estar constitucionalmente garantizados) al derecho de libertad ambulatoria, que, de igual manera, supongan el ejercicio de esta última, como es el caso de los derechos civiles o los relativos a ciertas prestaciones de la seguridad social.

En ambos casos el elemento común salta a la vista: se trata de derechos que aunque se suspendan no importan una restricción (o al menos no una significativa) del derecho de libertad ambulatoria, sin la cual, aunque no fuesen objeto de privación, no podrían ejercitarse.

[406] Entendida en su sentido primigenio de andar o desplazarse de un lugar a otro a libre voluntad. Hacemos esta distinción para diferenciarla de otros derechos cuyo ejercicio presupone la libertad de acción o elección (libertad como facultad), como el derecho de ejercer *libremente* el oficio, arte, profesión o trabajo que se desee, y no la libertad como antónimo de estar encerrado o preso (libertad corporal).
[407] *Op. cit.*, nota 402, pp. 123 y 124.

Éste es, en suma, el criterio general, al que —con Matus—[408] denominaremos *primer límite interno*.

2. *¿Qué derechos no pueden suspenderse?*

Señalados ya los criterios que deben guiarnos en el camino de la adopción de nuevas o implementación de "viejas"[409] penas privativas de derechos, corresponde ahora referirnos a los derechos respecto de los cuales no sería legítima su privación.

Así, como *segundo límite interno*, no podrán restringirse:

a) Aquellos derechos que no se ajusten a los criterios del primer límite interno, es decir, que sean de rango constitucional *superior* al derecho de libertad ambulatoria, o bien que su gravedad sea mayor con respecto a éste, como sería, por ejemplo, privar del derecho a la vida (lo que además claramente prohíbe el artículo 22 constitucional).

b) Aquellos derechos constitucionales que no suponen el de libertad ambulatoria, como en el caso de la privación del derecho a la integridad física (que también se ajusta al criterio señalado en el inciso anterior).

c) Aquellos derechos respecto de los cuales su privación pueda considerarse inhumana o degradante; como sería, por ejemplo, el privar del derecho a la integridad personal o al sano desarrollo psicosexual.

d) Derechos que otorgan cierto estatus o posición al individuo (por ejemplo la privación de un título o grado académico) y cuyo ejercicio o titularidad no tenga relación con la conducta que origina el proceso y, en fin, la imposición de la pena.

e) Derechos cuya privación conlleve un efecto "desocializador", como sería, por ejemplo, privar del derecho a recibir educación.[410]

---

[408] *Idem*.
[409] Esto es, las que ya se encuentran reguladas en nuestros códigos penales.
[410] Matus, Jean, *op. cit.*, nota 402, pp. 124-127.

f) Aquellos derechos configurados como garantías para la imposición de sanciones o para el desahogo de conflictos interpersonales; por ejemplo la privación del derecho a no ser obligado a declarar o a ofrecer y rendir pruebas o a presentar testigos en su defensa.

g) Aquellos derechos reconocidos en tratados o convenciones internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, como la privación del derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.[411]

Adicionalmente, sería ilegítima la incorporación de penas privativas de derechos *ad aeternum* (eternas), o bien que impliquen una privación temporal tan prolongada que impidan la readaptación, o en fin, de aquellas que aunque su duración temporal sea mínima lleven a una desocialización inmediata, ya que "en sociedades como las actuales, la capacidad de obrar, el acceso a la función pública, el ejercicio de la profesión o de una actividad artesanal o comercial, y hasta el uso del permiso de conducir, son condiciones elementales de trabajo y de supervivencia".[412]

Como ejemplo de lo señalado en el párrafo precedente, en algunos de los tipos penales en que se contempla la inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos, o bien la suspensión e inhabilitación para ejercer la profesión, se señala que ésta tendrá una duración de hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, como acontece en el caso del artículo 250 ("operaciones con recursos de procedencia ilícita") del ordenamiento del Distrito Federal, ya que si, por ejemplo, el sujeto es condenado a 6 años de prisión y, además, por ser servidor público, a 6 años de inhabilitación, sucede que al cabo de, al menos, 3 años 6 meses podrá acceder al beneficio de la libertad anticipada en su modalidad de libertad preparatoria; así, en los siguientes 2 años 6 meses se encontrará impedido para reingresar al servicio público, privándolo de esa forma de la posibilidad de reincorporarse al único trabajo que sabe hacer o al que quizá ha dedicado toda su vida, lo que contraría claramente dos de los postulados

[411] Artículo 3o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
[412] Sanz Mulas, Nieves, *Alternativas a la prisión*, *cit.*, nota 293, pp. 563 y 564.

mencionados, consistentes en que la pena privativa de derechos no debe ser desocializadora ni más grave que la de prisión en cuanto a su duración.

En fin, y para concluir el presente apartado con otro ejemplo, sería ilegítimo privar de su nacionalidad a los mexicanos por nacimiento, y esto no sólo porque los artículos 37 de la Constitución y 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresamente así lo determinan, sino porque su privación conllevaría, a su vez, la privación de otros derechos, como los referidos genéricamente como "derechos o prerrogativas del ciudadano", o al menos ciertas limitaciones respecto a otros derechos que nada tienen que ver con el que es objeto de restricción, como sucede en el caso del derecho de preferencia, en igualdad de circunstancias, de un mexicano sobre un extranjero en materia laboral,[413] que también podría, en cierto modo, provocar su desocialización.

3. *Casos en que se justifica recurrir a las penas privativas de otros derechos*

Señalados ya los límites internos con que deben cumplir las penas privativas de derechos para ser no sólo viables sino, en principio, legítimas y que como tales coadyuven en la difícil empresa de la disminución del uso de la pena de prisión, corresponde ahora referirnos a los denominados límites externos, que son "[aquellos] criterios de correspondencia entre las penas privativas de otros derechos y los diferentes hechos susceptibles de ser castigados con las mismas".[414] De esta forma, si dicha correspondencia no se produce, aun cumpliendo con los límites internos, dichas penas podrán ser calificadas como ilegítimas (de ahí la expresión "en principio") o incluso como crueles, degradantes o inhumanas, y esto por no ajustarse al principio de proporcionalidad que toda pena —bajo el enfoque de una política penal racional— debe recoger y respetar.

Las penas privativas de derechos no deben considerarse ni demasiado rigurosas ni en exceso suaves en comparación con la conducta ilícita que las provoca, ya que en el primer caso, como se dijo, correrían el riesgo de convertirse en desproporcionadas, crueles, inhumanas o degradantes, y en el segundo,

[413] Artículo 154 de la Ley Federal del Trabajo.
[414] Matus, Jean, *op. cit.*, nota 402, p. 128.

podrían llegar a mermar el sentido de justicia y desvalorizar los fines de prevención general y especial que persiguen.

Bajo este tenor, podría decretarse la imposición de las penas privativas de derechos, como *principales* y *únicas*, en los siguientes casos:[415]

1) En delitos de peligro o mero riesgo, cuando el peligro o la puesta en riesgo que se sanciona se derive de una conducta inapropiada en el ejercicio del derecho que se priva. En simple expresión, cuando la conducta ilícita se origina por el ejercicio abusivo de un derecho susceptible de ser restringido como sanción penal. Así, por ejemplo, podría privarse del derecho a poseer o portar armas cuando el peligro ha sido generado, precisamente, por el ejercicio inapropiado del derecho a poseer o portar armas (como podría ser efectuar disparos al aire).

2) En los casos en que la puesta en riesgo o peligro ocasiona daños en las personas o en las cosas, siempre que éstos provengan del ejercicio inapropiado del derecho que se priva y cuya conducta se califique de imprudente. En este supuesto, la pena privativa del derecho de conducir resultaría conveniente para casi todos aquellos delitos relacionados con el tránsito de vehículos, cuando el peligro y los daños deriven de una conducta inapropiada en la conducción.

3) En los delitos en los que el ejercicio de la profesión, oficio, trabajo, e incluso comercio, que se desempeña resulta jurídicamente relevante para la comisión del delito que se sanciona, cuando el daño que se genera con éste sea de poca o mediana gravedad (medida esta última por la no tan importante afectación ocasionada al bien jurídico tutelado), y siempre que se considere que la privación del derecho a ejercer esa profesión, oficio o trabajo resulta *suficiente* para la consecución de los efectos deseados con la imposición de la sanción. Así, por ejemplo, la privación del derecho a ejercer cargos públicos, o de continuar

[415] *Ibidem*, pp. 128-130.

ejerciéndolos (destitución), sería apropiada para aquellos delitos en los que la posición de funcionario público es fundamental para su realización, como sucede con el de negación del servicio público (artículo 270 del Código Penal). Adicionalmente, y por extensión de este criterio, podría legítimamente justificarse la privación de determinados derechos civiles (de familia o relativos a la administración de bienes);[416] de algunos otros de la seguridad social,[417] o, en fin, del derecho a celebrar cierto tipo de contratos.[418]

Por el contrario, resultaría tan ilógico y desproporcionado privar del derecho a ejercer la abogacía a quien, en virtud de una conducta inapropiada en la conducción de un automóvil, imprudentemente daña una señal de tránsito, como imponer la privación del derecho a conducir un vehículo automotor cuando el peligro y el daño ocasionados se derivan de la "indiscreción" del médico respecto a las confidencias o padecimientos de su paciente. Esta no-correspondencia entre conducta ilícita-sanción penal sería suficiente para otorgarle a las penas privativas de derechos el adjetivo de *desproporcionadas*, y en casos extremos el de inhumanas o degradantes.

Llegados a este punto, se hace necesario referirnos a un aspecto más de las penas privativas de derechos: si en el presente trabajo se propone la disminución del uso de la pena de prisión mediante la incorporación de nuevas penas privativas de derechos o, al menos, a través de una reforma legal que les otorgue a las ya existentes una mayor operatividad a fin de que en la praxis funcionen como penas autónomas (principales y únicas), debemos entonces señalar por qué se proponen estas penas y no otras y, en su caso, por qué se consideran más adecuadas que aquella cuyo uso se pretende disminuir —la de

[416] Esto para los casos en los que ciertas obligaciones familiares, asociadas con los derechos de que se priva, son incumplidas por quienes están obligados a ello y en cuya virtud ostentan cierta calidad o título (padre, tutor, curador, albacea), como sucede, verbigracia, con los delitos que atentan contra el cumplimiento de la obligación alimentaria, y respecto de la cual podría privarse al autor del derecho a la patria potestad o del derecho de sucesión en relación con la víctima del delito.

[417] Admisibles para los casos en los que el autor cometa fraude (mediante cualquier engaño o aprovechamiento de error, ya sea en virtud de simulación, sustitución de personas o de cualquier otro acto) para la obtención de los derechos [de seguridad social] de que se le priva (véase artículo 314 de la Ley del Seguro Social, en relación con los artículos 386 a 389 bis del Código Penal Federal).

[418] Cuando la materia u objeto del contrato, o bien su celebración, sea jurídicamente relevante para la realización del delito.

prisión— o, en fin, de aquellas que se han implementado como alternativas a la misma.

Por ello, será necesario demostrar que, como se ha sostenido hasta aquí, para cierta clase de conductas ilícitas, consideradas como de mediana o baja gravedad, las penas privativas de derechos resultan más apropiadas que la de prisión y que las sustitutivas (por su origen) convertidas en alternativas (esto es, cuando se imponen como principales o acompañando a una de prisión): trabajo en favor de la comunidad, trabajo en beneficio de la víctima, multa, semilibertad.

En el primer caso, y para evitar repeticiones engorrosas, nos remitimos a lo señalado en los capítulos segundo y tercero respecto a los problemas que se presentan en y con la aplicación de la pena de prisión, mismos que no se manifestarán en las penas privativas de derechos en virtud de su especial naturaleza y finalidad (de menor gravedad, por no restringir —al menos no de manera significativa— el derecho de libertad ambulatoria, y tendentes más a la prevención general y especial que a la readaptación, respectivamente). Además de que la lesión, puesta en peligro o riesgo de ciertos bienes jurídicos fundamentales sancionada con la privación de la libertad resulta a fin de cuentas contraria a uno de nuestros postulados principales (y al cual le otorgamos cierta correspondencia con la expresión "política penal *racional*"): el de proporcionalidad.

En segundo término, podemos argumentar que se prefieren las penas privativas de derechos en relación con las penas alternativas a la prisión porque, *grosso modo*, consideramos que estas últimas no han cumplido, al menos no como se esperaba, con su función diminutiva de la pena de prisión. Así, por ejemplo:[419]

1) Al plantearse las penas privativas de derechos como consecuencias penales exclusivas para ciertas conductas delictivas en atención a la naturaleza y gravedad de las mismas, presentan la ventaja de no entrar a considerar aspectos tan ambiguos como la personalidad o peligrosidad

[419] Véase Matus, Jean, *op. cit.*, nota 402, pp. 131-133; Cid Moliné, José y Larrauri Pijoan, Elena, "Introducción", *op. cit.*, nota 399, pp. 29 y ss.

del sujeto ni sus todavía más complicadas posibilidades de readaptación o resocialización.

2) Por lo que hace a su ejecución, las penas privativas de derechos no tienen el carácter intrusivo que se les reprocha a las penas alternativas, a las cuales se les ha conferido la difícil tarea de conseguir la readaptación del delincuente, dado que entre sus finalidades no se encuentra la de evitar su reincidencia mediante su sometimiento a determinados tratamientos, la realización de ciertos trabajos o la conducción personal bajo ciertos patrones, además de que el cumplimiento de estas expectativas debe ser cuidadosa y rigurosamente supervisado, tarea que ha resultado ser, y parece continuar por el mismo camino, harto complicada.

3) Las penas alternativas se encuentran subordinadas a un "hacer" por parte del delincuente, que en caso de no producirse podría llevar a la revocación de las mismas y redundar, en última instancia, en una pena de prisión, por la carencia de soluciones alternativas a estas alternativas, en lugar de la tan cuestionable "garantía de prisión". Mientras que las penas privativas de derechos no están subordinadas a un "quehacer" sino sólo a una más o menos eficiente organización de los aparatos administrativos del Estado. En el caso, por ejemplo, de la inhabilitación o suspensión del cargo, tratándose de funcionarios públicos, bastaría con la existencia de un registro en el que constara el nombre del ex funcionario y la duración de la pena impuesta, con la finalidad de que mientras ésta dure, no se le vuelva a contratar dentro de la administración pública, o bien con solicitar una hoja de antecedentes penales en la que conste que, en caso de existir éstos, respecto a ellos no se haya impuesto como sanción la suspensión o la inhabilitación para ejercer un cargo dentro de la función pública.[420] Respecto a las

[420] Al efecto, podría sernos útil el Registro de Servidores Públicos Sancionados que lleva la Secretaría de la Función Pública (en atención a lo ordenado por el artículo 40 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos), en el que además de contener las sanciones administrativas ya impuestas, constaran también las de naturaleza penal.

inhabilitaciones para ejercer oficios, profesiones o trabajos fuera del ámbito de la administración pública, bastaría con los registros que lleva la Hacienda Pública o las instituciones de seguridad social (negando, en su caso, su inscripción o registro) para vigilar a quienes han sido sancionados con dichas penas.

4) Por lo que hace a las penas alternativas, generalmente éstas se otorgan con una garantía de prisión; es decir, cuando las alternativas aparecen como sustitutivas de la pena de prisión, se garantiza su cumplimiento con la amenaza de ejecutar la pena privativa de libertad. Las penas privativas de derechos no adolecen de este problema, ya que en caso de quebrantamiento de la prohibición pueden establecerse sanciones económicas, verificables mediante el procedimiento económico coactivo del Estado.[421]

Adicionalmente, para la implementación (vía incorporación o vía interpretación) de las penas privativas de derechos con base en un modelo proporcionalista, esto es, el consistente es una asignación de consecuencias jurídicas penales graves a hechos graves, y menos graves o leves a hechos de gravedad intermedia o baja, es necesario efectuar algunas reflexiones más.

Si se considera que las penas privativas de derechos no son “suficientes” como únicas y principales dadas las particularidades del delito cometido, podría imponerse una de multa como acompañante, sin que el incumplimiento de una u otra representara en última instancia la imposición de una de prisión; respecto a lo cual operaría la posibilidad de la sustitución de la multa por trabajo en beneficio de la comunidad o de la víctima.

En principio, las penas privativas de derechos respecto al ejercicio de cargos, empleos o comisiones dentro de la administración pública, en cualquiera de sus modalidades (privación o suspensión, destitución o inhabilitación), tal y como se encuentran reguladas en nuestra legislación penal, cumplen con los

[421] En caso de incumplimiento, incluso se propone el arresto de fin de semana, medida criticada por ser una pena de prisión atenuada.

límites internos y externos que hemos mencionado; sin embargo, podrían violarlos si a la pena de *destitución* [definitiva][422] se agregara una que impidiese, también en definitiva, el reingreso a la función pública, caso en el cual la inhabilitación no sólo sería definitiva sino perpetua, supuesto que contravendría lo dispuesto por el artículo 18 constitucional, el cual, *a contrario sensu*, señala que la pena no debe ser *des*-adaptadora, es decir, desocializadora. Bajo la misma tesitura, no sería legítimo imponer una sanción que además de inhabilitar al sujeto para desempeñar cargos o empleos al servicio de la administración pública federal, estatales o municipales, añadiera la prohibición para desempeñar cargos o empleos en empresas de participación estatal minoritaria, esto bajo el mismo argumento de desocialización perpetua.

Además, debe ponerse especial cuidado en que las penas privativas de derechos relativas a la suspensión o privación, destitución o inhabilitación para ejercer cargos, empleos o comisiones públicos no puedan llegar a considerarse degradantes por exceder tanto los límites internos como los externos; es decir, cuando la penalidad es discutible y "no supone como elemento esencial para su realización la calidad de funcionario público, …[motivo por el cual dicha pena] se convierte en… degradante por ser absolutamente innecesaria para el castigo de la clase de ilícito a que se asocia y llevar a quien la sufre a una posición de inferioridad frente a sus pares que no tiene ninguna relación con la infracción cometida".[423] Particularmente demostrativo al efecto resulta el ahora "sin contenido"[424] artículo 527 del Código Penal español (de 1995), que sancionaba con inhabilitación de 8 a 12 años para desempeñar cualquier empleo o cargo al servicio de cualquiera de las administraciones, entidades o empresas públicas o de sus organismos autónomos, y para obtener subvenciones, becas o ayudas públicas de cualquier tipo, al objetor[425] que sin causa justa dejare de presentarse

[422] De acuerdo con el artículo 56, tercer párrafo, del Código Penal.
[423] Matus, Jean, *op. cit.*, nota 402, p. 139.
[424] En virtud del artículo primero (dos) de la Ley Orgánica 3/2002, del 22 de mayo de 2002, por la que se modifican la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, en materia de delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria.
[425] Esto es, quien declara la objeción de conciencia a prestar servicios en las fuerzas armadas y en otras organizaciones con fines de interés general en las que se requiera el empleo de armas (artículo 180 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas). Así, la exposición de motivos de la Ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria, en desarrollo del artículo 30 de la Constitución

al cumplimiento del servicio que se le asigne; dejare de asistir al mismo por más de 20 días consecutivos o 30 no consecutivos o, en fin, se negare de modo explícito o por actos concluyentes al cumplimiento de la prestación social sustitutoria.[426] Claramente se observa que la inhabilitación para ejercer cargos o empleos públicos para sancionar conductas ilícitas que, además de una dudosa y enérgica penalidad, para su realización no presuponen el carácter de servidor público del agente, resulta desproporcionado y degradante.

Bajo este mismo argumento, si como señalamos existen supuestos en los cuales se justificaría la privación del derecho a recibir ciertas prestaciones de seguridad social, la extensión de esta privación a conductas que nada tengan que ver con el abuso en el ejercicio del derecho a la salud en general y a la seguridad social en particular, resultarían además de ilegítimas, inhumanas, ya que al derecho a la salud se le ha concedido el rango de derecho humano fundamental tanto en nuestra Constitución como en pactos, declaraciones y convenciones internacionales.[427]

Por otra parte, en el caso particular de nuestro Código Penal, el artículo 57 señala que cuando la inhabilitación se establece como pena autónoma, ya sea acompañada o acompañante de una pena de prisión, "comenzará [se entiende, su ejecución] *al cumplirse* ésta [la pena privativa de libertad] y su duración será la señalada en la sentencia". En principio esta disposición no parecería contradecir alguno de los límites internos y externos a que nos hemos referido; sin embargo, si la aplicamos a casos particulares otra cosa se revela. Así, por ejemplo, el artículo

---

Española, señalaba que: "El ejercicio del derecho de objeción de conciencia introduce una exención del cumplimiento del servicio militar obligatorio basada en una convicción de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otras de la misma naturaleza. Es pues la incompatibilidad entre las actividades militares y las convicciones del ciudadano, y no la naturaleza de dichas convicciones, lo que justifica la exención del servicio militar, exención que, para evitar discriminaciones entre los ciudadanos en razón de sus creencias e ideologías, conlleva la obligación de cumplimiento de una prestación social sustitutoria".

[426] Consistente en el "desarrollo de actividades de utilidad pública que no requieran el empleo de armas ni tengan relación con la institución militar" (artículo 6o. de la Ley 22/1998) en sustitución del servicio militar obligatorio, y que se origina en virtud de una previa declaración de objeción de conciencia; siendo ésta, de acuerdo con el artículo 30 de la Constitución Española, una causa de exención del servicio militar obligatorio. Cabe aclarar que a partir del 31 de diciembre de 2001, por Real Decreto 342/2001, de 4 de abril, queda suspendida la prestación social sustitutoria. Véanse, al respecto, *http://noticias.juridicas. com/main.php*; "La prestación social sustitutoria desaparecerá el 31 de diciembre", CONSUMER.es Eroski, disponible en *http://www.consumer.es/web/es/economia_domestica/2001/03/31/43467.php*.

[427] Artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 5o., inciso *e*, iv) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y, en el ámbito interamericano, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Protocolo de San Salvador", entre otros.

141 del Código Penal señala que “cuando por culpa se cause homicidio de dos o más personas… las penas serán de seis a veinte años de prisión y suspensión de los derechos en cuyo ejercicio hubiese cometido el delito por un periodo igual al de la pena de prisión impuesta; o si es servidor público, destitución e inhabilitación por igual periodo para obtener empleo, cargo o comisión de la misma naturaleza”. Se observa entonces que si el autor del delito de homicidio culposo del que han resultado dos víctimas fuese un particular (en contraposición a servidor público), además de la pena de prisión que corresponda se agregaría la suspensión del derecho a conducir (dado que el daño causado se origina por la imprudencia o el ejercicio abusivo de ese derecho); en tanto que tratándose de un servidor público, nos enfrentamos a varios conflictos: adicionalmente a la pena de prisión, se le impondrían la destitución y la inhabilitación para obtener cargos o empleos “*de la misma naturaleza*”, no precisándose si con esta última expresión se refiere a acceder a cargos o empleos de *naturaleza pública*, o si desea expresar que estas últimas sanciones procederán cuando en la comisión del delito sea jurídicamente significativo que el agente sea servidor público. En el primer caso estaríamos frente a una circunstancia agravante que no tendría razón de ser y que no justifica el cúmulo de penas adicionales a la de prisión, ya que se trata de un delito *no-intencional*, en cuyo caso puede recurrirse tanto al ámbito civil como penal para obtener la reparación del daño. En el segundo caso operaría el mismo argumento relativo a que la comisión del delito fue por *acción culposa*, ya que aunque pudiera ser jurídicamente relevante el hecho de que el autor fuese servidor público, no es un elemento ni objetivo ni subjetivo indispensable para la producción del ilícito. Y en ambos casos estamos frente a una pena innecesaria que, en últimas, impide su resocialización (por perder éste su empleo y encontrarse incapacitado para reingresar a él por un periodo igual al de la pena de prisión impuesta, plazo que comienza a correr hasta que ésta se extingue) y se cubre con el manto de pena degradante, dado que pondría en desventaja al autor-funcionario público en comparación con el autor-particular, a menos que a un servidor público se le exija el doble de cuidado o diligencia en sus artes conductivas que a un particular, lo

que no parece lógico ni posible por tratarse, valga la repetición, de un delito no-intencional.

Finalmente, para dar operatividad a lo expuesto en el presente apartado, podrían modificarse los códigos penales para adicionar nuevas penas privativas de derechos conceptuadas conforme a lo arriba señalado, o al menos implementar un sistema que permita la interpretación conforme de las penas privativas de derechos ya reguladas en nuestros ordenamientos con un modelo racional (proporcionalista). Este sistema podría ser el propuesto por Jean Matus, en el cual:

1) Cuando la pena de prisión o multa aparezcan como facultativas junto a una de privación de derechos, sólo podrían aplicarse estas últimas cuando se trate de casos de gravedad baja o intermedia en los que resulten adecuadas como únicas y principales.

2) Si la pena a aplicar es multa o privación de otros derechos, la una y la otra deberán graduarse. Por ejemplo, si la pena privativa de derechos es improcedente, porque el derecho de que se priva no tiene relación con la causa de la privación, el juez deberá imponer el mínimo de ésta (o no imponerla si es facultativa), y a la inversa, cuando la privación de derechos resulta más adecuada para el caso, el juez deberá imponer el mínimo posible de la pena de multa.

3) Si la pena se compone de prisión y privación de derechos, hay que distinguir:

   a) Si la prisión es inferior a dos (o hasta cinco) años debiera imponerse, siempre que sea adecuada, la privación de derechos y la suspensión condicional de la ejecución de la pena para el caso de la prisión, sin necesidad siquiera de imponer mayores condicionamientos a dicha suspensión, ya que la privación de derechos podría suplirlos.

      Si la privación de derechos no es adecuada, debiera aplicarse al mínimo en caso de que su imposición sea obligatoria, y procederse a la

suspensión o sustitución de la prisión cuando corresponda. Si la privación fuese facultativa, no imponerla y conceder la suspensión o sustitución de la prisión cuando corresponda.

b) Si la prisión no es susceptible, por ser superior a cinco años, de ser suspendida condicionalmente, la pena privativa de derechos podría graduarse de modo que su aplicación *simultánea* con la de prisión no importe un grado de desocialización mayor que el que conlleva la prisión, evitando o disminuyendo en lo posible la existencia de un periodo de tiempo en el que el infractor no pueda, una vez extinta la de prisión (en su totalidad o disminuida en virtud de la aplicación de un correctivo de prisión), reintegrarse a la sociedad y al mundo del trabajo, por encontrarse incapacitado para ejercer un cargo público, o del derecho a ejercer una profesión, oficio o trabajo.[428]

Si bien se escuchan voces que ven cierto peligro en la implementación de las penas privativas de derechos, dado que consideran que pueden llegar a ser en algunos casos "corrosivas y malignas",[429] sobre todo atendiendo a la desocialización que podrían llegar a producir —y respecto a la cual hemos brindado posibles vías de solución—, consideramos que si se regulan de manera adecuada y si se revisten de todas y cada una de las garantías que protegen los derechos fundamentales y que se aplican a las penas restrictivas de la libertad y de la propiedad, su feliz incorporación a nuestros códigos penales impactará en la disminución del uso de la pena de prisión y, en últimas, podrían contribuir al *deshacinamiento* carcelario.[430]

II. Los sustitutivos de la pena de prisión como penas principales

En el capítulo anterior nos hemos referido ya a la regulación legal y a los conflictos que se producen con la aplicación de los sustitutivos de la pena de

[428] Tomado de Matus, Jean, *op. cit.*, nota 402, pp. 140 y 141.
[429] Véase Landrove Díaz, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, citado por Sanz Mulas, Nieves, *Alternativas a la prisión*, *cit.*, nota 293, p. 281.
[430] Esto, al acogerse los reos a la retroactividad "positiva", es decir, aquella que puede aplicarse en beneficio del reo (véase artículo 14 constitucional).

prisión, por lo que no haremos un recuento de los mismos en el presente apartado. Sólo nos resta reiterar el ferviente deseo de su subsanación y del mayor papel que deben jugar la multa, la semilibertad, el trabajo en favor de la comunidad o en beneficio de la víctima como penas principales (convertidas en este punto en alterativas), ya que —en este caso sí conviene insistir— su incorporación por el legislador como punibilidad para una mayor cantidad de tipos penales, y su imposición por el juez cuando ya se encuentran establecidas como tales, ha sido tímida y quizá temerosa.

Sin embargo, antes de referirnos a propuestas un tanto más concretas, es prudente efectuar algunas consideraciones previas. Así, y siguiendo un tanto el esquema de desarrollo que Ferrajoli utiliza en su obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, podemos comenzar preguntándonos "cuándo y cómo" aplicar las penas sustitutivas como penas autónomas, dado que nuestros códigos penales han dejado otrora abierta esta posibilidad.

1. *Cuándo*

Ya hemos manifestado en el capítulo segundo la inconveniencia de las penas de prisión de larga duración, por lo que de una inferencia lógica podría suponerse que la solución sería precisamente todo lo contrario: las penas cortas de prisión; sin embargo, no menos enérgicas han sido las voces que se han alzado para dirigirles algunos reproches.[431] Para Roxin, por ejemplo, "la pena corta de prisión inferior a seis meses [es] enemiga de la resocialización", ya que es demasiado corta a esos fines y suficientemente larga como para que el sujeto "que ha tenido un pequeño desliz se ponga definitivamente en el mal camino por el contacto con criminales responsables de delitos más graves y con condenas más largas", además de que "causa más daño que beneficio [y] favorece la comisión de nuevos delitos en vez de prevenirla".[432]

[431] Al respecto pueden verse: Rodríguez Manzanera, Luis, *Penología*, *cit.*, nota 2, pp. 220 y 221; Sanz Mulas, Nieves, *Alternativas a la prisión*, *cit.*, nota 293, pp. 397-401; Cuello Calón, Eugenio, *op. cit.*, nota 57, pp. 585-597; Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general...*, *cit.,* nota 11, pp. 123, 129 y 130.
[432] Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general…*, *cit.*, nota 11, pp. 123 y 129.

Para Cuello Calón, algunos de los inconvenientes son "su incapacidad para ejercer un influjo educativo sobre el penado, su carencia de eficacia intimidativa…, hacer perder al condenado su ocupación y exponer a su familia a la miseria, ser caras en exceso…, constituir un grave obstáculo para la rehabilitación del penado por el estigma que la prisión deja en el liberado y ser un formidable agente de corrupción por el contacto con criminales habituales profundamente pervertidos";[433] "máxime cuando la mácula social de «haber estado a la sombra» va a suponer una dificultad adicional para su vida en sociedad", agrega Roxin.[434]

Y aunque para algunos, como Cuello Calón, la propuesta de su completa abolición sería simplista y radical, para otros, como Tullio Padovani,[435] resulta fundamental proceder a su definitiva supresión; no obstante, el elemento común en ambas posturas es la inconveniencia, sea por unas u otras causas, de estas penas. Entendiendo por ellas, para los objetivos de este trabajo, las penas de prisión de tres meses (el mínimo que el mismo código permite) a tres años, aunque nada impide que pudieran hacerse extensivas a delitos considerados de gravedad intermedia.[436]

De una somera búsqueda dentro de nuestro Código Penal nos percatamos de que en 67 artículos (de 242 que componen su parte especial) se contemplan penas cortas de prisión que parten de "x" cantidad de *meses*. Así:

- En seis artículos se contempla la pena de 3 meses a 1 año de prisión (158, 209, 222, 285, 288, segundo párrafo, y 314);
- Seis artículos más la establecen en 3 meses a 2 años (207, 267, 274, 285, 286, tercer párrafo, y 327).
- Uno de 6 meses a 1 año (359).
- Dos de 4 meses a 2 años (230, fracción II, y 232).

[433] Cuello Calón, Eugenio, *op. cit.*, nota 57, p. 586.
[434] Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general…*, *cit.*, nota 11, p. 129.
[435] Citado por Sanz Mulas, Nieves, *Alternativas a la prisión*, *cit.*, nota 293, p. 617.
[436] Cid Moliné, José y Larrauri Pijoan, Elena, "Introducción", *op. cit.*, nota 399, p. 30.

— Once de 6 meses a 2 años (130, fracción II, 210, 213, 214, 239, fracción II, 281, 307, 317, 329, 330, 332).

— Cinco de 3 meses a 3 años (156, 159, 162, segundo párrafo, 251 y 297).

— Uno de 4 meses a 3 años (227, fracción II).

— Catorce de 6 meses a 3 años (160, 179, 212, 261, 278, fracción I, 279, 282, 301, 309, 328, 337, 339, 347 quintus y 353).

En los 21 artículos restantes, que bien podrían entrar en la clasificación de penas cortas de prisión, se evidencia una clara tendencia que contradice el modelo proporcional que aquí se defiende, dado que, por ejemplo, en el caso del artículo 159, en su segundo párrafo, la escalofriante pena oscila entre los ¡3 meses y los 10 años!, o el del artículo 233, que señala una pena de 6 meses a 10 años; en ambos casos se trata de la penalidad estándar, es decir, sin tomar en cuenta elementos que califiquen al delito. Y aun cuando no en todos los casos la distancia entre el mínimo y el máximo es tan amplia, no deja de ser criticable el que una misma conducta pueda ser sancionada, por muy divergentes que puedan ser las circunstancias del delito, con prisión de 6 meses a 4 años *o* con una multa de 90 a 360 días multa (artículo 193).

Observando las consideraciones anteriores podemos decir que las penas alternativas a la prisión podrían aplicarse *cuando* se trate de penas cortas de prisión como las enumeradas en los incisos *a* a *h*. Reteniendo que nada obsta a que puedan extenderse a los 21 casos que decidimos no incorporar en la enumeración en virtud de que su límite máximo excede con mucho lo que aquí se considera de corta duración. Apoya en mayor grado nuestros argumentos el hecho de que en algunos casos (8) se trata de penas facultativas, supuestos en los cuales se prefiere la imposición de la pena no privativa de la libertad.

2. *Cómo*

Consideramos que las penas alternativas a la prisión son un medio idóneo, mas no el único, para erradicar, o al menos disminuir, las penas de prisión de

corta duración, quizá conservando para algunos casos de gran impacto e interés social —como la obligación alimentaria—[437] la disposición *excepcional* que faculta al juez para imponer una pena restrictiva de la libertad en lugar de una alternativa, sin que esto signifique perder de vista el principio de proporcionalidad que debe guiar todos nuestros pasos hacia la disminución de la pena de prisión, sea de larga o corta duración.

Planteamos, siempre bajo la idea de una mayor operatividad de estas penas, sobre todo del trabajo en favor de la comunidad, del trabajo en beneficio de la víctima y de la semilibertad (ya que la multa sigue a la de prisión en cuanto a su grado de recurrencia), su incorporación, como *principales* y *únicas*, en los tipos penales contenidos en los artículos mencionados.

Para que su incorporación fuera coherente con lo hasta aquí manifestado, podríamos recuperar algunos elementos del modelo de interpretación propuesto para la mejor ejecutividad de las penas privativas de otros derechos, como la imposición de las penas alternativas en lugar de la de prisión cuando éstas sean facultativas (y cuando se considere que como penas principales no son suficientes para los fines adjudicados a las mismas), que aparezcan como principales y únicas en delitos de mero riesgo o peligro, o bien cuando el daño ocasionado no sea significativo, o lo sea pero de gravedad intermedia. También sería importante considerar la adición de algunas otras penas con ciertos tintes sustitutivos como la suspensión del fallo, la amonestación con reserva de pena y la detención domiciliaria.[438]

Cuando se proponen sanciones alternativas a la de prisión, surge inmediatamente la pregunta: ¿y si no las cumplen, qué? En este supuesto podría recurrirse a la sanción económica en sus modalidades de multa y reparación del

[437] Y esto no sólo por ser un derecho fundamental de los niños y las niñas reconocido en nuestra Constitución y en convenios y declaraciones internacionales, sino porque de ello depende el desarrollo, la evolución y el bienestar de nuestra sociedad.

[438] Propuestas por Sergio García Ramírez en “Consecuencias del delito: los sustitutivos de la prisión y la reparación del daño”, *op. cit.*, nota 299, p. 449. La suspensión del fallo es “la facultad atribuida a los tribunales, de suspender motivadamente la imposición de la pena en el fallo de la sentencia condenatoria, y por ello su inscripción en el registro correspondiente, atendidos los principios de prevención especial y prevención general, y que la pena que hubiere correspondido al delito cometido no fuere grave, quedando condicionada dicha suspensión al hecho de que el reo no delinca en el plazo fijado por el tribunal y que no podrá ser inferior a dos años ni superior a cinco” (p. 449, nota 63).

daño. Y aunque aquí escucharemos nuevamente las voces que con razón argumentan que no todos pueden pagar una multa, por muy pequeña que ésta sea, siempre podrá recurrirse a la sustitución de ésta por trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad.

Adicionalmente, sería adecuado eliminar a la peligrosidad como elemento de valoración que debe considerar el juez al momento de la individualización de la sanción cuando la punibilidad establecida para el ilícito en cuestión es una pena alternativa, ya que, en últimas, para ese fin contamos con las medidas de seguridad, de por sí bastante controvertidas.

III. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Las teorías de la pena, algunas señalando que la pena es la retribución por el mal cometido, otras añadiéndole un carácter preventivo general o especial, y otras más —como forma de prevención especial— asignándole la tarea adicional de rehabilitar o readaptar, en gruesas líneas propugnaban por la sanción del hecho punible cometido y su no-repetición; objetivos que aparentemente se cumplían, con menor o mayor eficacia, con la pena. No obstante, "el último tercio del siglo XIX manifestó la insuficiencia dogmática y penitenciaria de la pena como única institución del derecho penal en la lucha contra el delito";[439] esto es, "[su] insuficiencia […] para llevar a cabo la idea de la prevención especial".[440] Nace así, bajo el sistema denominado *doble vía* (esto por tratarse de una dualidad de sanciones), una nueva reacción jurídico-penal, al inicio complementaria y posteriormente paralela a la pena: la medida de seguridad, adaptando a una (pena) y otra (medida de seguridad) a las emergentes necesidades: la pena para sancionar la culpabilidad por la comisión de una conducta tipificada como delictiva, y la medida de seguridad para sancionar la peligrosidad, en el entendido de que el delincuente puede cumplir con la pena y aún así continuar siendo un riesgo para la

[439] Olesa Muñido, Francisco, *Las medidas de seguridad*, Barcelona, Bosch, 1951, p. 63.
[440] Vallejo, Jean, *Sistema de consecuencias jurídicas del delito: nuevas perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 51. Al respecto, Rocco señalaba "la necesidad de crear nuevos y en todo caso más adecuados medios de lucha contra las agresiones al orden jurídico, a utilizar cuando las penas sean, por sí solas, insuficientes para ese objetivo o cuando falten los presupuestos y condiciones de su aplicabilidad". Citado por Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón…*, *cit.*, nota 62, p. 778.

sociedad por su actitud *viciosa* o de irrespeto para con la colectividad y su entorno social (de ahí la expresión "insuficiencia de la pena"); o bien, cuando el sujeto no es culpable (por encontrarse en un supuesto de inimputabilidad) prevenir su reincidencia.[441] Todo ello —se argumentaba— porque "la peligrosidad de un sujeto puede ser en particular tan grande para la colectividad, que la pena ajustada a la culpabilidad no baste para proteger suficientemente de sus ataques a la colectividad".[442]

Y si bien actualmente el término peligrosidad[443] como característica de un sujeto (ya sea por el grado de su desviación o propensión —tratándose de imputables— o por no ser sujeto de "castigo" —por ser inimputable—) es harto discutible, no es menos cierto que éste es y ha sido la base y fundamento sobre el que se han edificado las medidas de seguridad y su regulación legal,[444] motivo por el cual, y sin perder de vista su alto grado de "cuestionabilidad", en el desarrollo de este apartado nos adherimos a la presunción de su existencia y de su no menos conflictiva forma de determinarla, porque dicha presunción es la que, al final, les otorgará o no legitimidad.

1. *Concepto*

Para Cuello Calón, las medidas de seguridad son "especiales medios preventivos, privativos o limitativos de bienes jurídicos, impuestos por los órganos estatales competentes a determinados delincuentes para la obtención de alguno de los siguientes fines: *a)* su readaptación a la vida social…; *b)* su separación de la misma…; *c)* o, aun sin aspirar específicamente a los fines anteriores…, a prevenir también la comisión de nuevos delitos".[445]

---

[441] Entendida en su sentido primigenio de reiteración de conducta, y no en el sentido legal de comisión de un delito previo.
[442] Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 11, pp. 103 y 104.
[443] Garófalo, por ejemplo, utilizaba el término *temibilità*, entendiéndola como "la perversidad constante y activa que se manifiesta en el delito" (*La criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, trad. de Pedro Dorado Montero, Madrid, La España Moderna, 1922). Hasta nuestros días, esta idea se ha conservado dentro de algunas definiciones de peligrosidad, aunque no se adoptó ni se mantuvo dicho vocablo, y ello porque se afirma que la *temibilità* es la consecuencia y la peligrosidad su causa. Ya que "una persona es temible porque es peligrosa, pero no peligrosa porque es temible. Lo esencial no es la temibilidad sino la capacidad de daño que constituye la peligrosidad", sentencia Olesa (*op. cit.*, nota 439, p. 64).
[444] Incorporado también, y no con menores críticas, para la individualización jurisdiccional y ejecutiva de la pena.
[445] Cuello Calón, Eugenio, *op. cit.*, nota 57, p. 88.

Por su parte, Olesa Muñido las conceptúa como los "medios sustantivos de prevención especial aplicables jurisdiccionalmente en los casos y forma previstos en la ley, a las personas adultas que constituyendo un peligro no transitorio de infracción del orden jurídico penal por su condición moral, social o psíquica, son incapaces de sentir la eficacia preventiva de la pena",[446] añadiendo que su imposición "es correlativa a la existencia, jurisdiccionalmente declarada, de estado peligroso...".[447]

2. *Naturaleza jurídica*

Hemos dicho ya que el orden jurídico se reviste de medidas jurídicas aseguradoras de la eficacia de la norma formulada, bajo el concepto unitario de sanción (medios coactivos), y que son aquellas con las que éste consigue la sujeción de un valor (efectiva mediante la restricción de la esfera jurídica del sujeto y justificada por la necesidad de proteger un valor primicial) para lograr con ello la tutela de otro (la defensa de la sociedad). Dichas medidas —de acuerdo con Francisco Olesa— pueden ser de naturaleza preventiva o reintegrativa/sancionadora. Éstas corresponden a un hecho cierto pasado (la conducta delictiva), y el elemento de restauración (la pena) tiende a reafirmar el valor violado aunque tenga como efecto prevenir infracciones futuras; en tanto que aquéllas corresponden a una evaluación del hecho presente (la infracción y la peligrosidad de quien la lleva a cabo) con proyecciones al futuro (su propensión a), que buscan su no repetición o su evitación.

Luego entonces, podemos decir que las medidas de seguridad se ajustan a lo que se considera *medidas jurídicas de prevención especial*, ya que tienden a prevenir la comisión de conductas nocivas para la sociedad que pudiesen provenir de un sujeto considerado "peligroso" tanto en el presente como para el futuro. Y aunque la imposición de una medida de seguridad se entienda como una especie de sanción por la infracción penal cometida, en realidad se está frente a una

[446] Olesa Muñido, *op. cit.*, nota 439, p. 358.
[447] *Idem*. Define al estado peligroso como una "situación no transitoria de la persona adulta, de origen psíquico, moral o social, legalmente adecuada para que ésta realice con probabilidad actos que constituyan infracción de la ley penal, sin que frente a tal situación de la persona sea eficaz la acción preventiva de la pena" (p. 357).

medida tendente a la no repetición del hecho dañoso, aunque algunos le otorguen una finalidad, en últimas, reintegrativa, readaptadora o reeducativa.

Y si la característica del derecho penal es la lucha jurídica y directa contra el delito, las medidas de seguridad se integrarán a él por constituir una reacción también directa de la sociedad contra el peligro que presupone un sujeto por su inclinación al delito. Ello porque su *fin mediato* es la eliminación del estado peligroso que motiva su imposición, siendo de proyección individual; y porque su *fin causal* es la defensa social contra un peligro que parte de la personalidad del proclive a criminal, jurídicamente relevante.[448]

De ahí que, de acuerdo con Luis Rodríguez Manzanera, las medidas de seguridad son estrictamente penales porque tienen por finalidad el prevenir delitos, atendiendo a la peligrosidad criminal y no a cualquier peligrosidad.

Como consecuencia de ello, *grosso modo*, su imposición correrá a cargo de la autoridad judicial previa sentencia; no deberán dictarse en razón de circunstancias que no constituyan una conducta típica perfectamente delimitada (principio de legalidad); no deben ser "peores" que las penas ni el inimputable tratado peor que el imputable (principio de proporcionalidad) y, en principio, cualquier circunstancia que permita que al imputable no se le dicte una punición o no se le aplique una pena, debe beneficiar también al inimputable.[449]

Dado que nos adherimos a quienes sostienen esta postura, relativa a que las medidas de seguridad, por sus fines mediato y causal, son de naturaleza penal, no consideramos que dicho término comprenda aquellos medios de prevención general de la delincuencia que emplea el Estado, caracterizados por referirse a toda la población, y que en muchos casos tienen un fin propio ajeno al derecho penal (aun cuando contribuyan a la disminución de los delitos), y esto porque, conviene reiterar, las medidas de seguridad "recaen sobre una persona

[448] *Ibidem*, pp. 120-129.
[449] Rodríguez Manzanera, Luis, *Penología*, *cit.*, nota 2, p. 127.

especialmente determinada en cada caso, por haber cometido una infracción típica".[450]

3. *Finalidad de las medidas de seguridad*

Se puede afirmar, por lo dicho hasta aquí, que la finalidad primigenia es esencialmente la de tipo preventivo especial, porque con su ayuda se busca prevenir futuros hechos delictivos. Si bien la conducta nociva cometida por un inimputable no puede formalmente calificarse como delito, sino como *infracción penal*,[451] es cierto que ella, de una u otra forma, ha puesto en riesgo un bien jurídico tutelado por el derecho penal, o bien ha causado o efectivizado un daño al mismo (supuestos ambos punibles en tratándose de un sujeto imputable), lo que justifica su imposición con miras a prevenir (mediante una restricción de bienes jurídicos o derechos) su repetición por el sujeto que es objeto de las mismas, en virtud del presunto peligro que por sus particulares condiciones psíquicas, físicas, morales o sociales representa.

4. *Clasificación doctrinal y legal*

La doctrina[452] coincide en clasificar a las medidas de seguridad en al menos cuatro grandes grupos: 1) medidas eliminatorias; 2) medidas de control; 3) medidas curativas o terapéuticas, y 4) medidas privativas de libertad.

Las primeras tienden a la separación definitiva del sujeto de la colectividad, internándolo en instituciones de alta seguridad o expulsándolo del país,[453] por su dificultad o imposibilidad de adaptación social. Las de control se centran en la dirección y vigilancia del individuo, sea ésta de tipo público (la efectuada, por ejemplo, por los trabajadores sociales) o privado (el que realiza la familia o persona de confianza). Las medidas curativas o terapéuticas se aplican en casos de enfermedad física o mental, ya sea internando al sujeto en una institución

[450] Villalobos, Ignacio, *Derecho penal mexicano*, citado en *ibidem*, p. 117.
[451] Por extensión de la terminología empleada por el artículo 3o. de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, en el que se habla de *infracción* y no de *delito*.
[452] Así Eugenio Cuello Calón, Francisco Olesa Muñido y Luis Rodríguez Manzanera (*op. loc. cit*.). Véase, también, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*…, *cit*., nota 62, pp. 777-799.
[453] Véase, al respecto, el artículo 33, en relación con el 11, ambos de la Constitución mexicana.

especializada u obligándolo a seguir determinado tratamiento. Por lo que hace a las privativas de libertad, ellas restringen total o parcialmente el derecho de libertad ambulatoria, más como un medio que como un fin, dado que algunas de las medidas de seguridad anteriores requieren para su eficaz aplicación la privación de la libertad. En virtud de ello, las terapéuticas o curativas podrían también ser restrictivas de la libertad.

Por su parte, el artículo 31 de nuestro Código Penal señala que las (únicas) medidas de seguridad que pueden imponerse con arreglo al mismo son: *a)* supervisión de la autoridad; *b)* prohibición de ir a un lugar determinado u obligación de residir en él; *c)* tratamiento de inimputables o imputables disminuidos, y *d)* tratamiento de deshabituación o desintoxicación.

La supervisión de la autoridad, que se correspondería con las medidas de control que identifica la doctrina, consiste en “la observación y orientación de la conducta del sentenciado, ejercidas por personal especializado… con la finalidad exclusiva de coadyuvar a la readaptación social del sentenciado y a la protección de la comunidad” (artículo 60). Podrá disponerse esta medida cuando en la sentencia se imponga una sanción que restrinja la libertad o derechos, sustituya la pena de prisión por otra o conceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Señalando además que su duración no deberá exceder de la correspondiente a la pena o medida de seguridad impuesta. De ello resulta que no es una medida de seguridad susceptible de aplicarse a inimputables, por no adecuarse, en virtud de su naturaleza no punible, a alguno de los supuestos enumerados.

De acuerdo con el artículo 61, en atención a las circunstancias del delito, del delincuente y del ofendido, el juez podrá prohibirle, vía sentencia, que asista a un lugar determinado o que resida en él. Agregando que la duración de estas medidas no podrá ser mayor al término de la pena impuesta; de ello se infiere que si su duración depende de la de la pena, tampoco son aplicables a sujetos inimputables, por no ser aquéllas aplicables a éstos.

Respecto a la medida enunciada en el inciso *c*, de la lectura del artículo 29, fracción VII, se colige que inimputable (permanente) es quien al momento de realizar el hecho típico (*infracción penal*) no tenía la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, y ello por padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado; en tanto que el artículo 65 considera "disminuido" al sujeto imputable cuando su capacidad se encuentre, por las mismas causas, sólo considerablemente disminuida.

De estos conceptos se desprenden dos situaciones y tratamientos jurídicos distintos que confluyen en una sola medida de seguridad: al imputable disminuido se le impondrá de una cuarta parte de la mínima hasta la mitad de la máxima de las penas aplicables para el delito cometido y/o las medidas de seguridad correspondientes [en este caso tratamiento], tomando en cuenta el grado de inimputabilidad que padezca el sujeto. Tratándose de inimputables, el juez dispondrá la medida *de tratamiento* a aplicar, ya sea en libertad o en internamiento. Este último se prolongará durante el tiempo necesario para su curación, no debiendo exceder el límite máximo previsto en el artículo 33, esto es, nada más y nada menos que ¡setenta años! No obstante, tres artículos después se menciona que la duración del tratamiento en ningún caso excederá del máximo de la pena privativa de libertad que le hubiese correspondido por ese mismo delito en caso de ser imputable, contradiciendo la opinión de la doctrina[454] que señala que su duración debe basarse en las necesidades del tratamiento y no en la gravedad del delito. Porque "¿cómo es posible saber la pena que hubiera correspondido al autor si éste hubiera sido declarado culpable? Para ello hay que averiguar… qué motivos hubiera tenido el autor si hubiera tenido una capacidad normal de motivación, porque los motivos del autor para cometer el delito es uno de los criterios precisamente para la determinación de la pena",[455] por ello esta forma de valoración no parece muy lógica. Y por si no bastara este hilvanado de disposiciones contradictorias, el artículo 64 agrega que la autoridad competente podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, considerando *las*

[454] En este sentido, Vallejo, Jean, *op. cit.*, nota 440, p. 79.
[455] *Ibidem*, p. 87.

necesidades del tratamiento con base en revisiones periódicas de acuerdo a las particularidades del caso.

Adicionalmente, consideramos que para su imposición debería valorarse si el hecho de padecer un trastorno mental, sea permanente o transitorio, influyó en la comisión del delito de que se trata. Estaríamos quizá en el mismo supuesto que señaláramos como uno de los límites externos de las penas privativas de derechos, por lo que podría apelarse a la ilegitimidad de la medida cuando no existiera una relación causal entre la peligrosidad, considerada por su estado mental anormal, permanente o transitorio, y la causa y resultado de la conducta ilícita cometida. Y esto porque no todo retardo o disminución en las capacidades mentales "incapacita" de plano al sujeto, como podría suceder, por ejemplo, con los delitos imprudenciales, cuya ocurrencia es probable aun cuando la persona no padeciera algún trastorno, o cuando el sujeto estuviera ya bajo tratamiento médico, hipótesis en las cuales esta medida sería innecesaria.

El tratamiento de deshabituación o desintoxicación se dispondrá, además de las penas a que haya lugar, para quien ha sido sentenciado por un delito cuya comisión obedezca a la inclinación o abuso de bebidas alcohólicas, estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares. Dicho tratamiento no podrá exceder del término de la pena de prisión impuesta, y en caso de no tratarse de pena privativa o restrictiva de la libertad, no podrá ser superior a seis meses (artículo 67). Luego entonces, la duración de dicha medida de seguridad dependerá de que la pena que la acompaña sea benévola y no ya de la peligrosidad o de la necesidad de tratamiento que requiera el sujeto, regresando a las que se creían ya superadas teorías retributivas.

5. *¿Son inconstitucionales las medidas de seguridad?*

El apotegma latino "*nulla poena sine lege*", al que conocemos como principio de legalidad, se ha convertido en uno de los ejes sobre el que gira el derecho penal, y en ausencia del cual se considera, por decir lo menos, ilegítimo un sistema punitivo determinado. En épocas recientes ha sido objeto de una

reformulación más extensiva que contempla tanto a las penas como a las medidas de seguridad (sistema dualista): "*nullum crimen, nulla poena nulla mensura sine lege praevia, scripta, stricta, publica et certa*",[456] es decir, no hay hecho punible, no hay pena ni medida de seguridad sin ley escrita, estricta, cierta y previa.

Así, no puede haber hecho punible, pena o medida de seguridad sin ley *escrita*, por estar prohibido el derecho consuetudinario como medio para crear hechos punibles, penas o medidas de seguridad.[457]

No hay hecho punible, pena o medida de seguridad sin ley *estricta*, dado que se prohíbe su imposición por analogía o mayoría de razón.

No hay hecho punible, pena o medida de seguridad sin ley *cierta* y *pública*, y esto porque tanto los hechos punibles como las consecuencias jurídicas deben estar consagrados de forma clara, precisa y determinada en la ley, debiendo ser ésta de conocimiento público o de accesibilidad general.

No hay hecho punible, pena o medida de seguridad sin ley *previa*, porque está prohibida la aplicación retroactiva de la ley, salvo el *favor rei*.[458]

Dada su importancia, este principio se ha consagrado a nivel constitucional —con más o menos palabras o mayor o menor especificidad— en todos los Estados que precien de llamarse democráticos de derecho. Así, por ejemplo, la Constitución italiana señala, en su artículo 25, que "nadie puede ser sancionado si

---

[456] Así lo entiende el Circuito Judicial Penal del Estado Mérida del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela en el asunto LP11-D-2005-000034, fallado el 25 de abril de 2005 (visible en *http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2005/abril/1022-25-LP11-D-2005-000034-.html*). En el mismo sentido, Velásquez Velásquez, Fernando, "Las normas rectoras del proyecto de Código Penal peruano de 1986" (que puede consultarse en *http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/88/vel88.htm*), en el cual pareció basarse el ex senador Rafael Melgoza Radillo en su iniciativa de reformas al artículo 171 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, que puede consultarse en *http://www.senado.gob.mx/content/sp/md/content/estatico/content/informes/59/1/LIX_2/29-04-2004/ documento33.html*.

[457] No obstante el reconocimiento generalizado de dicho principio, el artículo 7.2 (intitulado "No hay pena sin ley") del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, del 4 de noviembre de 1950, señala que "el presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito *según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*". A pesar de las discusiones que se han presentado al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos decidió conservar un artículo (el 15.2) similar al de su homónimo. Y si bien no es materia del presente trabajo el debate sobre la cuestión, no podemos pasar por alto que esta disposición no sólo nos parece desafortunada, por excesiva, sino que puede ser una puerta de salida bastante amplia para que los gobernantes más poderosos del planeta "castiguen" a los enemigos del régimen "reconocido por las naciones civilizadas" como válido. Pues si bien se comparte por todos que los nacionalsocialistas debían ser penalmente sancionados, ello no justifica la ilegalidad formal de los juicios (y las penas) de Nüremberg.

[458] Velásquez Velásquez, Fernando, "Las normas rectoras del proyecto de Código Penal peruano de 1986", *cit.*, nota 456. Véase, tambien, Parisi, Maurizio, "Nullum crimen, nulla poena sine lege", *Sintesi dialettica*, disponible en *http://www.sintesi dialettica.it/Articolo.php?titolo=t_bullumcrimen&autore=au_ parisi&articolo=a_bullumcrimen*.

no es mediante una ley que haya entrado en vigor antes del hecho cometido", y agrega que "nadie puede ser sometido a medidas de seguridad sino en los casos previstos por la ley". Adicionalmente, su artículo 13 establece que "no se admite forma alguna de detención, de inspección o registro, ni cualquier otra restricción a la libertad personal, sino por acto motivado de la autoridad judicial y sólo en los casos y formas previstos por la ley".[459] Por su parte, el artículo 14, segundo párrafo, de nuestra Constitución señala que "en los juicios de 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". Y si bien las medidas de seguridad no se consideran por buena parte de la doctrina y por nuestras propias leyes como penas en sentido estricto,[460] es claro que implican una privación o restricción de bienes (en los casos de medidas de seguridad patrimoniales, donde existen, como la caución de no ofender) o derechos (medidas privativas de la libertad, como sucede con el tratamiento en internación).

No obstante el sentido y la importancia que las Constituciones le confieren al principio de legalidad, cuando descendemos al ámbito reglamentario o legal parecería que algo se hubiese perdido en el camino. Así, nuestro Código Penal establece en unas cuantas disposiciones las medidas de seguridad que los jueces en el ámbito local podrán válidamente decretar. Sin embargo, si revisamos los artículos que conforman la parte especial de dicho código nos percatamos de que en ninguno de ellos se señala concretamente qué medida de seguridad es la que corresponde a cada delito, y ni qué decir de su duración. Y esto a pesar de que el propio artículo 72 ordena que "el juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente".

[459] El texto completo de la Constitución italiana puede verse en: *http://www.senato.it/istituzione/29375/131289/131290/131303/articolo.htm*.
[460] Respecto a las diferencias entre penas y medidas de seguridad puede verse Olesa Muñido, *op. cit.*, nota 439, pp. 135-138; Cuello Calón, Eugenio, *op. cit.*, nota 57, pp. 95-99; Rodríguez Manzanera, Luis, *Penología*, *cit*., nota 2, 119 y 120.

Y si bien es cierto que en el citado ordenamiento legal se menciona en gruesas líneas a qué *tipo* de delitos corresponderán determinadas medidas de seguridad (artículos 60, 61 y 67), resulta igualmente cierto que esta especie de regulación pone en tela de juicio no sólo su legitimidad sino también su constitucionalidad, y ello por trasgredir el principio de legalidad, particularmente en su postulado de *certeza* (determinación taxativa).

A decir de Álvaro Bunster, "no está en el arbitrio del juzgador escoger una de esas medidas para aplicarla al agente de una acción u omisión típica, sin que esa medida haya sido engarzada de antemano por la ley al tipo correspondiente, a título de consecuencia jurídica penal de esa acción u omisión". Por ello "la pena, y la medida de seguridad en su caso —sentencia Bunster—, deben estar abstractamente asignadas por la ley, en sus límites mínimos y máximos, al tipo correspondiente".[461]

Adicionalmente, por lo que se refiere a las medidas de seguridad consistentes en no frecuentar o residir en determinado lugar, además de que tampoco se establecen específicamente (*ciertamente*) como sanción para ninguna de las conductas tipificadas como delictivas, se observa que su imposición está supeditada al otorgamiento de alguno de los beneficios de suspensión condicional o de sustitución de penas, únicos supuestos (aparte del artículo 61) en los que se regulan estas medidas individual y puntualmente, y —vale recalcar— no como *sanción*, sino como *condición* a cumplir para la concesión o el mantenimiento del beneficio.

Pero los problemas de las medidas de seguridad no terminan ahí. Ninguno de los 136 artículos de nuestra Constitución se refiere, ni menciona, a las medidas de seguridad.[462] Luego entonces, ¿puede una ley secundaria, como lo es el Código Penal, regular una sanción no contemplada constitucionalmente? Y lo que es más, si atendemos a que la aplicación de una sanción penal es la *ultima ratio*

[461] Bunster, Álvaro "La evolución legislativa penal mexicana", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXX, núm. 88, enero-abril de 1997, p. 56.
[462] Como sí lo hace la Constitución italiana, cuando señala en su artículo 25 que "…*nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge*" ("…nadie puede ser sometido a medidas de seguridad si no en los casos previstos por la ley").

en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado para proteger bienes jurídicos fundamentales, resulta incongruente regular y señalar claramente en el propio texto constitucional las medidas de policía y buen gobierno, que son de carácter administrativo y, aquí sí por mayoría de razón, menos graves que las de naturaleza penal, y dejar sin regulación y fuera de su manto protector de garantías individuales y derechos humanos a una sanción que los puede vulnerar, como es el caso de las medidas de seguridad.

A pesar de que aquí se sostiene la diferenciación entre penas y medidas de seguridad, supongamos por un momento que tal diferencia no existe y que ambos términos se refieren a lo mismo: una sanción jurídico-penal privativa de bienes y/o derechos. Haciendo una abstracción de esta naturaleza se infiere que una *pena* indeterminada en cuanto al delito al que es aplicable y sin límites mínimos y máximos de duración, es a todas luces inconstitucional, ilegal e ilegítima. Y si bien resulta bastante enérgico sentenciar la inconstitucionalidad de las medidas de seguridad sin efectuar un análisis más profundo de estos tópicos, que no haremos aquí por sobrepasar con ello nuestro objeto de estudio, sí podemos al menos concluir que las medidas de seguridad deben aspirar, como toda institución jurídica de un Estado de derecho, al mayor grado posible de legalidad, so pena de perder su legitimidad.

Y si bien quizá podríamos salvar a las medidas de seguridad de estas críticas mediante su incorporación al texto constitucional y su determinación taxativa en cuanto a los tipos penales a los que son aplicables y su duración, "una golondrina no hace verano",[463] ya que aún quedaría por resolver el problema de su aparente natural duración indeterminada, supeditada a la existencia o no de la tan cuestionable peligrosidad del agente.

6. *Las medidas de seguridad como penas alternativas a la de prisión*

Como señala Claus Roxin, puede esbozarse la pregunta de "si la amplia fungibilidad de la pena y la medida de seguridad sugiere el total paso hacia… la

[463] Bunster, Álvaro "La evolución legislativa penal mexicana", *op. cit.*, nota 461, p. 57.

renuncia de la pena".[464] Es decir, si por ser tan semejantes penas y medidas, podrían en algún momento éstas últimas reemplazar a las primeras.

Coincidimos con Roxin en que la pena implica, por su dependencia de la culpabilidad (en un mayor grado objetiva), en comparación con la medida (que depende de la peligrosidad del agente, y por ello subjetiva), una intervención menor en la libertad del ciudadano. Y ello porque la imposición de la medida presupone la existencia de un juicio de valor efectuado por el Estado sobre aspectos subjetivos de la personalidad del sujeto. De ahí que la abolición de la pena, mediante su reemplazo por las medidas de seguridad, daría "un paso más hacia el Estado de bienestar total, que no parece deseable político-socialmente", por lo que propone este 'reemplazo' "solamente en casos excepcionales de una puesta en peligro de la comunidad especialmente consistente".[465]

No obstante, el hecho de que no se considere adecuada la abolición de la pena, en particular de la de prisión, subrogada por la medida de seguridad, no significa que ésta no pueda fungir de otras formas como un eficaz medio en la lucha por la disminución de la aplicación de la prisión.

Así, por ejemplo, y en los casos en los que no se considere conveniente o suficiente aplicar un sustitutivo penal —como tal o como pena principal— en los tipos penales que contemplan penas cortas de prisión, podría ser adecuada la imposición de una medida de seguridad como sanción jurídico-penal principal o, en algunos casos, complementaria, en cuyo supuesto la duración de la medida de seguridad, sea ésta en libertad o en internamiento, se descuente de la pena corta de prisión para los efectos de su extinción (sistema vicarial), o en últimas, podría darse el caso de que la pena ya no fuese necesaria por el éxito de la medida aplicada.

O bien, como sostiene Luis Rodríguez Manzanera, algunas medidas de seguridad podrían incorporarse como sanciones sustitutivas de la pena de prisión, o determinar la sustitución de unas medidas por otras, en el primer caso cuando el

[464] Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 11, p. 107, § 62.
[465] *Idem*.

individuo imputable es considerado de poca peligrosidad, y en el segundo cuando ésta se ha visto importantemente disminuida.[466]

De esta forma propone, para delitos no graves, la sustitución de la prisión por mecanismos de vigilancia y dirección, por mecanismos que utilicen como base el peculio del sujeto, como la caución de no ofender o la fianza, o en fin, por medidas terapéuticas, como el tratamiento médico o psiquiátrico, por ser "inútil la permanencia del sujeto en la prisión, por no tener ésta los medios para curar, ni ser su finalidad el servicio médico y hospitalario".[467]

En los casos en los que la imposición de la medida hubiese rendido sus frutos, debe cesar la ejecución de la misma y, en su caso, inaplicar la pena por considerarse innecesaria, o bien, conmutarse por alguno de los sustitutivos ya establecidos o por penas privativas de otros derechos o, finalmente, por otras medidas de seguridad menos drásticas que la pena de prisión. Las posibilidades son, entonces, muchas.

Sin embargo, implementando las medidas de seguridad en estas facetas, debe ponerse especial cuidado en que no se conviertan sólo en medios de agravamiento de la punibilidad, comportando un mayor grado de reprochabilidad, como ha sucedido hasta ahora con las penas privativas de derechos.

IV. La mediación penal

El sistema de justicia penal se ha centrado en el estudio del delincuente, las causas que lo motivaron para cometer el delito, quizá las perversidades que se encierran en aquél, y ha pasado noches de desvelo resolviendo el cómo punirlo, reconvenirlo, reprocharlo y en dado momento rehabilitarlo, olvidado que "el delito, más que una violación a una regla general, es una violación o ataque de una persona a otra persona",[468] siendo esta última, la víctima, la gran olvidada.

---

[466] Rodríguez Manzanera, Luis, "La crisis y los substitutivos de la prisión", *Criminalia*, año XLVII, núm. 1-6, enero-junio de 1981, p. 31.
[467] *Ibidem*, p. 33.
[468] Kemelmajer, Aída, "En búsqueda de la tercera vía. La llamada «justicia restaurativa», «reparativa», «reintegrativa» o «restitutiva»", *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. I. Derecho penal*, *cit.*, nota 7, p. 275.

Así, además del sufrimiento que han debido soportar (o acaso siguen soportando) las víctimas en y por el delito, que en ocasiones cambia su forma de vida de manera irreparable y para siempre, el sistema en su conjunto parece olvidarse de la situación psíquica, emocional, física y material en que han quedado las víctimas, que se agrava aún más cuando "pasan a soportar esperas de dimensiones teratológicas y vuelven a ser victimizad[a]s en la esclerosis de los andamios del sistema".[469]

De hecho, hay quienes sostienen que la pena no ejerció ni ejerce prevención general y especial, no resocializa al infractor y, por si esto no fuera suficiente, olvida a la víctima; es decir, no cumple una función social en la solución del conflicto generado por el delito.[470]

Así, cuando un sujeto ha sido procesado y condenado, después de un arduo y fatigoso ir y venir, se afirma eufemísticamente que "se ha hecho justicia"; sin embargo, llevar a cabo un proceso penal y culminar con una sentencia condenatoria, ¿"eso" es hacer justicia? Después de dos o tres años de declaraciones, ratificaciones, reconocimientos, careos, comparecencias y testimoniales, la víctima, más que satisfecha con el resultado, se siente "aliviada" de terminar con el suplicio, y es hasta ese momento que podrá retomar el curso "normal" de su vida. El delito no sólo la afectó directamente por cuanto tal, sino que la ha llevado a perder horas de trabajo o estudio, o el preciado tiempo que decidía dedicar a su familia, y todo ello —si bien le va— por una supuesta "satisfacción justiciera" y unos cuantos pesos por concepto de reparación del daño, suma que le será útil sólo para reponer el dinero que ha gastado en transporte para cumplir con sus obligaciones procesales, porque el juzgado, se previó bien, está cerca del delincuente, pero tan alejado de la víctima como el sistema de justicia.

Incluso suponiendo que la condena le proporciona un cierto bienestar, todavía le quedan muchas interrogantes sin respuesta: ¿por qué a mí?, ¿con base

[469] Neuman, Elías, "Una alternativa a la pena de prisión: la mediación penal", en prensa.
[470] En este sentido, véase *idem*.

en qué criterio “me” eligió?, ¿fue al azar?, ¿sabrá el ahora (muy probablemente) preso el daño que “me” ha causado?, ¿se arrepentirá de lo que “me” hizo? Dudas todas ellas que, unidas al miedo que le provoca un no poco probable reencuentro en libertad, la acompañarán hasta la tumba.

Así, el vínculo [el delito] que intencional o fortuitamente unió a dos personas, y a éstas con la comunidad, se ha irremediablemente roto sin posibilidades de remiendo. Pero esa ruptura va más allá. El delincuente ha entrado a la categoría de desadaptados y marginados, la víctima en la larga lista de “clientes insatisfechos” y la sociedad en la rabia y el desconcierto del momento. El infortunio no parece tener fin ni solución aceptable para ninguna de las partes.

La víctima llora sus pérdidas, el delincuente añora su libertad y la sociedad, al borde del colapso, convierte casas en fortalezas o entra en pánico cuando ocurre una falla eléctrica masiva; escenario en el que no extrañaría ver perros con navaja. “¿Se hizo justicia?”, retumba en los escombros.

Por ello, en los últimos tiempos se ha pensado en la posibilidad de otorgar, primero, a la víctima y, después, a la sociedad, una participación activa y *principal* en la solución de los conflictos originados por el delito. No se trata de propiciar el surgimiento de una amistad entre delincuente y víctima, sino de disminuir el impacto naturalmente negativo que por él padecen víctima y sociedad y de crear en el delincuente un auténtico reconocimiento del daño causado y quizá, qué mejor, su arrepentimiento; mismo que, en caso de ocurrir, sería el mejor paliativo de prevención especial hasta ahora implementado.

Se habla en general de la justicia restaurativa, restitutiva, reparativa o reintegrativa.[471] Sea cual fuere el término que se adopte, todos ellos tienden a un fin común: restaurar el vínculo roto del que habláramos otrora. Y una de las formas de llegar a ese fin máximo es precisamente la mediación penal. Esto es, un procedimiento alternativo al jurisdiccional con el que la frágil víctima y el perverso victimario, convertidos en “seres de carnadura humana y no simplemente figuras

[471] Sus diferencias conceptuales y la conveniencia de usar uno u otro término puede verse en Kemelmajer, Aída, *op. cit.*, nota 468.

penales",[472] puedan llegar a una solución más adecuada a dicho conflicto. Y una de esas soluciones es precisamente la conciliación entre autor y víctima, y la reparación de esta última, lo que bien puede lograrse a través de la mediación penal.

Al respecto, la doctrina señala que se entiende efectuada la conciliación cuando el autor reconoce el daño causado y solicita el perdón de la víctima, completándose cuando ésta lo otorga; mientras que la reparación puede entenderse como el compromiso asumido por el delincuente para con la víctima o con los perjudicados por el delito de realizar determinadas acciones en beneficio de ellos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva.[473] Así, la función de la mediación penal para lograr la consecución de estos fines es la de posibilitar la comunicación entre las partes en conflicto.

No obstante ello, su introducción en las legislaciones de varios países tanto europeos como americanos responde también a otros intereses:

a) Se configura como un paso más en el desarrollo del principio de mínima intervención en el ámbito penal, pues reconoce efectos a la resolución informal del conflicto por cauces distintos a los del proceso penal.

b) Pretende solucionar el problema de la saturación de los juzgados al aplicarse en casos de poca monta o gravedad.

c) Otorga mayor protagonismo a la víctima del delito mediante la elaboración conjunta, entre ésta y el delincuente, de una solución negociada al conflicto ocasionado por el delito.[474]

Por lo que respecta al inciso *b*, la mediación se ha configurado como una fórmula adecuada para delitos conocidos como "de bagatela", es decir, aquellos de conflictividad menor en los que bastaría la reparación de los daños causados

[472] Neuman, Elías, "Una alternativa a la pena de prisión: la mediación penal", *op. cit.*, nota 469.
[473] En este sentido se expresan Neuman, Elías, *La mediación penal y la justicia restaurativa*, México, Porrúa, 2005, p. 123 y Cruz Márquez, Beatriz, *op. cit.*, nota 338, p. 14: 3.
[474] Cruz Márquez, Beatriz, "La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2005, núm. 07-14, p. 14: 2. Disponible en Internet: *http://criminet.ugr.es/recpc/07/ recpc07-14.pdf*.

mediante un acuerdo mutuo y, en algunos casos, la reconciliación cuando las partes se conocen (o aún sin conocerse), y ello por el escaso poder ofensivo del hecho ilícito sobre el bien jurídico tutelado; así —propone Neuman— en los casos de delitos culposos, hurtos simples, tentativas de hecho más graves, amenazas, tenencia o posesión de drogas, por ejemplo.[475] Y esto al amparo del principio de oportunidad.[476]

Esta tendencia a incorporar figuras que podemos denominar genéricamente como autocompositivas para asuntos de naturaleza penal no nos es para nada ajena.[477] Así, por ejemplo, entidades federativas como Oaxaca y Aguascalientes cuentan ya con una ley de mediación (aplicable también, además de en el ámbito penal, a otras materias como la civil o mercantil); en tanto que en otras, como Tamaulipas, se han enviado a las respectivas legislaturas iniciativas de ley que pretenden incorporar a la mediación como una forma de "propiciar la cultura de la autocomposición entre las partes que han tenido diferencias, mediante la exploración por un facilitador imparcial de aquellos elementos que permitan la mutua superación del conflicto… por vías distintas a las de un juicio".[478]

No obstante, la doctrina que ha surgido en torno a estas figuras frente a su concreta plasmación en las leyes en particular no es del todo coincidente. Por ello, para el análisis de la mediación tomaremos como base las leyes de la materia vigentes en dichas entidades federativas. Y esto porque de la confrontación entre ellas y los conceptos que proporcionamos arriba se desprenden divergencias sustanciales importantes.

---

[475] Neuman, Elías, "Una alternativa a la pena de prisión: la mediación penal", *cit.*, nota 469.

[476] De acuerdo con Elías Neuman, el principio de oportunidad "surge como una forma de hacer flexible al principio de legalidad ya que… hace que el Ministerio Público, encargado de la acción penal… dej[e] de lado la acción pública y dispon[ga] medidas diversas al juicio penal tradicional: *probation*, juicio abreviado, archivo de la causa, entre otros, con independencia de la prueba que se posea sobre la posible responsabilidad penal del autor… Desde la óptica del derecho procesal penal tradicional, es una forma de evitar la criminalización y victimización secundarias". Neuman, Elías, *La mediación penal…*, *cit.*, nota 473, p. 100. Para Arsenio Oré Guardia, "a pesar de haber un hecho delictuoso con autor determinado, el ejercicio de la acción penal se extingue por acto distinto de una sentencia, sustentado en los criterios de falta de necesidad de la pena o falta de merecimiento de la misma, todo ello con el fin de solucionar en parte el grave problema de sobrecarga procesal y congestión penitenciaria". Citado por Benavides Vargas, Rosa, *Problemática jurídica de la conciliación en el proceso penal peruano*, tesis de grado, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2002, disponible en *http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual data/Tesis/Human/Benavidez_V_R/Cap3.pdf*.

[477] Podemos, de hecho, remontarnos a las formas autocompositivas llevadas a cabo por los empleados de las compañías aseguradoras, conocidos como "ajustadores", quienes ante un percance automovilístico, del que bien podrían desprenderse uno o más delitos (entre ellos el de daño en propiedad ajena o lesiones), fungen como intermediarios y conciliadores entre las partes en conflicto, precisamente posibilitanto una solución sin necesidad de acudir a los tribunales.

[478] Segundo informe de gobierno presentado por Eugenio Hernández Flores, gobernador constitucional del estado de Tamaulipas, visible en *http://segundoinforme.tamaulipas.gob.mx/09instituciones/poderes_ locales.htm*.

1. *Concepto*

De acuerdo con la Ley de Mediación para el Estado Oaxaca[479] (en lo sucesivo LMO) la mediación es un "*método* alternativo no adversarial para la solución de conflictos, mediante el cual uno o más mediadores, quienes no tienen facultad de decisión, intervienen únicamente facilitando la comunicación entre los mediados en conflicto, con el propósito de que ellos acuerden voluntariamente una solución que ponga fin al mismo total o parcialmente" (artículo 4o., fracción I).

Finalmente, la Ley de Mediación y Conciliación del Estado de Aguascalientes[480] (en adelante LMCAG) la define como "el procedimiento voluntario mediante el cual las partes en conflicto buscan llegar a un acuerdo, con la intervención de un tercero llamado mediador, cuya participación se concreta a facilitar la comunicación entre aquéllos" (artículo 6o.); mientras que la conciliación "es el procedimiento voluntario en el cual un tercero, llamado conciliador, sugiere a las partes soluciones a sus conflictos" (artículo 7o.). Es aquí donde encontramos la primera diferencia conceptual. Como dijimos, la doctrina entiende que la conciliación (como una variante de la justicia restaurativa, alcanzable *a través* de la mediación) se centra en resolver dichos conflictos mediante el reconocimiento del daño y una petición de perdón, y no en una sugerencia puntual de solución, ya que las partes deberán arribar a la misma en el curso de la negociación, aquí sí, dirigida y supervisada por el mediador. De esta manera, la conciliación, más que una forma de lograr un fin posterior [la solución del conflicto], es el fin en sí mismo (que como la entienden los doctrinarios podría identificarse con la idea de *reconciliación*).

En las dos legislaciones es requisito *sine qua non* la voluntad de agresor y víctima para acudir, permanecer o retirarse libremente del procedimiento de mediación. Y si bien resulta natural que las víctimas se muestren reacias a tener contacto con quien les ha provocado algún daño, es ahí donde la intervención

[479] Publicada en el *Periódico Oficial del Estado de Oaxaca* el 12 de abril de 2004.
[480] Decreto núm. 217 del 5 de noviembre de 2004.

sensible y oportuna del mediador puede hacer la diferencia. Ya que su labor precisamente consiste en servir de conducto para limar las asperezas iniciales y las reticencias de uno y otro. Para la víctima, el reencuentro puede ser atormentante al reavivar los hechos ocurridos, en tanto que para el delincuente puede representar el recibir ciertos reproches. No obstante, un “perdón” o un “lo siento mucho” no sólo brinda alivio a la víctima y genera en ésta una sensación de comprensión, sino que hace una labor importante en la etapa de concientización del delincuente respecto al daño no sólo material sino psicológico causado. En caso contrario, esto es, cuando se juzga al sujeto y se le condena sin previo acercamiento con la víctima, éste, inmerso en los avatares de su situación, se olvida de ella y centra su atención en cómo autojustificar su conducta, tratando de convencerse de que “no fue para tanto”, o canaliza sus energías en buscar artificios legales o circunstancias atenuantes para disminuir su propio drama, sólo ese.

2. *Casos en que procede recurrir a la mediación*

La iniciativa para promover la mediación podrá provenir del juez penal, o de una o de ambas partes en conflicto, sujetándose a las reglas de trámite que señalaremos *infra*. Pero para su procedencia es uniforme el criterio de que sólo podrán sujetarse a mediación penal aquellos delitos perseguibles por querella, o bien en los que proceda el perdón de la víctima u ofendido, y en ambos casos que no sean considerados como graves.

Sin embargo, nada obsta a que dentro de un proceso penal que verse sobre una causa originada por la comisión de un hecho delictivo considerado como grave tenga cabida la mediación, que si bien no tenderá a la solución del conflicto por esa vía extra proceso penal, puede proporcionar resultados satisfactorios para los intervinientes en la misma. Por una parte, la víctima tendría la posibilidad de manifestarle al agresor el impacto que su conducta le ha generado o los cambios que en su vida ha provocado, así como el satisfacer la necesidad de obtener las respuestas que sin el acercamiento entre uno y otro podrían quedar como misterios. Por otra parte, el delincuente podría verse

beneficiado con una reducción en la duración de la pena o acceder más fácilmente a un sustitutivo o correctivo de prisión, y ello cuando de la mediación se efectivizara una conciliación en los términos arriba referidos.[481]

Las divergencias entre ordenamientos se hacen evidentes cuando atendemos a los efectos que la iniciación del procedimiento de mediación produce. De esta forma, la LMCAG señala en su artículo 30 que cuando la mediación o la conciliación se refieran a un conflicto que está siendo ventilado en un procedimiento judicial, éste no se suspenderá a menos que las partes así lo acuerden y la ley procesal lo permita. No obstante, no se interrumpen los términos de prescripción y caducidad, a reserva de que la legislación aplicable así lo señale, y como ni en el Código Penal ni en el Código de Procedimientos Penales del estado se dice nada al respecto, es evidente que éstos seguirán corriendo en perjuicio, claro está, de la víctima. Por el contrario, la LMO prefiere no entrar en mayores detalles y sólo aduce que el inicio de la mediación interrumpe el término de la prescripción.

Cualquiera sea la modalidad que se aplique, consideramos que la no suspensión de la etapa investigativa o procesal, independientemente de la ley que se mire, parece obviar que una de las causas que motivaron la incorporación de este tipo de figuras en las legislaciones del orbe es precisamente la economía tanto procesal como material. El hecho de que finalmente no pudiera llegarse a una solución a través de la mediación no creemos que sea argumento suficiente para el derroche de recursos que bien podrían emplearse en perseguir a los

[481] Un ejemplo de cómo funciona o puede funcionar el acercamiento entre víctima y delincuente sin que necesariamente se extinga la responsabilidad penal vía conciliación o mediación se presenta en los códigos penales de Tabasco y Morelos. En ellos, en el artículo 75, se establece que la ejecución de la condena puede suspenderse, sea que se trate de delitos perseguibles por querella o de oficio, "cuando se haya dispuesto multa o semilibertad, como pena directa o como sustitutivo de la prisión y sobrevenga la *reconciliación entre el inculpado y el ofendido*, espontáneamente o propiciada por la autoridad ejecutora", o bien, tratándose de estos mismos supuestos, cuando "el sentenciado pague inmediatamente u otorgue garantía de pago de los daños y perjuicios causados". Y si bien esta suspensión no es una alternativa al proceso penal sino que, al provenir de una sentencia, es una consecuencia del proceso, también es cierto que la reconciliación entre víctima y agresor podría reportar experiencias positivas independientemente de su impacto o influencia en el proceso penal o en la etapa ejecutiva de la pena. De ahí que nuestros legisladores deban alentar la incorporación de figuras autocompositivas donde no las hay. En fin, como señala Sergio García Ramírez, buscar una reconciliación entre las partes debe ser y es una obligación para el Ministerio Público en la etapa de averiguación previa, y para el juez dentro del proceso penal. Véase García Ramírez, Sergio, *El procedimiento penal en los estados de la república. Los casos de Guerrero, Morelos y Tabasco*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 119 y 120.

autores de delitos de cuello blanco o para reducir al máximo la delincuencia organizada cada día más globalizada.

Adicionalmente, y aunque no dejan de verse ciertos peligros en la propuesta doctrinal respecto a que la mediación pueda iniciarse *independientemente* de las pruebas que se tengan de la responsabilidad del presumiblemente inocente; también es cierto que el hecho de que la mediación se inicie, ya dentro del proceso judicial, sólo después del auto de formal prisión o sujeción a proceso significa que el juez ha de contar con suficientes elementos para considerar *muy* probablemente responsable al presunto victimario, lo que tampoco parece la mejor solución si retomamos los contraargumentos de economía referidos en el párrafo anterior.

3. *Requisitos*

Como se ha dicho, del carácter voluntario del procedimiento se desprende como requisito principal el consentimiento de ambas partes para buscar una solución alternativa al conflicto fuera del proceso penal. Y dada la naturaleza personalísima de la mediación, se configura como segundo requisito el que los mediados comparezcan personalmente, cuya única excepción será cuando se trate de personas morales; caso en el que evidentemente concurrirán como partes su o sus representantes legales con facultades para pleitos y cobranzas o con poder especial para participar en procedimientos de mediación. Tratándose de menores o incapaces, comparecerá quien ejerza la patria potestad o tutela, aunque nada impide que el menor o incapaz pueda estar presente en las sesiones que al efecto se determinen.

Otro requisito fundamental es que el delito que desee someterse a mediación cumpla con los presupuestos que las propias leyes señalan y a que hemos hecho referencia anteriormente, bastando con enfatizar que debe ser perseguible por querella y ser considerado como no grave.

En fin, deberá contarse con un mediador —público o privado— debidamente certificado y registrado en el Centro de Mediación de la entidad

federativa de que se trate, o bien que cuente con autorización para fungir como tal si se trata de un particular, designado por acuerdo entre las partes o por el Centro de Mediación.

4. *Trámite de la mediación*

Del análisis de los tres ordenamientos referidos se pueden extraer las siguientes reglas generales de trámite:

Recibida la solicitud por el Centro de Mediación,[482] o bien por el mediador cuando éste es particular, se avocará a verificar que el conflicto que se desea someter a mediación es susceptible de resolverse por esta vía, es decir, si concurren los requisitos a que hicimos referencia en el apartado anterior. Siendo así, se invitará a la contraparte del solicitante a una entrevista inicial que podrá efectuarse sólo entre mediador e invitado[483] o entre solicitante, invitado y mediador, en la que este último expondrá las ventajas del procedimiento, sus alcances y efectos y las reglas que ambas partes deberán observar durante el desarrollo del mismo. Si solicitante e invitado están de acuerdo en participar en dicho procedimiento, se acordará, de ser posible, el número de sesiones necesarias para su conclusión, y en las que se espera podrá arribarse a un acuerdo que dé por finiquitado, total o parcialmente, el asunto. Sin embargo, podrán celebrarse todas las que sean necesarias a fin de lograr dicho objetivo.

En las reuniones posteriores se efectuará la exposición del conflicto, manifestado cada uno de los mediados sus puntos de vista respecto al origen del asunto y sus pretensiones, y el desahogo de los demás puntos que el mediador o los mediados consideren convenientes.

En principio, todas las sesiones que se lleven a cabo en el transcurso del procedimiento serán orales, sólo requiriéndose actas circunstanciadas tanto de la sesión inicial (en la que deberá constar que es voluntad de las partes someter su

[482] Se prevé la creación del Centro de Mediación del Poder Judicial en la LMCAG y en la LMO se contempla el Centro de Mediación Judicial y Centros de Mediación Públicos a cargo de las entidades estatales y municipales correspondientes, dejando abierta la posibilidad de crear Centros de Mediación Públicos Regionales.
[483] O “parte complementaria”, ambos términos utilizados por la LMO para referirse a la parte contraria del solicitante de la mediación.

controversia al procedimiento de mediación y su aceptación de las reglas del procedimiento) como de la sesión final (en la que conste la imposibilidad de llegar a un acuerdo respecto al objeto de la mediación, o bien los acuerdos totales o parciales conseguidos).[484] Pese a ello, todo lo dicho en las sesiones se sujetará al principio de confidencialidad, lo que implica que quienes participen en la misma (mediador, mediados, asesores, expertos o cualquier otro individuo) no podrá divulgar a ninguna persona ajena a la mediación, ni utilizar para fines distintos de la solución del conflicto, la información relativa a la mediación ni la proporcionada en su desarrollo.[485]

En general, y salvo la excepción señalada, los acuerdos o convenios que resulten de las reuniones (sujetos a formalidad escrita) deberán contener:

- Hora, lugar y fecha de celebración.
- Nombre o denominación de los mediados, así como sus generales.
- Descripción del conflicto y los antecedentes que resulten pertinentes.
- Especificación de los acuerdos a que hubieren llegado los mediados, en donde se incluya una relación de las obligaciones de dar, hacer, no hacer o tolerar y, cuando proceda, el plazo para cumplirlas.[486]
- Firmas o huellas dactilares de quienes lo suscriban, así como del mediador o mediadores intervinientes.[487]

De acuerdo con la LMO, los convenios surgidos de la mediación no requerirán ratificación ante ninguna autoridad, aunque para seguridad de los mediados, y cuando la propuesta de mediación provenga del juez ante el que se ventila el asunto en sede judicial, pueden éstos solicitar su elevación a la categoría

[484] A excepción de la LMCAG, que permite que los acuerdos alcanzados no se sujeten a formalidad alguna.
[485] Artículo 9o., LMO.
[486] La LMO incorpora un aspecto importante cuando señala: "Las *obligaciones de contenido ético o moral* podrán constar en este documento, mas no serán susceptibles de ejecución coactiva" (artículo 33, fracción V). Al respecto, bien podría la víctima solicitar al delincuente, por ejemplo, que se obligue a comportarse o a no comportarse de determinada manera o a no cometer un nuevo delito, situaciones en las que es evidente que no podrá coaccionarse a este último al cumplimiento de la misma, sino sólo a sancionarlo cuando de su conducta se desprenda un nuevo hecho delictivo. Y es precisamente de este tipo de obligaciones de las que puede resultar una verdadera conciliación entre las partes y una más efectiva prevención especial.
[487] Véase artículo 33 de la LMO.

de cosa juzgada y ser legalmente ejecutados cuando de los mismos se desprendan obligaciones de hacer, dejar de hacer o tolerar. En el caso de la LMCA, se ratificará ante el director del Centro de Mediación.

Por lo que hace a este último ordenamiento, no se comprende por qué a un procedimiento que obedece, por su esencia, al principio de rapidez se le impone la formalidad de la ratificación, que —dado el caso— podría desincentivar a cualquiera de las partes y echar por la borda todo lo logrado hasta ese momento.

Sin embargo, como señala la Ley de Mediación de Chihuahua,[488] en su tramitación y desahogo debe tenerse siempre presente que el "procedimiento de mediación posee una estructura a la que se le atribuyen reglas mínimas, por lo que no debe interponerse como un procedimiento rígido, sino flexible… [por ello se] pueden obviar etapas y convenir la forma en que se desarrollará más efectiva y eficazmente la comunicación entre los mediados".[489]

5. *Fin de la mediación*

El procedimiento de mediación se tendrá por concluido en los casos siguientes:

a) Cuando las partes hayan llegado a un convenio que resuelva la controversia total o parcialmente.

b) Por decisión de alguna de las partes de retirarse del procedimiento.

c) Por inasistencia de los mediados a dos o más sesiones sin causa justificada.

d) Por impedimento insuperable de cualquiera de los mediados para continuar con el procedimiento.

e) Cuando los mediados se nieguen a suscribir el convenio que resuelve total o parcialmente la controversia.

[488] Aplicable anteriormente en materia penal, y sustituida, sólo en dicha materia, por la Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua. Véase *infra*, apartado "V. Justicia restaurativa", parágrafo "4. Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua".
[489] Artículo 16.

f) Cuando antes de concluir la mediación se ha dictado sentencia ejecutoriada[490] en el procedimiento judicial que versa sobre el mismo conflicto sometido a mediación.

g) Por decisión del mediador:

— Cuando sea evidente por los términos de la negociación que no podrá arribarse a una solución ni siquiera parcial del conflicto.

— Por actitud irrespetuosa o agresiva de uno de los mediados hacia su contraparte o hacia el mediador.

— Por tener conocimiento de un hecho o acto ilícito que derive del conflicto que se somete a mediación.

— Cuando alguno de los mediados o ambos incumplan con los principios o reglas del procedimiento.[491]

6. *Efectos de la mediación*

Podemos diferenciar dos consecuencias legales diversas dependiendo de cuál haya sido el resultado de la mediación. Si bien, como vimos, son muchas las causas que pueden dar por terminado el procedimiento, son susceptibles de ser agrupadas en dos grandes ramas: *a)* cuando la mediación culmine, cualquiera sea el motivo, sin un arreglo o convenio entre los mediados, y *b)* cuando de la negociación surge un convenio que resuelve total o parcialmente en conflicto y que puede o no contener obligaciones para una o ambas partes.

En el primer caso (*a*), el acta mediante la cual se da por concluida la mediación debe ser turnada ya sea al Ministerio Público o al juez, dependiendo de si la controversia se encontraba en la etapa de investigación o juicio, a fin de que continúen con el procedimiento respectivo en el ámbito de sus competencias. En el segundo caso (*b*), se girará una copia del convenio a una u otra autoridad a fin de que decreten lo que proceda conforme a derecho; esto último dependerá

[490] Ello en los casos en los que no se suspende el procedimiento judicial aun después del inicio de la mediación.
[491] Véanse los artículos 32 de la LMO y 26 de la LMCAG.

también de la etapa procesal en que se encontrara la controversia al ser sometida a mediación.

Si la controversia era objeto de una averiguación previa, el Ministerio Público podrá decretar el no ejercicio de la acción penal; en tanto que si era motivo de un proceso penal, podrá solicitarse el sobreseimiento de la causa siempre y cuando no se haya dictado sentencia definitiva.

Finalmente, si el convenio soluciona sólo parcialmente el conflicto, los acuerdos alcanzados se regirán por las reglas mencionadas en el párrafo anterior, y los derechos respecto a los cuáles no se pudo llegar a un arreglo quedarán a salvo para poder ser exigidos por las instancias adecuadas.

Como se observa de todo lo dicho hasta aquí, sólo la LMO parece seguir más de cerca las líneas trazadas por la doctrina para la finalidad máxima que debe perseguir la mediación penal, esto es, la conciliación entre víctima y victimario y la reparación de aquélla verificada mediante las obligaciones que éste asuma al respecto y en beneficio de ella. Porque a pesar de que la LMCAG cierra con broche de oro diciendo que “cuando se imponga a una de las partes la obligación de otorgar el perdón o de darse por pagado de la reparación del daño… ello sólo será exigible hasta que la contraparte cumpla con las prestaciones a su cargo”, parece obviar que el perdón (necesariamente seguido a un ofrecimiento de disculpa) no debe ser una obligación sino el desenlace natural de un proceso de reconciliación (conciliación) entre las partes, y aun suponiendo que se refiriera al perdón del ofendido como forma de extinción de la responsabilidad penal, ello sería además de redundante, innecesario, pues la finalidad de la mediación es precisamente solucionar el conflicto ocasionado por el delito en instancias extra penales (esto es, fuera de la instancia penal “tradicional”).

Finalmente, es claro que la mediación penal, como otras figuras agrupadas bajo el concepto de justicia restaurativa, no ha sido completamente aceptada, y en ocasiones vista con malos ojos, por algunos doctrinarios y funcionarios, olvidando que su verdadera eficacia es un tópico a valorar a largo plazo y con ensayos de prueba y error. No obstante, consideramos que su introducción a la legislación

nacional es un paso importante no para la privatización de la justicia, uno de los principales argumentos de sus críticos, sino para darle un sentido más amplio a la expresión “justicia”, a la que necesariamente debe agregarse: “para la víctima”.

7. *Otras figuras*

Si bien el tema general del apartado IV es la mediación penal, consideramos necesario referirnos, así sea “a vuelo de pájaro”, a otras instituciones que, a diferencia de la mediación —aunque también poseen ciertos efectos restaurativos— no se dan de forma alternativa al proceso penal sino dentro de él o con motivo de él; se trata de la *suspensión a prueba del procedimiento penal* contemplado en los códigos de Procedimientos Penales para los estados de Querétaro (en adelante CPPQ)[492] y Chihuahua (en lo que sigue CPPCH),[493] y los *acuerdos reparatorios* regulados, únicamente, en el CPPCH. En este orden efectuaremos su desarrollo.

1) *Suspensión a prueba del procedimiento penal en el CPPQ*. De acuerdo con el artículo 300 A, la suspensión a prueba del procedimiento penal es una medida que podrá tomar el juez, a petición del imputado (dentro de los cinco días posteriores al cierre de la instrucción),[494] mediante la cual se suspende el trámite del procedimiento penal, siempre y cuando: *a)* no se trate de delitos que el propio Código considere como graves o cometidos bajo la modalidad de asociación delictuosa agravada; *b)* que el procesado no haya sido condenado anteriormente por delito doloso; *c)* que no se encuentre sujeto a otro proceso penal; *d)* que no se le haya concedido el mismo beneficio en un proceso anterior; *e)* que tanto de las circunstancias del delito como del sujeto “no existan datos que permitan *racionalmente presumir* que, de concederse la suspensión, se presentarán riesgos graves a los bienes jurídicos de las personas”,[495] y *f)* que haya pagado la reparación de los daños y perjuicios causados al ofendido o a quien tenga derecho

[492] Publicado en el *Periódico Oficial del Estado* el 6 de julio de 1989; reformado en la parte que nos interesa el 19 de diciembre de 1996.
[493] Publicado en el *Periódico Oficial del Estado* el 9 de agosto de 2006.
[494] Véase el artículo 300 C del CPPQ.
[495] Sin mencionarlo expresamente, es claro que se refiere a la cuestionable noción de “peligrosidad”.

a ello, sin que dicho pago presuponga una aceptación de culpabilidad (artículo 300 B).

Satisfechos los requisitos enunciados, el procesado deberá cumplir, además, con las siguientes condiciones (artículo 300 D): *a)* otorgar caución suficiente que asegure su presentación ante la autoridad; *b)* obligarse a residir en determinado lugar; *c)* obligarse a trabajar en el arte, oficio u ocupación lícitos durante el plazo que se le fije; *d)* abstenerse de consumir bebidas embriagantes y de emplear estupefacientes, psicotrópicos o sustancias tóxicas, y *e)* abstenerse de frecuentar bares, cantinas, cabarets o lugares similares.

Cumplidos los requisitos y otorgada la suspensión a prueba, cuya duración no podrá ser menor de dos años ni mayor de cinco (artículo 300 E), el beneficiado quedará sujeto a las condiciones y medidas que le imponga el órgano jurisdiccional, y a la vigilancia, orientación y asistencia de la autoridad administrativa en los términos de la Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Restrictivas de la Libertad del estado.

De forma similar a como sucede con los sustitutivos de prisión, y especialmente con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el incumplimiento por parte del beneficiado de las condiciones impuestas por el órgano jurisdiccional, entre otras causales, puede dar lugar a la revocación de la suspensión a prueba. Así, conforme al artículo 300 G, podrá determinarse la revocación cuando: *a)* incumpla con las medidas o condiciones impuestas para su otorgamiento; *b)* incumpla con las medidas de orientación, vigilancia y asistencia determinadas por la autoridad administrativa; *c)* por la muerte o insolvencia de la persona que ofreció como fiador, a menos que nombre uno nuevo; *d)* por dar lugar, dentro del plazo señalado por el juez con base en el artículo 300 E, a nuevo proceso por delito doloso; en caso de tratarse de delito culposo, el juez determinará si procede o no la reanudación del proceso penal, y *e)* cuando el procesado lo solicite.

Si transcurrido el plazo determinado por el juez sin que la suspensión hubiese sido revocada, se sobreseerá el proceso penal; en el entendido de que el

auto que lo determine[496] —y que haya causado estado— surtirá los efectos de una sentencia absolutoria con valor de cosa juzgada (artículo 304 CPPQ); esto es, que extingue la pretensión punitiva estatal y evita que el sujeto pueda ser procesado posteriormente por los mismos hechos, en cumplimiento del principio *ne bis in idem*.

2) *Suspensión del proceso a prueba en el CPPCH*. En este caso, por tratarse de un Código de reciente creación, la regulación de la suspensión del proceso a prueba presenta algunos avances en relación con el Código de Querétaro. Así, en el caso de Chihuahua, la suspensión se decretará, a solicitud del imputado o del Ministerio Público: *a)* cuando se trate de un delito cuya pena máxima de prisión no exceda de 5 años; *b)* cuando el procesado no hubiese sido condenado anteriormente por delito doloso; *c)* que no le haya sido otorgada con anterioridad la suspensión del proceso a prueba, y *d)* que no exista oposición fundada de la víctima o del Ministerio Público (artículo 201).

Después de presentada la solicitud al juez de garantías, que podrá efectuarse en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura del juicio oral, el inculpado deberá elaborar un plan de reparación del daño causado, en el que incluirá, además, el señalamiento de las condiciones que esté dispuesto a cumplir —en caso de que se determinara la suspensión del proceso— de entre las señaladas en el artículo 205; a saber:

a) Residir en un lugar determinado.

b) Frecuentar o dejar de frecuentar determinados lugares o personas.

c) Abstenerse de consumir drogas o estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas.

d) Participar en programas especiales para la prevención y el tratamiento de adicciones.

e) Aprender una profesión u oficio, o tomar cursos de capacitación.

[496] Que se dictará en cuanto se haya cumplido el plazo impuesto por el juez sin que la suspensión haya sido revocada, de acuerdo con el artículo 302 CPPQ.

f) Prestar servicio social en favor del estado o de instituciones de beneficencia pública.

g) Someterse a tratamiento médico o psicológico.

h) Tener un trabajo o empleo, o adquirir, en el plazo que determine el juez, un oficio, arte, industria o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia.

i) Someterse a la vigilancia que determine el juez.

j) No poseer ni portar armas.

k) No conducir vehículos.

l) Abstenerse de viajar al extranjero.

m) Cumplir con los deberes de deudor alimentario.

De determinarse la sustitución, el juez podrá imponer algunas o todas las condiciones señaladas, o sustituirlas por otras cuando concurran las causas mencionadas en el artículo 205, y/o adicionar aquellas que el Ministerio Público y la víctima le propongan. En el caso de Chihuahua, el plazo de suspensión del proceso a prueba no podrá ser inferior a un año ni superior a tres.

Si dentro del periodo de la suspensión del proceso el beneficiado incumple injustificadamente con alguna o algunas de las condiciones impuestas por el juez, con el plan de reparación por él propuesto o es condenado por delito doloso o culposo cuando el proceso suspendido a prueba es de la misma naturaleza del que motiva el nuevo procedimiento, el juez podrá decretar la revocación de la suspensión y reanudar el trámite del proceso penal.[497] Pero si el juez considera que el incumplimiento de lo ordenado o la existencia de un nuevo proceso no

[497] Nos parece lógico que se contemple la revocación para el caso de incumplimiento; no así para el supuesto de nuevo proceso penal, pues dicha disposición podríamos considerarla violatoria del principio de inocencia contemplado constitucionalmente, al revocar un "beneficio" (entendido como algo que provoca un bien a alguien) por considerar al procesado como culpable. Por ello consideramos que la revocación debería actualizarse hasta el momento en el que en el nuevo proceso se dictara sentencia condenatoria firme.

ameritan la revocación, podrá extender el plazo de la suspensión hasta por dos años más, por una sola ocasión.

Por el contrario, si ha transcurrido el plazo de la suspensión sin que ésta haya sido revocada, se extinguirá la acción penal, debiéndose dictar en consecuencia el sobreseimiento de la causa, ya sea de oficio o a petición de parte (artículo 209). También en este caso, el sobreseimiento tiene efectos de sentencia absolutoria; pone fin al proceso penal respecto al beneficiado con la suspensión; inhibe una nueva persecución penal por los mismos hechos y hace cesar las medidas cautelares que se hubieren dictado con motivo del proceso (artículo 289).

Señaladas, en apretada síntesis, las características de esta figura, sólo nos resta efectuar algunos comentarios sobre la misma:

a) Si bien la incorporación de la suspensión a prueba del procedimiento penal es una buena opción para evitar sentencias de prisión y una mayor carga de trabajo en los tribunales, en el caso de Querétaro no se cumple con uno de los postulados que, como veremos, constituyen la esencia de los procedimientos restaurativos, pues en la tramitación de la suspensión no se le otorga ninguna participación a la víctima del delito. Y aunque de su regulación se desprende que el juez puede determinarla sin que para su procedencia se requiera el perdón del ofendido —o cuando menos su punto de vista—, sí sería una buena oportunidad para reconciliar a víctima y presunto delincuente; sobre todo si tomamos en cuenta que esta suspensión puede considerarse aún más benéfica que la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues en ésta hay una sentencia condenatoria y en aquélla no se llega a una determinación judicial al respecto, pero se le considera inocente para todos los efectos legales.

Y aunque no faltará quien argumente que en este ámbito y en esta instancia (por carecer de una sentencia que determine la inocencia o la culpabilidad del procesado) no tiene sentido un acercamiento entre la víctima y el presunto responsable, ¿dónde queda el derecho de la víctima a que se le administre justicia mediante la obtención de la verdad material de los hechos, si ello se logra (al menos en teoría) en y con el proceso penal?

Se trata de un conflicto de intereses de difícil solución. Y si bien se puede acudir al principio de oportunidad para excluir a la víctima (puesto que es eso lo que en realidad ocurre) y proceder a la suspensión del procedimiento, consideramos que otorgarle a ésta una participación activa en el trámite de la suspensión a prueba podría ayudar a subsanar la contradicción —no sólo aparente— entre el derecho de la víctima a que se le imparta justicia y la tendencia casi mundial de intervención penal mínima y mayor aceptación de las medidas consideradas como de justicia restaurativa.

b) Por lo que hace a la suspensión del proceso a prueba, y no obstante que el CPPCH sí contempla la participación de la víctima u ofendido en su concesión, pues su no-oposición a la misma es uno de los requisitos de procedencia, no señala cuáles son los argumentos bajo los cuales dicha oposición puede considerarse “fundada”, por lo que, a final de cuentas, dependerá del juez considerarla como tal y conceder la suspensión o no.

Finalmente, consideramos que el permitirle a la víctima manifestar su sentir respecto a la concesión de la suspensión a prueba, cualquiera que sea el código adjetivo que se mire, puede contribuir a calmar las aguas turbias en las que se entremezclan el derecho de ésta a conocer la verdad material de los hechos; la imposición de condiciones de hacer o no hacer a un inocente (presunto responsable); el riesgo de no sancionar a un culpable, y de que —de ser el caso, pues al suspenderse el procedimiento no se sabrá si el sujeto pertenecía al “bando” bueno o al malo— el inocente pague los daños causados por el verdadero culpable (para entonces desconocido). Como se observa, son muchos los riesgos y las contradicciones, pero también son encomiables sus no poco numerosas bondades. Lo importante es que hemos dado el primer paso.

3) *Acuerdos reparatorios en el CPPCH*. A diferencia de lo que acontece con la suspensión del proceso a prueba, los acuerdos reparatorios se constituyen como la puerta construida por víctima e imputado a través de la cual el proceso penal abandona el ámbito jurisdiccional a fin de que el conflicto ocasionado por el delito sea canalizado a vías alternas de solución, como la negociación, la

mediación o la conciliación. En otras palabras, se trata de un pacto entre víctima e imputado mediante el cual acuerdan recurrir a algún mecanismo que tenga como efecto la conclusión del proceso y la solución del conflicto; esto es, a la negociación, la mediación o la conciliación.

Para que pueda convenirse un acuerdo reparatorio debe tratarse de delitos culposos; de aquellos respecto a los cuales proceda el perdón de la víctima u ofendido; de delitos que admitan la sustitución de sanciones o la condena condicional, o, en fin, de aquellos en los que la pena media aritmética no exceda de 5 años de prisión y carezcan de trascendencia social.[498] Si el delito de que se trata es de naturaleza patrimonial, debe haberse cometido sin violencia sobre las personas (artículo 197).

Víctima u ofendido e imputado podrán recurrir a los acuerdos reparatorios en cualquier momento del proceso penal, hasta antes de decretarse el auto de apertura del juicio oral. De ser así, esto es, si víctima y presunto responsable deciden negociar, mediar o conciliar, el juez suspenderá el procedimiento hasta por 30 días a efecto de que las partes solucionen el conflicto extra penalmente. No obstante, el acuerdo que surja de la negociación (que podrá contener obligaciones de hacer, no hacer o dar) deberá ser visto y aprobado por el juez; teniendo especial cuidado en que la negociación se haya efectuado en igualdad de circunstancias, y sin presión o violencia de alguna de las partes sobre la otra.

En el supuesto de que el imputado incumpla con las obligaciones pactadas sin justa causa, el proceso penal continuará como si nunca se hubiese arribado a un acuerdo, sin que la información resultante de la negociación, mediación o conciliación pueda ser empleada en perjuicio de cualquiera de las partes dentro del proceso penal. Por el contrario, el cumplimiento de lo pactado impedirá el ejercicio de la acción penal[499] o extinguirá la ya iniciada.

---

[498] "Se exceptúan… los homicidios culposos en los supuestos a que se refiere el artículo 62 del Código Penal; los delitos en contra de la libertad y seguridad sexuales y de violencia familiar; los delitos cometidos por servidores públicos en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas y los realizados por sujetos que pertenezcan a alguna asociación delictuosa de conformidad con el Código Penal" (artículo 197 CPPCH).

[499] De lo que se infiere que los acuerdos reparatorios pueden darse también en la etapa de averiguación previa.

V. LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Pese a que lo que conocemos como justicia restaurativa ha existido desde hace mucho tiempo en las comunidades autóctonas de diversos países del orbe,[500] conforme fueron "evolucionando" aquellos sistemas punitivos "originarios", sobre todo en los dos últimos decenios del siglo XVIII, el Estado expropia el conflicto penal de quienes hasta ese momento eran sus protagonistas para detentarse como único legitimado en la impartición de la justicia, para cuyo efecto emitió normas penales y leyes procedimentales para el juzgamiento.[501] En esa nueva forma de ver el conflicto social, ya no entre delincuente y víctima, sino entre delincuente y Estado, la víctima quedó no sólo relegada sino olvidada. Acaso podía buscar cierto refugio en las normas civiles (únicas en las que se le otorga cierto protagonismo) para conseguir aunque fuera una pequeña reparación por los daños sufridos, otorgándosele sólo un papel secundario de mero testigo dentro del proceso de impartición de justicia, del cual era ya del todo ajena; "como si el hecho fuese comprensible aun sin la presencia de quien lo sufrió".[502] De ahí que el notable resurgimiento de la justicia restaurativa se deba primordialmente a un reexamen de la condición jurídica y los papeles que hasta entonces habían ostentado las víctimas dentro del evolucionado sistema punitivo, buscando opciones que pudieran causar menos daños y generar mayores beneficios a los interesados. En el plano sustantivo, por ejemplo, se cuestionaron también las soluciones que se centraban únicamente en el castigo del delincuente y no en la reparación del daño.[503] No obstante, debía señalarse con claridad cuáles serían los presupuestos o principios a que la novedosa figura obedecería para evitar ser confundida con otras, o parecerse tanto a la justicia ordinaria que ello impidiera la incorporación a la misma de ideas o enfoques novedosos, cuidando además que la supervisión esencial del proceso siguiera estando a cargo del Estado (lo que

[500] Un ejemplo aleccionador de ello podemos encontrarlo en el relato que Elías Neuman (*La mediación penal*…, *cit.*, nota 473, pp. 1-3) efectúa del modelo punitivo de los indios cunás, asentados en el archipiélago de las islas San Blas, cerca de Panamá.
[501] *Ibidem*, p. 3.
[502] *Ibidem*, p. 5.
[503] Véase *Informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa*, *Adición*, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, Consejo Económico y Social, 7 de enero de 2002, p. 6, disponible en *http://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/11comm/5add1s.pdf*.

contesta a la crítica de que la justicia restaurativa tiende a la privatización de la justicia). Todo ello, con la clara idea de que se trata de un *complemento* y una *alternativa* a los sistemas de justicia y no de un mecanismo destinado a reemplazarlo.[504]

Reteniendo estas ideas podemos ahora señalar la filosofía que inspira al "moderno" modelo de la justicia restaurativa, que se resume en el esquema de las tres "R": *responsibility*, *restoration*, *reintegration* (responsabilidad, restauración, reintegración).[505] Es decir, responsabilidad del autor, dado que debe rendir cuentas por las conductas que ha asumido sin coacción alguna; restauración de la víctima, que debe ser reparada en el sentido más amplio de la expresión; reintregración del autor, buscando el restablecimiento de los vínculos con la sociedad, que también ha sido —indirectamente— perjudicada por la conducta ilícita. Como afirma Neuman, "se trata de intentar el retorno al diálogo y llegar, en lo posible, a la armonía y la paz social a través del acuerdo".[506] Porque dicho diálogo será fundamental para la comprensión por parte de la víctima de las circunstancias que provocaron en el delincuente la conducta reprochada, y en este último la comprensión de las consecuencias y del daño concreto que ha causado con su conducta.

De lo señalado se desprende que la justicia restaurativa:

1) Intenta proteger tanto el interés de la víctima como el de la comunidad y el del imputado. Ello porque el delincuente debe reconocer el daño producido e intentar repararlo, o bien obligarse a ello; tiende a lograr la reinserción del delincuente, a prevenir la reincidencia y a reducir los costos que el Estado invierte en la impartición de justicia vía proceso penal; y porque a pesar de que el imputado no ingrese propiamente al ámbito penal, le serán respetadas las garantías que como tal le otorga el texto constitucional.

[504] Pues nada impide que en algunos casos puedan aplicarse medidas restaurativas concretas, o bien que "casos enteros [puedan ser tratados] con un criterio restaurativo". *Ibidem*, p. 8.
[505] Kemelmajer, Aída, *op. cit.*, nota 468, p. 273.
[506] Neuman, Elías, *La mediación penal*…, *cit.*, nota 473, p. 46. Véase, del mismo autor, "Una alternativa a la pena de prisión: la mediación penal", *op. cit.*, nota 469.

2) Se orienta principalmente a las necesidades de la víctima, preocupándose por que ésta obtenga un resarcimiento de tipo material, *simbólico* o ambos.

3) Persigue disminuir la población carcelaria, pues del proceso restaurativo no podrá resultar la imposición de una pena, y menos aún la de prisión.

4) Busca disminuir la tasa de reincidencia, lo que se puede conseguir cuando el delincuente, luego de aceptar su responsabilidad, se concientiza de los daños causados.

5) Persigue la disminución de las penas, no su abolición.

6) Tiende a la resocialización del delincuente, al restablecer los vínculos que antes del delito unieron a víctima, delincuente y sociedad.[507]

Al respecto, Sergio Correa García[508] puntualiza en el cuadro siguiente las diferencias entre el modelo punitivo que hemos llamado tradicional y el modelo restaurativo, el cual resulta harto ilustrativo para un mejor entendimiento de lo que comprende la justicia restaurativa:

Modelo punitivo	Modelo restaurativo
1. El delito definido como atentatorio del Estado.	1. El delito como una afectación víctima-victimario.
2. Énfasis en la culpabilidad, en el pasado: quién lo hizo para castigarlo.	2. Énfasis en la solución del conflicto: obligación de restaurar (qué se debe hacer a futuro para reconstruir).
3. Relación adversarial.	3. Diálogo y negociación normativa.
4. Imposición de castigos / retribución / sufrimiento / disuasión / prevención punitiva.	4. Restitución para reconstruir ambas partes / conciliación / restauración.
5. Justicia como simples formalismos en la aplicación de la ley (garantías adjetivas).	5. Justicia como reconocimiento de los derechos de todos.
6. Exclusión de la comunidad y de la víctima.	6. La comunidad como facilitadora del proceso

[507] Kemelmajer, Aída, *op. cit.*, nota 468, pp. 296-302.
[508] "El rol de la víctima en el moderno sistema procesal penal acusatorio", AdmónJus. Revista del Poder Judicial del Estado de Baja California, México, núm. 27, disponible en *http://www.poder-judicial-bc.gob.mx/admonjus/n27/AJ27_ 002.htm*.

	de restauración. Atención a la víctima como prioridad.
7. Promotor de valores competitivos individualistas.	7. Promotor de los valores de todos.
8. El reproche formal a partir de la culpabilidad y del daño causado.	8. El reproche formal a partir del reconocimiento por parte del infractor de las consecuencias de violentar la norma y la afectación a la víctima.
9. La infracción penal vista solamente en su dimensión jurídica. Se soslayan las dimensiones social, familiar, económica, educacional y victimal.	9. La infracción penal entendida en todo su contexto.
10. La respuesta del Estado puesta en el pasado de la infracción penal.	10. La respuesta del Estado focalizada en la víctima.
11. El "estigma" criminal insuperable.	11. El "estigma" criminal resuelto en la restauración.
12. Un proceso volcado a hechos criminales pasados, a la participación del [delincuente] en los mismos y a legitimar la represión, la disuasión y la legitimación del castigo.	12. Un proceso volcado a la diversificación de las respuestas frente al crimen, a la solución *suprapartes* de los conflictos, a la promoción de los derechos del [delincuente] y los de la víctima.
13. Sistema vicarial (sanciones / medidas). Las medidas contradictorias al modelo retribucionista como reconocimiento indirecto de la especificidad del [delincuente], pero inconsistentes con la problemática de los mismos.	13. Sistema de medidas consecuentes con la restauración, con la problemática delincuencial, con las necesidades de los [delincuentes] y con la prevención social del delito.

NOTA: Los agregados entre corchetes reemplazan a las palabras "menor" o "menor infractor", dado que el autor que se cita puntualiza las diferencias anteriores respecto a los programas de justicia restaurativa implementados en el sistema de justicia para menores infractores; no obstante, las diferencias apuntadas son igualmente aplicables en los programas de justicia restaurativa para imputables.

Por otra parte, en el ámbito internacional también se ha mostrado una cada día más creciente preocupación por el papel al que ha quedado relegada la víctima en el sistema punitivo tradicional. Ya desde 1985, en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, se abogaba por otorgarle un rol más activo a la víctima, ya sea

mediante procedimientos oficiales u oficiosos,[509] encaminada a obtener reparación, restitución, indemnización y asistencia.

En fechas más recientes, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas se avocó a la elaboración del proyecto de los denominados Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal (en adelante PBPJR), con la clara idea de crear un documento que estableciera directrices generales que posteriormente servirían como guía para que los Estados no familiarizados con este tipo de programas, los incorporaran en su legislación nacional. Se propuso, incluso, conferir carácter vinculante a dicho documento.

El 7 de mayo de 2000, el secretario general del Consejo envió una nota verbal a los gobiernos de los Estados miembros y a organizaciones no gubernamentales en la que los invitaba a dar sus opiniones y formular las observaciones que consideraran pertinentes respecto del mismo.[510]

Para finales de mayo de 2001, habían contestado a la solicitud 37 gobiernos y 8 organizaciones no gubernamentales. En algunos casos las respuestas pueden ser sorprendentes. Pero antes de referirnos a parte de ellas consideramos oportuno señalar los conceptos y las directrices generales que los Principios establecen para facilitar la comprensión de las observaciones hechas por varios de los gobiernos, y todo ello porque del texto de los Principios que resulte dependerá el camino que tomará la justicia restaurativa tanto en nuestro país como en el mundo entero, además de que nos será útil para comprender a cabalidad esta nueva forma de ver y vivir la justicia.

1. *Directrices*

1) El párrafo I.1 define a la *justicia restaurativa* como “todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos”.

[509] El párrafo 7 de dicha Declaración señala que “se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas”. El texto completo de la Declaración puede consultarse en *http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp49_sp.htm*.

[510] Véase *Justicia restaurativa. Informe del secretario general*, Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, 7 de enero de 2002, disponible en *http://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/11comm/5s.pdf*.

2) Señala que por *proceso restaurativo* “se entiende todo proceso en el que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados en un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito… con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias” (I.2).

3) Agrega que *resultado restaurativo* es “un acuerdo alcanzado como consecuencia de un proceso restaurativo… Entre los [que] se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de las víctimas y del delincuente” (I.3).

4) Los programas de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal (II.6), esto es, antes o durante el proceso penal.

5) Los procesos restaurativos deben utilizarse sólo cuando existan pruebas suficientes para inculpar al delincuente (II.7).

6) La participación en los procesos restaurativos dependerá del consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente (II.7).

7) La aceptación del delincuente para participar en ellos no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos posteriores (II.8).

8) Deberán dictarse las medidas pertinentes a fin de garantizar la seguridad de las partes que intervengan en el proceso (II.10).

9) Cuando el caso deba remitirse a la justicia penal, por no ser adecuado o posible un proceso restaurativo, los funcionarios se esforzarán por alentar al delincuente a que asuma su responsabilidad para con la víctima y la comunidad, y apoyarán la reintegración de la víctima y del delincuente en la comunidad (II.11).

10) No se debe coaccionar ni a la víctima ni al delincuente para que consientan participar en procesos restaurativos, ni para que acepten sus resultados, ni inducirlos a hacerlo por medios desleales (III.13, c).

11) Las conversaciones que resulten del proceso restaurativo tendrán carácter confidencial, por lo que no deberán revelarse posteriormente (III.14).

12) Los resultados restaurativos tendrán la misma categoría que cualquier otra decisión o sentencia judicial y deberán excluir la posibilidad de enjuiciamiento por los mismos hechos (III.15).

13) El hecho de no haber alcanzado un resultado restaurativo dentro del proceso de la misma naturaleza no será utilizado en ulteriores procedimientos de justicia penal (III.16).

14) El incumplimiento de un acuerdo, distinto de una decisión o sentencia judicial, no debe utilizarse como justificación para una condena más severa en ulteriores procedimientos de justicia penal (III.17).[511]

2. *Algunas respuestas*[512]

Respecto a las bondades de la justicia restaurativa, Bélgica, Sierra Leona y Sudáfrica señalaron, citando pasajes de la resolución 1999/26 del Consejo Económico y Social, que constituye una alternativa viable para el encarcelamiento de corta duración y las multas. Además de que con ella se pueden compensar los defectos de los sistemas penales vigentes.

Argentina, por su parte, señaló que la justicia restaurativa atenúa el antagonismo entre víctimas y delincuentes y preserva la posibilidad de recurrir a los procedimientos judiciales corrientes si las partes no logran convenir medidas de carácter restaurativo. Aún más, hace que los delincuentes se enfrenten a sus propios actos y sus consecuencias.

[511] El texto completo de los PBPJR puede verse en el *Informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa*, *Adición*, *cit.*, nota 503, pp. 11-14.
[512] Un resumen de ellas puede verse en *Justicia restaurativa. Informe del secretario general*, *cit.*, nota 510.

México observó que la justicia restaurativa elimina los inconvenientes que trae aparejada la privación de libertad de los autores de delitos leves, lo que redundaría, en últimas, en los costos de reclusión. En tanto que Pakistán y Qatar destacaron que ella contribuye a reducir el hacinamiento carcelario.

Algunos gobiernos (entre ellos Kuwait y Perú) manifestaron que habían ya incorporado procedimientos restaurativos respecto a conductas delictivas relacionadas con la inviolabilidad de la propiedad, actos de destrucción deliberada de bienes, actos contra la propiedad, amenazas de extorsión, delitos contra el honor y casos de daños causados por negligencia.[513]

Luego de las manifestaciones de éstos y más gobiernos, y de algunas organizaciones no gubernamentales, relativas a las virtudes de la justicia restaurativa, se hicieron patentes algunas divergencias respecto a las directrices contenidas en los Principios y, en algunos casos, evidente el desconocimiento de muchos de ellos por lo que es y debe ser la justicia restaurativa. Así:

La Organización Defensa de los Niños-Movimiento Internacional hizo hincapié en que los Principios debían indicar claramente que se trataba de un *proceso* y no de un *programa*; proceso que es una vía alternativa diferenciada de la que se sigue en los sistemas oficiales de justicia penal y justicia de menores.

Si bien del contenido de los Principios no se desprende a qué clase de delitos es aplicable la justicia restaurativa, Perú señaló que *únicamente* debe serlo en los casos de delitos leves y de lesiones causadas por negligencia.

México señaló que el proyecto es demasiado vago y propuso la inclusión en el mismo de una lista de medidas de mediación y justicia restaurativa, así como un listado de delitos leves o de criterios para identificarlos y distinguirlos, quizá olvidando que la gravedad o levedad de un delito varía de país en país y hasta de una entidad federativa a otra, por lo que dicha clasificación no sería operante si lo que se busca es crear lineamientos de carácter global. También argumentó que la posibilidad de que pudiera acudirse al procedimiento restaurativo en cualquier

[513] *Ibidem*, pp. 4 y 5, párrafos 15 y 19.

etapa del proceso de justicia penal podría reducir su importancia y sus efectos, manifestando su preocupación de que los mismos hechos dieran lugar a dos procedimientos paralelos.[514]

Por su parte, Fiji y Turquía propusieron que desde el proceso judicial se debería alentar e incluso *obligar* a víctima y delincuente a recurrir a los procesos de justicia restaurativa en los casos en que no dieran su "consentimiento libre y voluntario". Pasando por alto que lo que busca la justicia restaurativa es precisamente la [re]conciliación entre las partes, la que no se concibe bajo ninguna forma de coacción. Sería tanto como exigirle a la víctima perdonar al delincuente y a éste obligarlo a parecer arrepentido.

Respecto al párrafo II.8 de los PBPJR, a criterio de México, la participación de un presunto delincuente en un proceso restaurativo debería admitirse como prueba de culpabilidad en procedimientos jurídicos posteriores (se trate de un proceso penal —por no haberse logrado un resultado restaurativo— o de naturaleza no penal —por ejemplo, en un juicio civil en el que se pretenda una reparación económica—). El peligro de este argumento es que los agresores se mostrarán renuentes a participar en dichos procesos por temor a que ello se configure como prueba plena en un proceso posterior si del programa restaurativo no surge un acuerdo, y ello sin contar que se puede prestar a manipulaciones indebidas por parte de víctimas o funcionarios judiciales para hilvanar una prueba irrefutable a fin de asegurar una sentencia condenatoria en un proceso judicial ulterior.

Consideramos que esta observación formulada por el gobierno de México se basa en la idea de que si un presunto delincuente fuera inocente, no consentiría participar en un procedimiento restaurativo que implica aceptar la comisión de los hechos delictivos que originan el procedimiento y asumir la responsabilidad por los mismos. No obstante, en la mente de un inocente procesado quizá la "salida más rápida" sea un procedimiento restaurativo, pues si

[514] Preocupación que no bastó para evitar que ello sucediera en la Ley de Mediación del Estado de Chihuahua, como se comentó líneas arriba.

tiene que elegir entre pasar meses o años en prisión preventiva y correr el riesgo de ser injustamente condenado, o entre participar en un procedimiento restaurativo en el que aceptará hechos que no le son propios pero sin correr el riesgo de llegar a prisión (sea preventiva o definitivamente), no hay que pensar mucho en lo que elegirá. El problema, en estos casos, no lo ocasiona la incorporación de la justicia restaurativa en las legislaciones nacionales, sino que es una falla de nuestro sistema de justicia penal que se ha venido arrastrando desde sus inicios,[515] y que ha sido reconocido y aceptado con cierta resignación, considerándose sacrificable el castigar a inocentes con tal de sancionar a los culpables.

Otras observaciones no muy felices (de México y Japón) se orientaron a proponer la incorporación de excepciones respecto al carácter confidencial de las conversaciones que se celebraran dentro de los procedimientos restaurativos "cuando así lo exigiera el interés de la justicia", o bien cuando el proceso de justicia restaurativa no prosperara. En tanto que Fiji sugirió el hacer referencia explícita a la imposición de sanciones penales a toda parte que no cumpliera con el acuerdo resultante; lo que a todas luces parece inconveniente, pues se garantiza con la amenaza de una sanción penal el cumplimiento de un acuerdo fruto de un procedimiento restaurativo que sirve precisamente para evitar que cualquier conflicto social, en especial los de gravedad menor, entren al círculo penal.

Desafortunadamente, como se ha visto, algunas de las posturas de varios de los gobiernos podrían desnaturalizar, reducir o anular las bondades de la justicia restaurativa y hacer de un procedimiento lleno de virtudes, aunque aún perfectible, una forma más de control social abusivo y desproporcionado. Su éxito o fracaso dependerá del cambio de mentalidad en el que se reconozca que "los ofensores son parte de nosotros y no enemigos de fuera... [que] el sistema social y

[515] Muestra de ello es el auge que han adquirido los *proyectos inocencia* alrededor del mundo, que por lo general son organizaciones no gubernamentales que buscan la reapertura de casos en los que se asevera un inocente ha sido condenado. Por ejemplo, Proyecto Inocencia, una ONG fundada por abogados neoyorkinos, ha logrado la liberación de 136 personas que habían sido condenadas injustamente, incluso a sentencias de por vida o a la muerte. "Un sistema imperfecto truncó sus vidas con pruebas poco concluyentes. Prejuicios raciales, defectos en el proceso, testimonios dudosos… contribuyeron a que pagaran por delitos que no cometieron". Neufeld, Peter *et al*., "Error casi mortal", *elmundo.es*, suplementos, visible en *http://www.elmundo.es/magazine/2003/207/1063363802.html*.

judicial que tenemos no es la respuesta inevitable y única ante el crimen… [y que] el sistema judicial actual no está preparado para cumplir con el propósito de restaurar o reparar"[516] a la víctima y a la sociedad, ni para —agregamos— resocializar al delincuente.

3. *Algunas excepciones*

No obstante las buenas intenciones para implementar un mayor número de medidas de justicia restaurativa y su aplicación a una cada vez más amplia gama de delitos, también es cierto que no todos los conflictos no-graves, o aquellos en los que procede el perdón de la víctima u ofendido deben ser solucionados con esta nueva forma de ver la justicia; o quizá puedan serlo, pero el riesgo de que algo salga mal es bastante alto. Es el caso, por ejemplo, del delito de violencia intrafamiliar, pues para que pueda existir una negociación equitativa, ambas partes deben encontrarse en igualdad de circunstancias en la relación de poder que se presenta en toda transacción, además de que la capacidad de decisión de los intervinientes en la misma debe ser similar, supuestos que no se actualizan en este tipo de delitos.

De hecho, y en consonancia con esta postura, el artículo 8o. de la reciente Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia[517] señala que

> …los modelos de atención, prevención y sanción que establezcan la Federación, las entidades federativas y los municipios son el conjunto de medidas y acciones para proteger a las víctimas de violencia familiar, como parte de la obligación del Estado, de garantizar a las mujeres su seguridad y el ejercicio pleno de sus derechos humanos. Para ello, deberán tomar en consideración:
>
> IV. Evitar procedimientos de mediación o de conciliación, por ser inviables en una relación de sometimiento entre el agresor y la víctima.

[516] Kemelmajer, Aída, *op. cit.*, nota 468, p. 318.
[517] Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1o. de febrero de 2007.

Si bien se ha dicho que es un requisito *sine qua non* el que víctima y delincuente consientan de forma libre y voluntaria participar en un procedimiento restaurativo; no es menos cierto que tratándose de violencia intrafamiliar la situación se complica en extremo, pues generalmente la mujer (aunque también los hombres pueden ser víctimas) ha debido soportar años de maltrato o de violencia física, sexual, psicológica o económica. Para cuando decide remediar la situación, acudiendo a las autoridades[518] o a organizaciones gubernamentales o no gubernamentales, el miedo se ha convertido en su forma de vida; acentuada cuando la víctima ha sido amenazada de muerte por el agresor (que por regla general es su pareja).[519]

Por ello, un acercamiento entre agresor y víctima puede resultar indeseable y hasta peligroso, pues generalmente las mujeres soportaron el abuso durante largo tiempo porque el agresor, además de aprovecharse del terror que provoca, pide disculpas luego de cada ataque, promete cambiar o amenaza a la víctima con asesinarla a ella o a sus hijos si ésta decide abandonarlo. Y precisamente alguna de estas situaciones podría presentarse en un procedimiento conciliatorio o de mediación, y si la presión ejercida por el agresor es bastante, la víctima, intimidada o asustada, podría acceder a otorgar el perdón (como forma de extinción de la responsabilidad penal) y regresar a cohabitar con él, lo que podría colocarla en riesgo de muerte como ocurrió en el caso de Ana Orantes que reseñamos en el capítulo segundo.

De ahí que la implementación de procedimientos de justicia restaurativa debe hacerse luego de un análisis riguroso y racional de las consecuencias que podría acarrear el confrontar a víctima y victimario, pues dichos procedimientos

[518] Lo que no siempre es una garantía para solucionar este tipo de problemas. Así, por ejemplo, en la Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (disponible en *http://www.inmujeres.gob.mx*), se preguntó a una de las entrevistadas: “Señora, ¿[su esposo] le ha jalado el pelo, tiene algún moretón?, ¿ha acudido a alguna autoridad?”, a lo que respondió: “Sólo con el presidente municipal y éste me dijo: Pues es vieja, ¿qué espera, que arreste a su marido? Luego ¿quién le va a dar de tragar?, de veras ustedes no entienden…”.

[519] En la Encuesta reseñada, ante la pregunta “¿La ha amenazado [su esposo] con un arma?”, una de las entrevistadas señaló: “No le digas a nadie. ¡Sabes que juega conmigo a la ruleta rusa!; me pone la pistola en la cabeza con una bala y me dispara y no sale la bala, después vuelve a abrir el cañón, saca la bala y me dice: ¡Mira pendeja, con una de éstas te voy a dar en la madre!, vuelve a meter la bala en el cañón, vuelve a girarlo, empieza a jugar con el cañón de la pistola y me vuelve a apuntar en la cabeza y me dispara”.

deben ser una experiencia positiva para ambos, y no un martirio para la víctima —o colocarla en riesgo—, con tal de beneficiar al victimario.

4. *Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua*

El 7 de junio de 2003 se publicó en el número 46 del *Periódico Oficial* de Chihuahua la Ley de Mediación para el estado (en adelante LMCH), en la que se contemplaba la posibilidad de someter a mediación la solución de conflictos interpersonales en materia penal (artículo 4o., fracción I),[520] civil, familiar y mercantil (artículo 4o., fracción II).

Tres años después, como parte de un paquete de reformas a todo el sistema de justicia penal chihuahuense, se deroga la fracción I del artículo 4o. de la Ley de Mediación y se expide la Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua (en adelante LJPACH).[521] De esta forma, la mediación en los conflictos de carácter civil, mercantil y familiar se efectuará con base en la LMCH, en tanto que la autocomposición en materia penal adquiere total independencia bajo el amparo de la LJPACH.

Como se ha mencionado ya, la expedición del nuevo Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua trajo consigo la suspensión del proceso penal a prueba y los acuerdos reparatorios. Y es precisamente de esta última figura de la que se desprende la necesidad de "conformar y aprobar una serie de ordenamientos jurídicos complementarios para dar eficiencia y eficacia al novel sistema",[522] entre ellos precisamente la LJPACH.

Contenido de la Ley

1) *Principio restaurativo*. La LJPACH, de acuerdo con su artículo 1o., tiene como finalidad regular los medios alternos de solución de conflictos en materia

[520] Dicha fracción señalaba que la mediación era aplicable a los delitos en los que procediera el perdón del ofendido, que no fueran calificados como graves y que carecieran de trascendencia social.
[521] Publicada en el *Periódico Oficial* el 9 de diciembre de 2006, para entrar en vigor el 1o. de enero de 2007 en el Distrito Morelos; el 1o. de julio de 2007 en el Distrito Bravos, y el 1o. de enero de 2008 en el restante territorio del estado. Véase artículo primero transitorio de la Ley de Justicia Penal Alternativa en relación con los artículos primero y segundo transitorios del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua.
[522] Dictamen de las Comisiones Unidas Primera de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos del Congreso de Chihuahua, disponible en *http://www.chihuahua.gob.mx*.

penal (procedimientos restaurativos de acuerdo con los PBPJR) como la mediación, la conciliación, la negociación y las juntas de facilitación, adoptando el *principio de justicia restaurativa*; entendido como "todo proceso en el que la víctima u ofendido y el imputado o condenado participan conjuntamente, de forma activa, en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, en busca de un resultado restaurativo" (es decir, de un acuerdo que busca la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad).[523]

2) *Procesos restaurativos*. El artículo 2o., fracción III, de la Ley señala que los medios alternos de resolución de conflictos que pueden aplicarse son:

a) La mediación, definida como aquella técnica que facilita la comunicación entre las partes en conflicto, con el propósito de que lleguen por sí mismos a una solución que ponga fin a la controversia (fracción VI).

b) La conciliación, conceptuada como un proceso en el que se presentan alternativas de solución a las partes en conflicto a fin de que puedan llegar a un acuerdo (fracción VII).

c) La negociación, entendida como un proceso de comunicación y toma de decisiones, en el cual se asiste a las partes para elaborar el acuerdo que dé solución al conflicto o impulse un acuerdo satisfactorio para ambas partes (fracción VIII).

d) Las juntas de facilitación, definidas como aquellos procesos desarrollados entre las partes, con la participación de los afectados directa o mediatamente por el delito, para resolverlo colectivamente mediante un acuerdo (fracción IX).

3) *Requisitos*. Para que una controversia en materia penal sea canalizada a los medios alternativos que contempla la LJPACH, es necesario que la misma se encuentre en alguno de los supuestos que señalamos para la procedencia de los acuerdos reparatorios, esto es, que se trate de delitos culposos; de aquellos respecto a los cuales proceda el perdón de la víctima u ofendido; de delitos que

[523] Artículo 2o., fracciones IV y V, LJPACH.

admitan la sustitución de sanciones o la condena condicional, o, en fin, de aquellos en los que la pena media aritmética no exceda de 5 años de prisión y carezcan de trascendencia social.[524] Es requisito *sine qua non* el contar con la voluntad de las partes.

Por el contrario, no podrán someterse a medios alternos de solución los homicidios imprudenciales en los supuestos a los que se refiere el artículo 139 del Código Penal, los delitos en contra de la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, violencia familiar y los delitos cometidos por los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas y los realizados por sujetos que pertenezcan a alguna asociación delictuosa u organización criminal, de conformidad con el Código Penal. Tampoco procederán los acuerdos reparatorios en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos de la misma naturaleza.

4) *Encargados de su aplicación*. Los medios alternos de resolución de conflictos penales podrán aplicarse por el Centro de Justicia Penal Alternativa, dependiente de la Procuraduría General de Justicia del Estado, o bien, directamente por el Ministerio Público en cualquier etapa del proceso penal.

De lo anterior se desprenden dos vías distintas de aplicación de la LJPACH:

a) Cuando la Unidad de Atención Temprana reciba una denuncia o querella de hechos constitutivos de delito en los que sea procedente la aplicación de los medios alternos de solución, la canalizará de inmediato al Centro de Justicia Penal Alternativa para que se inicie el procedimiento restaurativo. En caso contrario, lo hará a la Unidad de Investigación correspondiente a fin de que se inicie la averiguación previa y se continúe por la vía penal "tradicional" (artículo 16, fracciones I y II).

b) Cuando se trate de una controversia materia de un procedimiento penal, la aplicación de cualquiera de los medios alternos la hará directamente el

[524] Artículos 197 y 16, fracción I, del CPPCH y de la LJPACH, respectivamente.

Ministerio Público con el apoyo del personal especializado del Centro de Justicia Penal.

5) *Principios*. Todo procedimiento restaurativo, trátese de mediación, conciliación, negociación o juntas de facilitación, deberá regirse por los siguientes principios (artículo 19):

a) Voluntariedad. La participación en un proceso restaurativo debe ser por propia decisión, libre de toda coacción y no por obligación.

b) Confidencialidad. La información que surja del proceso es confidencial y no podrá ser utilizada en perjuicio de alguna de las partes dentro del proceso penal en caso de no lograr un resultado restaurativo.

c) Flexibilidad. Para la solución de los conflictos podrá recurrirse a uno o varios medios alternos; es decir, la aplicación, por ejemplo, de la mediación no excluye a la negociación, la conciliación o la celebración de juntas de facilitación.

d) Neutralidad. Deberán estar exentos de juicios, preferencias, opiniones y prejuicios ajenos que puedan influir en la toma de decisiones.

e) Imparcialidad. Deberán estar libres de favoritismos, inclinaciones o preferencias, por lo que no deberá concederse ventaja a alguna de las partes.

f) Equidad. Los medios alternos propiciarán condiciones de equilibrio entre las partes que conduzcan a la obtención de acuerdos duraderos y satisfactorios para ambas.

g) Legalidad. Sólo serán objeto de los procedimientos restaurativos aquellos conflictos derivados de los derechos disponibles de las partes y que la ley establezca.

h) Honestidad. En la aplicación de los medios alternos se valorarán las capacidades y limitaciones del personal especializado del Centro para conducirlos.

6) *Trámite*. El procedimiento ante el Centro de Justicia Penal Alternativa iniciará con la comparecencia inicial documentada a través de medios electrónicos por la Unidad de Atención Temprana (quien previamente recibió la denuncia o querella y analizó si el conflicto es susceptible de ser resuelto por los medios alternos de solución), en la que se contendrá: una descripción breve de los datos esenciales del hecho planteado, y los nombres y domicilios de los involucrados en el conflicto penal.

Luego de recibida la comparecencia, el personal especializado del Centro examinará el caso para determinar cuál de los medios alternos es el más adecuado para lograr un resultado restaurativo; en el entendido de que podrá recurrir a uno o más medios alternos de solución.

El facilitador designado procederá a elaborar la invitación o citación a la persona contra quien se presenta la denuncia o querella, a fin de que acuda a una sesión inicial en la que se le exhortará a participar en el procedimiento restaurativo previamente determinado por el Centro. Esta primera sesión se programará dentro de un plazo que no deberá exceder de tres días hábiles.

Si en la sesión inicial el invitado se niega a participar en el medio alterno, se cerrará el caso y se canalizará a la Unidad de Investigación Criminal que corresponda. No obstante, si posteriormente las partes manifiestan interés en solucionar el conflicto a través de los medios alternos, el Centro, sólo por una ocasión, podrá reabrir el caso y continuar con su tramitación.

En las sesiones que se lleven a cabo, sólo podrán intervenir la víctima u ofendido, el imputado, las personas físicas o morales con interés legítimo y el personal del Centro que se considere necesario (artículo 25). No obstante, si se trata de menores de edad, éstos deberán ser representados por quien ejerza la patria potestad, tutor, curador o por un representante de la Procuraduría de la

Defensa del Menor; y si se trata de personas morales, deberán acudir su o sus representantes legales (artículo 33). En las juntas de facilitación podrán intervenir, además de los sujetos señalados, las personas afectadas indirecta o mediatamente por el delito.

Si el procedimiento restaurativo concluye con un acuerdo entre las partes, el personal especializado del Centro, o el Ministerio Público en su caso, lo redactará por escrito.

De acuerdo con el artículo 30 de la LJPACH, el acuerdo deberá contener:

a) El lugar y la fecha de su celebración.

b) Nombre, edad, nacionalidad, estado civil, profesión u oficio y domicilio de cada una de las partes. En caso de representación legal se hará constar la documentación con los que se haya acreditado dicho carácter.

c) Una breve reseña del conflicto que motivó el trámite de los medios alternos de solución.

d) Una descripción precisa de las obligaciones de dar, hacer o no hacer que hubieran acordado las partes, así como la forma y tiempo en que éstas deberán cumplirse.[525]

e) La firma o huellas dactilares de quienes lo suscriban.

f) Cuando así lo soliciten las partes, la firma o huella dactilar de las personas de confianza que hayan acompañado a las partes.

g) La firma del personal del Centro que haya intervenido en el procedimiento y el sello de la dependencia.

h) El señalamiento expreso de los efectos que conlleva en incumplimiento del acuerdo.

[525] De acuerdo con los artículos 200 del nuevo Código de Procedimientos Penales y 37 de la LJPACH, el plazo que se haya fijado en el acuerdo para el cumplimiento de las obligaciones pactadas suspenderá el trámite del proceso y el término para la prescripción de la acción penal.

Cuando los medios alternos utilizados sean la conciliación o la negociación, las partes, luego de concluido el acuerdo, deberán garantizar su cumplimiento mediante cualquiera de las formas establecidas por la legislación civil.

El trámite de los medios alternos de solución en el Centro de Justicia Penal se dará por concluido cuando concurra alguna de las siguientes causas (artículo 31):

- Por convenio en donde se resuelva total o parcialmente el conflicto.
- Cuando alguna de las partes se comporte de manera irrespetuosa o agresiva, y no pueda superarse esa situación.
- Por decisión de una de las partes.
- Por inasistencia injustificada de ambas partes a alguna sesión, o por dos inasistencias injustificadas de una de las partes.
- Por negarse las partes a la suscripción del acuerdo reparatorio.
- Cuando de la conducta de las partes se desprenda que no hay voluntad para llegar a un arreglo.

7) *Efectos*. Al respecto, pueden presentarse las siguientes variantes:

a) Si los acuerdos reparatorios se han dado dentro del proceso penal, el juez de garantías deberá aprobarlos y disponer que se registren de manera fidedigna. Hecho esto, puede acontecer que las partes, sea en el plazo convenido en el acuerdo o —si no se convino al respecto— dentro de un año contado a partir del día siguiente de la ratificación del mismo: *i)* incumplan sin causa justa las obligaciones pactadas, caso en el que el proceso penal continuará como si no se hubiese llegado a un arreglo, y *ii)* cumplan con las obligaciones convenidas, supuesto en el que se extinguirá la acción penal iniciada (artículos 200 el nuevo Código de Procedimientos Penales y 38 de la LJPACH).

b) Si del procedimiento restaurativo llevado a cabo en el Centro de Justicia Penal Alternativa no surgiere un acuerdo o convenio, el asunto se canalizará a la

unidad de investigación correspondiente a fin de que se continúe con la investigación de los hechos o con el trámite del proceso penal, según sea el caso. Por el contrario, si las partes han convenido un acuerdo reparatorio (ya sea que haya surgido de un procedimiento de mediación, conciliación, negociación o de juntas de facilitación), su cumplimiento evita el ejercicio de la acción penal o extingue la ya iniciada (artículos 38 de la LJPACH y 82 del nuevo Código de Procedimientos Penales del Estado).

Finalmente, es digno de celebrar el que la LJPACH se configure como la primera ley en el país en contemplar expresamente principios y (una mayor gama de) procedimientos restaurativos; además de que en ella se percibe una clara influencia de los PBPJR emitidos por el Consejo Económico y Social de la ONU. No obstante, con el transcurso del tiempo y luego de su aplicación a casos concretos, la LJPACH deberá reformarse para incluir algunas de las directrices de fundamental importancia que los PBPJR recomiendan para el correcto funcionamiento de la justicia restaurativa y una adecuada impartición de justicia.[526]

En fin, esperamos que la LJPACH contribuya a la reconciliación, la reparación y al perdón, y que, al final, Chihuahua sea sólo el primero de una gran cantidad de estados que acojan procedimientos de justicia restaurativa como medios alternos de solución a los conflictos de naturaleza penal, pues “el perdón… es una poderosa fuerza psicológica que puede ser dirigida hacia el alivio y la curación de la víctima. Cuando la víctima del delito decide participar en un encuentro —estructurado y flexible— con el infractor, se producen las condiciones para que las figuras de la mediación, conciliación o negociación puedan culminar con un acuerdo entre la víctima y el victimario, cuyo punto toral al resarcir el daño emocional es el perdón”.[527]

[526] Como, por ejemplo, las disposiciones contenidas en las directrices II.7, II.8, II.10, II.11 y III.17.
[527] Dictamen de las Comisiones Unidas Primera de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos del Congreso de Chihuahua, *cit.*, nota 390.

VI. DESTIPIFICACIÓN / DESPENALIZACIÓN / DESINCRIMINACIÓN

Se ha dicho ya que el derecho penal "debe asegurar las condiciones para una coexistencia pacífica, libre, que respete la igualdad de todos los seres humanos, en tanto esto no sea posible mediante otras medidas rectoras sociopolíticas menos graves".[528] Así, cuando para la protección de un bien devenido jurídico no es suficiente la aplicación de medidas en menor grado limitativas de la libertad de acción de los particulares, determinadas conductas atentatorias a dichos bienes se incorporan al ordenamiento penal (tipificación), seguido de una asignación de consecuencias jurídicas en caso de que se efectivicen, es decir, en la determinación de una sanción en específico para quien ciertamente realice esas conductas en particular (penalización). De esta forma, cuando una conducta se ha tipificado, estamos frente a un comportamiento incriminable, es decir, al que se le ha otorgado el carácter de crimen o delito.

Luego entonces, y por contraposición, *destipificación* significará que determinados supuestos de hecho dejen de considerarse incriminables, mediante su desincorporación al tipo penal respectivo. Y ello puede ser a consecuencia de la renuncia a la sanción penal de la conducta, manteniendo la protección del bien jurídico en otro ámbito, o bien porque se considere que el mismo ya no resulta tan fundamental como se pensaba para esos fines de coexistencia libre y pacífica.

Por desincriminación entenderemos el que específicos supuestos de hecho dejen de ser estimados como atentatorios de un bien jurídico protegido, y ello por existir una permisión legal —de carácter necesario o circunstancial— o bien porque se considere que la respuesta penal a conductas de esa naturaleza es excesiva o desproporcionada (debido quizá a la "evolución" de la forma de ver y comprender lo que verdaderamente representa el bien jurídico sobre el que versaba la prohibición).

Finalmente, la *despenalización* sería la reducción o supresión de la pena para determinados delitos.

---

[528] Roxin, Claus, "El legislador no lo puede todo", *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, segunda época, núm. 12, octubre de 2004-marzo de 2005, p. 322.

Todo lo dicho, que podría parecer un galimatías jurídico y que nos tomó dos docenas de líneas, el doctor Sergio García Ramírez lo aclara y resume magistralmente de la siguiente forma: "la selección de la transgresión se expresa en la tipificación legal de las conductas (y su contrapartida la destipificación), es decir, en la incriminación (o la desincriminación) del comportamiento. La selección de la rectificación… se manifiesta en el catálogo de las consecuencias jurídicas de la conducta reprochada. Es el recinto de las penas y las medidas. Su método característico es la penalización (y su contrapartida, la despenalización: por reducción o supresión de la pena)".[529]

Prácticamente en todos los países del mundo, debido quizá a la evolución o al cambio de valores, por las influencias venidas del exterior, por su vigorosa entrada en la era de la globalización (modificante del orden jurídico, haciéndolo en muchos de los casos más permisivo), por el análisis concienzudo, lógico y jurídico de las normas penales, o en fin, por la confrontación entre bienes jurídicos protegidos por el derecho penal frente a otros derechos o bienes de igual rango o similar, se han presentado y se presentan polémicas respecto a sí todos los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal en verdad merecen serlo. Los debates al respecto son como la moda, por temporadas.

Hablar actualmente de la desincriminación o despenalización del aborto, de los delitos "de prensa", de la compra y portación de droga para consumo personal, o en países más específicos, como Alemania, de la destipificación de la "mentira de Auschwitz",[530] ha provocado acalorados debates entre expertos y amateurs, liberales y conservadores, ateos y religiosos y piquetes de ojos entre legisladores.

No obstante, luego del furor y de la marejada de discursos, argumentos y contraargumentos, y de que la tempestad ha cedido ante la calma, algunos Parlamentos, con mucha cordura y no pocas críticas, han recurrido a la destipificación de conductas que dejaron de ser consideradas antijurídicas por su escaso poder ofensivo o conflictivo, a la despenalización de ciertos tipos, que

[529] García Ramírez, Sergio, "Función de la pena y la readaptación social", *Estudios jurídicos*, *cit.*, nota 125, p. 779.
[530] Al respecto véase *ibidem*, pp. 338-340.

pasaron a ser considerados sólo como *contravenciones*,[531] o, en últimas, a la desincriminación de algunas formas de ayuda o inducción al suicidio. En México, por ejemplo, se destipificó, desincriminó y despenalizó la vagancia y malvivencia, y ello porque, según la exposición de motivos de la iniciativa de decreto de reforma al entonces Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal,[532] "se ha convertido en delincuentes a quienes en realidad son víctimas de una situación social indeseable. Se pretende abatir posturas infames que castigan, no por lo que se hace, sino por lo que se es, lo que resulta contrario a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre".

De hecho, esta tendencia "despenalizadora" se ha manifestado en fechas recientes tanto en el ámbito local como federal.

El viernes 13 de abril de 2007 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se derogan los artículos 350 a 363 del Código Penal Federal, que tipificaban los delitos de injurias, difamación y calumnia. Los otrora delitos se han convertido en "hechos ilícitos" regulados y sancionados por el Código Civil Federal (artículos 1916 y 1916 bis).

Sólo 13 días después, el 26 de abril, y luego de una gran polémica, se publica en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* un decreto que reforma los artículos 144 a 147 del Código Penal local, y en virtud del cual se desincrimina y despenaliza (mas no se destipifica)[533] el aborto.

No obstante los avances, nuestros códigos penales no sólo conservan sino que han sido a últimos tiempos adicionados con tipos penales que contemplan conductas que hubieran podido permanecer ajenas a las leyes penales sin que con ello nos gobernara el caos, por lo que quizá hubiera sido más adecuado regularlas y sancionarlas en el ámbito civil o administrativo, donde la

[531] Esto es, faltas leves sancionables en el mayor número de casos con multa y en algunos, lo que es bastante cuestionable, con prisión de uno o siete días, como en Ecuador, dependiendo de si la contravención es de primera, segunda, tercera o cuarta clase, esto último de acuerdo con su gravedad.

[532] Disponible en *http://www.scjn.gob.mx/Leyes/UnProcLeg.asp?nIdLey=644&nIdRef=25&nIdPL=1&cTitulo=CODIGO%20FEDERAL%20DE%20PROCEDIMIENTOS%20PENALES&cFechaPub=30/12/1991&cCateg=DECRETO&cDescPL=EXPOSICION%20DE%20MOTIVOS*.

[533] Pues se conserva un supuesto de aborto sancionable: cuando se practique éste después de las 12 semanas de embarazo, y cuya sanción es de 3 a 6 meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo en favor de la comunidad (artículo 145).

indemnización por daños y la multa juegan un papel principal con resultados efectivos.

Así, por ejemplo, los delitos de: ayuda al suicidio (artículo 142, primera parte), disposición de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes (artículo 149), manipulación genética (contemplado en el artículo 154), corrupción de menores e incapaces (del artículo 184), incumplimiento de la obligación alimentaria (en el caso de los artículos 193 a 195), bigamia (artículo 205), suministro de medicinas nocivas o inadecuadas (contemplado en el artículo 328) y los identificados como delitos contra la gestión ambiental (a que se refieren los artículos 347 a 347 quintus), todos del Código Penal para el Distrito Federal, se configuran como buenos candidatos respecto a los que sería importante evaluar su posible destipificación, desincriminación o despenalización, y ello porque sus respuestas no satisfacen del todo ante las preguntas: ¿su conminación penal es necesaria para una coexistencia libre y armoniosa?, ¿los bienes que tutelan pueden protegerse a través de medidas menos graves? Adelantando que de su respuesta presente deberá depender su futuro.

Sin embargo, por no ser éste el tema central de nuestro trabajo, sólo nos resta proponer al respecto análisis y debates relativos a, cuando menos, los delitos mencionados, para valorar si su permanencia en el Código Penal es más benéfica que perjudicial o más perjudicial que benéfica, circunstancia que debe siempre ponderarse cuando de privación o restricción de libertades y derechos se trata.

VII. Proposiciones finales

Para dar operatividad a lo que en este capítulo se propone reiteramos que es indispensable un cambio de mentalidad. Una política penal racional que deje de lado la venganza para darle cabida al diálogo y a la prudencia. Un sistema que tenga como presupuesto lógico la proporcionalidad entre hecho y sanción y que no base su política en el terror y la ejemplaridad, sino en la [re]construcción, la [re]composición y la [re]conciliación.

De esta forma, y bajo el anterior esquema, las penas privativas de derechos, los sustitutivos de prisión como penas principales para erradicar las penas cortas de prisión, la mayor aplicación de las medidas de seguridad en los casos en los que la prisión es innecesaria, y la justicia restaurativa, con la mediación penal, la conciliación y la negociación como algunas de sus modalidades, redundarán, en últimas, en la disminución del uso de la pena de prisión, que tanto daño ha hecho y hace a todos aquellos que participan en su drama, sin que sea visible algún éxito digno de presunción.

"El legislador no lo puede todo", como adelantara Claus Roxin, pero tampoco nuestros jueces ni nuestro sistema de justicia, tal y como se encuentra actualmente.

CUADRO DE PROPUESTAS

1) Incorporar penas privativas de derechos como:	a) El derecho a poseer o portar armas. b) El derecho a conducir vehículos particulares o de transporte público. c) El derecho a celebrar cierto tipo de contratos. d) El derecho a acceder a determinadas prestaciones de seguridad social.
2) Sustitutivos como penas principales	a) Se propone la eliminación de las penas cortas de prisión al aplicar con mayor efectividad los sustitutivos penales como penas principales. b) La ampliación del catálogo de sanciones mediante la incorporación de algunas penas —como sustitutivas o principales— como la suspensión del fallo, la amonestación con reserva de pena o detención domiciliaria.

3) Medidas de seguridad	a) Que se le otorgue una función de sanción jurídico-penal complementaria o principal, cuando no se considere conveniente o suficiente la aplicación de un sustitutivo penal o de una pena corta de prisión. b) Examinar la posibilidad de incorporar a las medidas de seguridad como sanciones sustitutivas de la pena de prisión. c) Determinar la sustitución de unas medidas de seguridad por otras. d) En los casos en los que la imposición de la medida de seguridad hubiese rendido sus frutos, debe cesar la ejecución de la misma y, en su caso, inaplicar la pena por considerarse innecesaria, o bien, conmutarse por alguno de los sustitutivos ya establecidos o por penas privativas de otros derechos o, finalmente, por otras medidas de seguridad menos drásticas que la pena de prisión.
4) Justicia restaurativa	a) Considerar la creación de una ley de justicia penal alternativa para el Distrito Federal que contemple, cuando menos, procedimientos como la mediación, la conciliación y la negociación, y en la que se respeten los siguientes principios restaurativos: — Otorgar una participación activa e influyente a la víctima del delito. — Consentimiento libre e informado de víctima e imputado para participar en un procedimiento restaurativo. — Que se señale que la información que se desprenda del procedimiento restaurativo es confidencial y no debe

	ser empleada en perjuicio de las partes en el proceso penal, cuando no se arribó a un acuerdo. — Que los procedimientos restaurativos sigan el principio de oralidad. — Que los programas de justicia restaurativa se puedan utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, esto es, antes o durante el proceso penal. — Que sean aplicables los procesos restaurativos sólo cuando existan pruebas suficientes para inculpar al imputado. — La aceptación del imputado para participar en los procedimientos restaurativos no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos posteriores. — Que incluya medidas que garanticen la seguridad de las partes que intervengan en el proceso. — Cuando el caso deba remitirse a la justicia penal, por no ser adecuado o posible un proceso restaurativo, los funcionarios alentarán al imputado a que asuma su responsabilidad para con la víctima y la comunidad. — No se debe coaccionar ni a la víctima ni al imputado para que acepten los resultados del procedimiento restaurativo, ni inducirlos a hacerlo por medios desleales.

	— Que el hecho de no haber alcanzado un resultado restaurativo dentro del proceso no sea utilizado en ulteriores procedimientos de justicia penal. — Que el incumplimiento del acuerdo restaurativo, distinto de una decisión o sentencia judicial, no se utilice como justificación para una condena más severa en ulteriores procedimientos de justicia penal. b) Considerar la incorporación al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de la suspensión del proceso penal a prueba, en el que se otorgue una participación activa e influyente de la víctima u ofendido.
5) Se propone llevar a cabo un estudio en el que se analice la conveniencia de destipificar, desincriminar o despenalizar los siguientes delitos del Código Penal para el Distrito Federal, y que los bienes jurídicos que ellos tutelan se garanticen por la vía civil o administrativa:	a) Ayuda al suicidio (hipótesis del artículo 142, primera parte). b) Disposición de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes (artículo 149). c) Manipulación genética (contemplado en el artículo 154). d) Corrupción de menores e incapaces (del artículo 184). e) Incumplimiento de la obligación alimentaria (en el caso de los artículos 193 a 195). f) Bigamia (artículo 205). g) Suministro de medicinas nocivas o inadecuadas (contemplado en el artículo 328). h) De los delitos contra la gestión ambiental a que se refieren los artículos 347 a 347 quintus.

CONCLUSIONES

Primera. De acuerdo con la doctrina penológica, la comisión de una conducta considerada por la colectividad como anormal o desviada, que excede los límites de la zona de tolerancia trazada por ésta, tendrá como consecuencia una reacción social, a la que hemos definido como el efecto secundario e inmediato del núcleo social ante la conducta de algún individuo, grupo o sector, que es percibida como incorrecta, anormal, antisocial o desviada, o bien, que excede los parámetros considerados normales de comportamiento.

Segunda. A toda conducta desviada corresponderá una reacción social de la misma naturaleza, signo y magnitud. Así, ante un hecho humano violatorio de una norma penal, seguirá la aplicación al autor de una reacción penal negativa (pena o medida de seguridad) de gravedad proporcional al de la conducta realizada.

Tercera. Consideramos que el vocablo pena puede definirse como la efectiva privación o restricción de bienes jurídicos o derechos al autor de una conducta punible, previamente señalada como tal en una ley sustantiva, mediante sentencia condenatoria dictada por autoridad judicial competente. Para que su imposición sea legítima, ésta deberá dictarse luego de un proceso que se ajuste a las formalidades señaladas al efecto en las leyes adjetivas, y que respete los principios de necesidad, de personalidad, de individualización, de utilidad, de particularidad, de justicia, de prontitud y de legalidad, teniendo como límites a la culpabilidad del sujeto y a los derechos humanos, configurados estos últimos como esferas intocables por la acción/reacción estatal.

Cuarta. El derecho penal, y por ende la pena, es el medio más enérgico con que cuenta el Estado, en su función de protector subsidiario de bienes jurídicos, para garantizar una coexistencia libre y pacífica de todos los individuos que conforman el pueblo sobre el que éste sienta sus bases. No obstante, el Estado sólo podrá utilizar a la pena y al derecho penal cuando no

pueda conseguir dicha protección a través de medidas menos drásticas, y siempre que se trate de bienes *fundamentales* para los fines de coexistencia a que hemos hecho mención.

Quinta. El papel que juega el sistema penal dentro del orden jurídico dependerá del "diseño" de Estado en el que se encuentre inmerso, esto es, si se está frente a un Estado liberal, a un Estado socialista o frente a un Estado social y democrático de derecho. El Estado mexicano, de acuerdo con las características que hemos señalado para cada uno de ellos, se adecua al diseño de Estado social y democrático de derecho, dado que, *grosso modo*, su actuación se ajusta a los límites fijados por normas preestablecidas; es respetuoso —al menos así lo es en el papel— de los derechos y libertades reconocidos y establecidos por sus normas jurídicas en favor de todo ser humano, dándole cabida, entre sus disposiciones constitucionales o legales, a grupos considerados minoritarios o susceptibles al abuso o a la explotación (derechos sociales); ha dispuesto una serie de procedimientos a fin de garantir el respeto y la observancia de los mismos frente a los órganos públicos y frente a la colectividad, y ha configurado las modalidades de acuerdo con las cuales los ciudadanos pueden participar en la conformación y el ejercicio del poder. De aquí se desprende que el Estado deberá fungir como garante de todos aquellos derechos que se ajusten a estos principios, y por ende, sancionar aquellas conductas que atenten contra los mismos. Luego entonces, la función del sistema penal en México será la de prevenir la comisión de hechos delictivos, violatorios de los derechos a los que se les ha otorgado rango de supremos o fundamentales, o cuando el daño se ha ocasionado, el de resocializar al delincuente para reintegrarlo a la comunidad, reconociéndole a éste una gama de garantías tanto para la imposición de la sanción como para la aplicación de las medidas tendentes a su reintegración al núcleo social.

Sexta. La finalidad que se ha atribuido a la imposición penal ha oscilado entre la retribución, la prevención general y especial, y, a últimos tiempos, la readaptación, rehabilitación o resocialización del delincuente. Con independencia de la postura que se adopte al respecto, coincidimos en que la pena debe buscar, cuando menos, un fin "provechoso", esto es, que no sólo

retribuya con mal el mal causado, sino que como finalidad principal y última persiga la reconciliación entre la sociedad, el Estado y el derecho con el delincuente, evitando, en congruencia con ello, sancionar bajo una idea de falsa justicia basada en la satisfacción social, la mayoría de las veces desproporcionada por ser también, no pocas veces, desproporcionados los sentimientos humanos.

Séptima. México forma parte de los Estados que implementaron el sistema de la doble vía en sus legislaciones punitivas, es decir, en uno que descansa en una dualidad de supuestos de hecho: delitos e infracciones, y una dualidad de consecuencias jurídico-penales: penas y medidas de seguridad. Las primeras aplicables a sujetos imputables a los que puede reprochárseles la conducta cometida y que tienen como presupuesto la culpabilidad del agente, y las segundas encaminadas a la prevención de futuros delitos mediante la readaptación —a través de la aplicación de una pena disminuida complementada con una medida de seguridad— o el tratamiento del sujeto, trátese de un imputable disminuido o de un inimputable, respectivamente. No obstante, el papel que han sido llamadas a desempeñar las medidas de seguridad se ha ceñido al agravamiento punitivo, o bien, se han dejado sólo para los casos de inimputabilidad manifiesta. Olvidando con ello que las medidas de seguridad pueden llegar a ser medios diminutivos de la prisión siempre y cuando se les regule adecuadamente.

Octava. Como se observa en nuestros códigos penales, se le ha otorgado una preeminencia irracional y a todas luces injustificada a la pena privativa de la libertad, que se ha configurado como el cimiento sobre el que reposa nuestro sistema punitivo, no obstante los no pocos fracasos que aceptamos con un atisbo de resignación. Se ha olvidado casi por completo la existencia de las penas no privativas de la libertad, que no por ello son menos efectivas para los fines de justicia y control social.

Novena. Algunos de los supuestos de hecho tipificados como delitos en nuestros ordenamientos penales parecen otorgar mayor importancia al valor económico del bien que con ellos se lesiona que a la conducta en sí misma. Se observa, por ejemplo, que en el caso de los delitos contra la propiedad, la

punibilidad depende del valor del bien en cuestión y no del efectivo daño que esa conducta ocasiona en el bien jurídico, la víctima, la sociedad y la huella que imprime en su forma de vida. Pues si bien se reconoce que por regla general todo delito trastorna y trastoca las fibras sociales más sensibles (solidaridad, seguridad, libertad…), que ya de sí penden de un hilo, debe subrayarse que el precio en dinero que los mismos posean no es inversamente proporcional a la gravedad del impacto que su lesión provoca en el núcleo social. Consideramos que la punibilidad respecto los delitos contra la propiedad debe atender a la conducta, a sus circunstancias de hecho y al efectivo daño o desmedro que ha sufrido el bien jurídico, y no a su valor económico, pues no compartimos la idea de que es más malo el que roba algo más valioso que el que roba algo de menor precio.

Décima. La permanencia en el Código Penal Federal de la reincidencia y la habitualidad como agravantes de la responsabilidad penal es un ejemplo más de la tendencia hacia un derecho penal máximo en el que no nos conformamos con sancionar ya de por sí con bastante dureza, sino que alimenta la estigmatización y el prejuicio hacia quienes por una u otra circunstancia reingresan a la vida criminal. De esta forma, a los delincuentes habituales o reincidentes no sólo les aplicamos la pena que les corresponde por el delito recién cometido, sino que la incrementamos por ajustarse al presupuesto de reincidencia o habitualidad, les negamos el derecho de acceder a los sustitutivos o correctivos de prisión y además, por su “actitud viciosa” —se dice— les expropiamos su derecho a ser considerados inocentes en tanto no se demuestre su culpabilidad, y ello porque el calificativo de habitual o reincidente parece asemejarse más al de incorregible o peligroso, por lo que invariablemente están destinados a sufrir el mayor rigor penal. No obstante, no nos hemos detenido a analizar y a tratar de comprender y eliminar los factores que en algunos casos predisponen u orillan a la criminalidad, como la falta de educación, la falta de salarios remuneradores o la inequitativa distribución de la riqueza. Al respecto, resulta paradójico que un país donde aproximadamente el 49% de la población total (103,263,388 personas), de acuerdo con cifras del INEGI y del Consejo Nacional de Población, es de escasos recursos y el 19% de dicho porcentaje se encuentra en situación de pobreza extrema, cuente

también con el tercer hombre más rico del mundo de acuerdo con la revista *Forbes*.[534] He aquí una de las posibles respuestas de por qué la criminalidad no disminuye a pesar de todos nuestros intentos y de la dureza de nuestras penas, en teoría, por ese hecho, mayormente preventivas.

Decimoprimera. La incansable lluvia de reformas que han sufrido nuestros códigos penales ha provocado que pierdan su unidad y congruencia en sacrificio de la proporcionalidad y de la racionalidad en la asignación de consecuencias penales. Así, delitos que protegen, por ejemplo, a la propiedad o al medio ambiente tienen sanciones más enérgicas que aquellos que tutelan bienes humanos más importantes como la vida, la libertad y el normal desarrollo psicosexual.

Decimosegunda. Los márgenes entre mínimos y máximos en los que navega un juez penal para la individualización de una pena específica a un sujeto determinado son demasiado amplios además de desproporcionados, lo que origina que a dos conductas similares se les puedan asignar sanciones evidentemente dispares. De esta forma, la pena estándar para algunos delitos, esto es, sin considerar atenuantes o agravantes, puede oscilar entre tres meses y 10 años de prisión. Y si bien para la imposición de la pena es necesario considerar también la forma de comisión del mismo, perdemos de perspectiva el valor del bien jurídico, la necesidad de la sanción, la opción por otras penas o su complementación con medidas de seguridad. Ello deja abierta la posibilidad de que la determinación del *quantum* de las penas privativas de la libertad sea más por causas de ejemplaridad que por las necesarias de merecimiento atendiendo a la culpabilidad.

Decimotercera. La duración máxima de la pena de prisión que contemplan nuestros códigos penales Federal y del Distrito Federal es sumamente elevada, desdiciéndose con ello de la finalidad que nuestra propia Constitución le otorga al sistema penal, cual es la de readaptar mediante la educación, el trabajo y la capacitación para el mismo, sin dejar de lado la

[534] Se calcula que fortuna de Carlos Slim Helu asciende a 49 billones de dólares. Véase "The World's Billionaires", editado por Luisa Kroll and Allison Fass, disponible en *http://www.forbes.com/lists/2007/10/07billionaires_all_slide.html*, y *http://www.for bes.com/lists/2007/10/07billionaires_Carlos-Slim-Helu_WYDJ.html*.

prevención. Es incongruente tratar de readaptar durante sesenta o setenta años a un sujeto que difícilmente abandonará la prisión. El problema no es el ánimo readaptador sino la duración de la pena de prisión que lo deja sin efecto.

Decimocuarta. Se reconoce hoy que, como se la concibe y ejecuta, la pena de prisión no ha sido factor determinante para la disminución de la criminalidad mediante sus pretendidos efectos preventivos, resocializadores o readaptadores. Mediante su aplicación se victimiza al otrora agresor, trascendiendo a toda la familia y afectando más que beneficiando al núcleo social. La prisión se ha convertido en un centro de contagio tanto de enfermedades como de habilidades criminales; la forma de vida y de convivencia dentro de ella dependen de la sobrepoblación y el hacinamiento carcelarios, y se ha edificado en un lugar apto para la barbarie y el abuso inter presos (en ocasiones, considerándose ellos mismos como ajustadores de cuentas sociales) o de carceleros hacia los presos, entre otros vicios que podemos reprocharle. Además, la estructura prisión victimiza a quienes al menos en teoría son presumiblemente inocentes.

Decimoquinta. La poca credibilidad y confianza con que la sociedad mira al sistema de justicia en general y a la pena de prisión en particular se podría explicar por las razones siguientes, todas ellas fundadas en mitos o quizá realidades: la posibilidad de que quien cometió un delito llegue a un “arreglo” extra legal con los cuerpos policiales, con el Ministerio Público o, en fin, con el juez de la causa si ninguna de las anteriores rindió sus frutos; la creencia de que sólo la gente sin suficientes recursos económicos llega a prisión; por la posibilidad de salir impune si se tienen las influencias suficientes o se es amigo de alguien poderoso; el miedo que provocan los propios “oficiales de la ley”, y ello porque no es poco común que sean miembros de la delincuencia organizada, que amenacen con plantar pruebas si no se les paga “su semana”, o bien, porque se cree que sólo están para proteger a los grandes negocios mediante la respectiva remuneración, entre otros motivos.

Decimosexta. La sobrepoblación y el hacinamiento en las prisiones mexicanas se deben a que casi todos los delitos que conforman la parte especial de nuestros códigos punitivos contemplan a la pena de prisión como

sanción principal, a que las condenas a prisión son cada vez más largas, a que un número cada día más creciente de delitos son considerados como graves, y por ende sus actores predestinados a padecer la detención preventiva además de no ser aptos para beneficiarse con la sustitución de sanciones o con alguno de los correctivos de prisión.

Si continuamos por este camino no sólo México no será mejor que ayer, sino que necesitaremos construir megacárceles o segundos pisos en nuestros edificios penitenciarios para albergar al cada día mayor número de huéspedes presentes y futuros.

Decimoséptima. Consideramos que la pena de prisión, al menos por ahora, no es susceptible de ser abolida, pues no contamos con una pena que la sustituya o se subrogue a ella y que a la vez posea dos de las pocas ventajas que se le reconocen, no sin cierta controversia, en algunos casos —creemos que los menos— a la prisión: la segregación de sujetos que podrían considerarse inadaptables, y la satisfacción social que provoca el saber que "el malo" está preso, y todo ello a falta de una mejor opción.

La postura por la que nos inclinemos, sea ésta de aprobación o de desaprobación, dependerá en gran medida del papel que adoptemos al momento de analizar el tema. Si lo estudiamos desde un punto de vista doctrinario y humanista, estaremos ciertos de que la prisión no es, ni con mucho, la mejor opción; más si, por el contrario, lo visualizamos como ciudadanos alejados de las doctrinas, abandonados a los sentimientos de "taliónica" justicia, la percibiremos como el único medio para proteger a nuestras familias, a nuestros bienes o posesiones frente a los indeseables. No obstante, a pesar de que decidimos adherirnos a la primera opción, y percibimos la aparente incompatibilidad entre ambas, no podemos dejar de reconocer que la conservación de la pena de prisión es necesaria. Que debemos mejorar su ejecución, no hay duda; que nos sentiremos tranquilos sin ella, no lo creemos posible, al menos no por el momento.

Decimoctava. Como consecuencia de las razones que nos motivan a afirmar la decadencia de la prisión, creemos que ha llegado el momento de

evolucionar a un estadio superior que se rija por el pleno respeto a los derechos humanos y en que la sociedad y el Estado enfrenten conjuntamente y de la mano, no uno confrontado con el otro, el cada día más creciente y lucrativo fenómeno de la criminalidad. Por ello, optamos por sugerir que la política criminal que busque implementarse y seguirse en nuestro país para revertir sus ignominiosos efectos se ajuste a los siguientes presupuestos, mas no los únicos:

a) Limitar el poder estatal respecto a las medidas empleadas en la lucha contra la delincuencia a fin de evitar el “terror de Estado” y la probable violación de los derechos humanos a través de medidas en extremo intrusivas.

b) Que la intervención del derecho penal se presente como *ultima ratio*.

c) No restringir las libertades individuales más allá de lo estrictamente necesario, lo que implica, naturalmente, la desvalorización de la prisión preventiva.

d) Disminuir la privación de la libertad como respuesta punitiva principal.

e) Mejorar el sistema carcelario y de ejecución de penas.

f) En la medida de lo posible, que las penas presentes en nuestros códigos y de aquellas que decidiesen implementarse o agregarse a los mismos tiendan en efecto a un fin social “provechoso”, cual es la resocialización o al menos contar con los elementos materiales y humanos necesarios para brindar educación y el aprendizaje de un arte u oficio.

Decimonovena. La delincuencia y la inseguridad pública no son pretextos o argumentos suficientes para sacrificar o dar el tiro de gracia a los derechos humanos y dentro de ellos a las libertades fundamentales, presupuestos sin los cuales no se concibe un auténtico Estado democrático y social de derecho. En su virtud, el excesivo uso de la prisión y las infrahumanas condiciones que deben soportar los reclusos chocan con este principio reconocido como fundamental tanto por nuestro derecho interno como por el derecho internacional.

Vigésima. El fracaso tanto teórico como práctico de la pena de prisión dio la pauta para que los pensadores humanistas se dieran a la tarea de proponer alguna pena que sustituyese a la prisión sin excluir de conminación penal a esas conductas, pero evitando que el reproche a las mismas se sobrevalorara respecto a las conductas que lo originaron. Surgen así los sustitutivos y correctivos de prisión como "instituciones modificativas de la prisión".

Vigesimoprimera. Los sustitutivos de prisión son el parteaguas entre las tendencias hacia un derecho penal máximo y la limitación del *ius puniendi* del Estado para castigar conductas que atentan contra la pacífica convivencia social. Surgen como opciones más humanas para sancionar, en sustitución de la pena de prisión, aquellos delitos que se consideran socialmente "intrascendentes" o de baja gravedad por el poco daño que produce al bien jurídico protegido la conducta que los origina. No obstante jugar cada día un papel más importante para evitar la aplicación de la pena de prisión, los cuantiosos requisitos para acogerse a los mismos y las condiciones que se señalan para su no-revocación, así como que el cumplimiento de las mismas se garantiza con la amenaza del ingreso a prisión, restan su eficacia y limitan en demasía su posible desarrollo y expansión a otra clase de delitos, como podría ser para aquellos de gravedad intermedia.

Vigesimosegunda. Adicionalmente a lo señalado en la conclusión anterior, parece incongruente y excesivo que el Código Penal para el Distrito Federal señale que cualquiera que sea el sustitutivo de prisión otorgado, éste podrá revocarse cuando el sujeto beneficiado con él incumpla con las condiciones impuestas para su otorgamiento. Y esto porque, como ha quedado dicho, en el caso de la pena de multa-sustitutiva entendemos que ella se tendrá por cumplida, y por ende extinta la potestad para ejecutarla, cuando el beneficiado ha efectivamente realizado el pago de la misma en una sola exhibición, y ese solo hecho, cumplir con el sustitutivo, de acuerdo con el artículo 97, extingue la responsabilidad penal y por ende la posibilidad del juez para revocarlo, y ello por —valga la repetición— haber sido ya satisfecho. Supuesto que podemos hacer extensivo al resto de los sustitutivos.

En fin, es éste un ejemplo de los lastres que dificultan el avance y la evolución de los sustitutivos de prisión.

Vigesimotercera. Para brindarle un mayor impulso al trabajo en favor de la comunidad, como sustitutivo o como pena principal, creemos necesaria la creación de instituciones públicas o privadas que señalen y den seguimiento a las necesidades de la comunidad a las que podrá aplicarse el trabajo de los beneficiados con el sustitutivo. Adicionalmente, dichas instituciones podrán canalizar a los sujetos en cuestión a un trabajo determinado y supervisar y vigilar su ejecución, sin con ello privatizar la ejecución de las penas.

Vigesimocuarta. Consideramos que existe una laguna en nuestra legislación local sustantiva respecto al destino que se le dará a los recursos obtenidos por el penado en virtud del trabajo que realice en favor de la víctima, cuando con ellos se ha ya cubierto a cabalidad la reparación del daño sufrido por ésta, pero la pena sustitutiva y por ende la sustituida aún no se extinguen. Además de que tautológicamente, en la mayoría de los casos es requisito para la sustitución penal la previa reparación que se pretende conseguir con la ejecución.

Vigesimoquinta. La semilibertad, sea pena sustitutiva o principal, puede rendir buenos frutos y será siempre una mejor opción frente a la reclusión total; sin embargo, la duración tan prolongada a que puede sujetarse la transforma en un suplicio para el que la “sufra”, pues pasar 5 años entrando y saliendo de prisión todos los días o todas las semanas, por la mañana o por la noche, será tan poco práctico cuanto agotador, por muy buena voluntad que se tenga al respecto, y ello tanto para el semi-reo como para el personal penitenciario. Además de que, si se ejecuta en las prisiones cerradas de mínima o máxima seguridad, no previene los peligros de contagio de que habláramos antes ni alivia la sobrepoblación y el hacinamiento. No cabe duda de que es una pena “de resistencia”.

Vigesimosexta. Los correctivos de prisión, no muy bien vistos, en general, por la sociedad, tampoco han sido tan eficaces como se esperaba para reducir los tan mencionados sobrepoblación y hacinamiento carcelarios ni

para, a través del tratamiento técnico penitenciario o preliberacional, readaptar a procesados y sentenciados (que contradiciendo la Constitución tienen que compartir sus aposentos). No obstante la incapacidad de nuestras prisiones para readaptar a sus habitantes, se ha establecido a la readaptación como requisito para acceder a los correctivos de prisión regulados tanto por la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal como por la Ley de Normas Mínimas sobre la Readaptación Social de Sentenciados, de ámbito federal. De ahí que si no somos capaces de readaptar no deberíamos apresurarnos en exigirlo, pues lo que estamos consiguiendo es simplemente hacer que los sentenciados aparenten estar arrepentidos o resocializados.

Vigesimoctava. En los centros penitenciarios federales como locales es una cruenta realidad que no contamos con la infraestructura material y humana para las labores educativas, curativas o de recreación; no obstante, la participación en actividades de este tipo durante el tiempo de internamiento es un requisito indispensable en algunos casos o sumamente importante en otros para el otorgamiento de los correctivos de prisión. No todos los internos desean hacer de la suya una vida provechosa, pero no por ello debemos dejar de brindar esa posibilidad para quienes están convencidos de hacerlo.

Vigesimonovena. Consideramos, al igual que lo ha hecho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, que la disposición contenida en el artículo 50 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales referente a que la efectiva readaptación social debe revelarse “por otros datos” es además de inconstitucional, contraria al principio de legalidad penal contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (que podría dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado mexicano), y violatoria de las garantías individuales contempladas en nuestra Constitución, particularmente respecto al derecho de seguridad jurídica de las personas, pues el que un elemento fundamental para la obtención de algún beneficio o, aún más, para la determinación de la pena dependa de consideraciones de carácter subjetivo, atenta contra los principios de certeza, objetividad e individualización penal, además de tratarse de criterios imprecisos y atentatorios de la intimidad.

Trigésima. Creemos oportuno que por lo que hace a la reclusión domiciliaria mediante el Programa de Monitoreo Electrónico a Distancia, el gobierno del Distrito Federal considerara el otorgamiento de créditos a aquellos candidatos a incorporarse a dicho programa, así como incrementar el número de plazas destinados al mismo; de lo contrario, como sucede con muchos de los sustitutivos y en este caso de los correctivos, la libertad dependerá del poder adquisitivo del reo y no del merecimiento a obtenerlo, además de que habiendo tan poca oferta ante una inacabable demanda, puede prestarse a que el correctivo se "licite" al mejor postor.

Trigésimo primera. Si bien tanto los códigos penales Federal y para el Distrito Federal contemplan como penas la suspensión o privación de derechos además de la destitución e inhabilitación de empleos, cargos o comisiones, consideramos que dicha distinción es sólo formal, ya que todas ellas podemos englobarlas bajo el concepto unitario de penas privativas de derechos, y ello porque la suspensión, la destitución o la inhabilitación limitan, suspenden o impiden (privan, entendido esto como restringir) el derecho a la libertad de elección y ejercicio del trabajo que se desee, siendo lícito, consagrado en el artículo 5o. constitucional.

Trigésimo segunda. De acuerdo con su regulación legal, las penas privativas de derechos se han incorporado a nuestros códigos punitivos teniendo más un efecto agravante, por estar consideradas como punibilidad adicional a la prisión y a la multa, que una naturaleza verdaderamente autónoma o diminutiva de la prisión. Aún es tiempo de desandar lo andado y retomar el camino de la prudencia y la razón. Y ello mediante la incorporación de nuevas o la reconfiguración de las ya existentes penas privativas de derechos, a fin de que se establezcan como penas principales y únicas para aquellos tipos penales de baja gravedad o de escasa trascendencia social, siempre y cuando las penas privativas de otros derechos que deseen incorporarse respeten los límites internos y externos que hemos señalado. Un ejemplo de lo que *no* se debe hacer con este tipo de penas nos lo proporciona el artículo 390 del Código Penal Federal, pues señala la inhabilitación para desempeñar cargo o comisión públicos al ex servidor público que extorsione a

cualquier persona para obtener un lucro para sí o para otro, y ello porque la cualidad de ex servidor público, tal y como está configurado el tipo penal, no es un presupuesto subjetivo necesario para la comisión del delito. Dicha pena estaría justificada y sería legítima si en el tipo penal se señalase que el ex servidor público que [extorsione] a otro respecto a información *que hubiese obtenido en el desempeño de sus funciones*… se le sancionará con inhabilitación para ejercer cargo o comisión públicos. En este tipo de pequeños grandes detalles debe tenerse especial cuidado.

Trigésimo tercera. No obstante lo espinoso y controversial que resulte, las medidas de seguridad podrían considerarse inconstitucionales por no estar expresamente reguladas en la Constitución mexicana, por no estar taxativamente determinadas ni relacionadas directamente con el tipo penal respecto al cual son aplicables, así como por su aparentemente natural indeterminación en cuanto a su duración. A pesar de todo, dada su naturaleza material —y si y sólo si se subsana su problema constitucional—, consideramos que nada impide que las medidas de seguridad pudieran también extenderse a sujetos imputables como medio para disminuir el uso de la pena de prisión, eliminando de su presupuesto de imposición, como hemos dicho, el concepto de peligrosidad, y reteniendo que una medida de seguridad no debe ser superior en cuanto a aflicción o duración que la de las penas, y que a los individuos sujetos a medidas de seguridad se les concedan las mismas garantías tanto al momento de su imposición como de su ejecución.

Trigésimo cuarta. Relacionado con lo anterior, no nos es ajena la idea de que la peligrosidad es hoy día un tópico de gran polémica. Se ha utilizado, como hemos referido, para agravar la responsabilidad penal (punibilidad), para justificar y legitimar la imposición de medidas de seguridad, negar un sustitutivo o correctivo de prisión, excluir *a priori* la posibilidad de acceder a alguno de ellos y, en fin, “individualizar” el tratamiento técnico penitenciario. En otras latitudes, cumple el importantísimo, además de criticable, papel de servir de criterio de valoración para decidir entre la imposición de una pena de prisión perpetua o la de muerte. Dada la discusión que existe respecto a este concepto, considerado violatorio del principio de legalidad por doctrinarios, por

las comisiones de derechos humanos y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es necesario extirparla de nuestro sistema jurídico, por ser una “figura” que facilita la arbitrariedad y una amplia discrecionalidad no ya del juzgador, sino de personal técnico no muchas veces preparado para llevar su nave a buen puerto.

Trigésimo quinta. Las penas cortas de prisión, considerando como tales aquellas cuya duración sea menor de 5 años un día, son demasiado cortas para lograr la resocialización y demasiado largas como para evitar que el sujeto se “contamine” por la convivencia que forzosamente deberá tener con criminales en muchos casos comprometidos con la causa. Por ello, convendría la aplicación de las penas sustitutivas (convertidas en alternativas) de prisión como principales, acompañadas de multa, o bien, como principales y únicas.

Trigésimo sexta. Los procedimientos de justicia restaurativa, y la mediación, la conciliación y la negociación como algunos de ellos, tienden a un fin común: restaurar el vínculo social roto entre delincuente, víctima y sociedad como consecuencia de la comisión de un delito, y ello a través del otorgamiento tanto a la víctima como a la sociedad de un papel activo y protagónico en la solución del conflicto. Con ellos se pretende, más que la sola impartición de justicia o el satisfacer el ánimo justiciero de la sociedad, una verdadera reconciliación entre autor y víctima y la reparación de esta última, entendiendo a la [re]conciliación no como un procedimiento tendente a ese fin reconstructivo sino como el fin en sí mismo, esto es, el lograr un diálogo entre autor y víctima en el que ésta exprese sus miedos y reproches, que el delincuente se concientice de y se responsabilice por su conducta, y que busque, a final de cuentas, solucionar la controversia de manera más amigable, sin el antagonismo propio del derecho penal, y fuera de este ámbito.

Para que lo anterior sea viable, tanto en nuestro país como en el mundo, se necesita un cambio de mentalidad. Dejar de lado el sentimiento de venganza para darle cabida a una política penal racional basada en el diálogo y la composición. Un sistema que tenga como presupuesto inalterable la proporcionalidad entre hecho ilícito y sanción jurídica y que además no base su

política en el terror y la ejemplaridad, sino en la reconstrucción, la recomposición y la reconciliación.

Trigésimo séptima. Para lograr al fin la disminución del uso de la pena de prisión no se trata solamente de establecer e incorporar en nuestros códigos punitivos o ejecutivos los sustitutivos o correctivos de prisión, sino que se debe conjugar esta minipolítica criminal con una más amplia que considere la disminución de la punibilidad para algunos delitos, que proporcione mecanismos eficaces que faciliten la correcta aplicación de los correctivos de prisión, bases sólidas para la efectivización de los sustitutivos, que establezca la destipificación, la despenalización o la desincriminación de conductas que pueden sancionarse a través de medidas menos enérgicas, disminuir la aplicación de la prisión preventiva e impulsar con ánimo incansable aquellos procedimientos novedosos que tienden más a la reconciliación y al diálogo que al castigo. Sólo así podremos alejarnos de aquellas ignominiosas tendencias a castigar toda conducta con prisión, cada día de mayor duración y no por ello de mejor “calidad”.

Trigésimo octava. No sólo es positivo disminuir el uso de la pena de prisión por las desventajas y vicios presentes en la misma, sino porque no todos los delitos y sus supuestas proporcionales penas son capaces de ayudar al Estado en su lucha contra la delincuencia ni son capaces de mantener a todos los miembros de la sociedad en cordial vecindad. Su disminución es positiva porque colabora al cambio de mentalidad de la sociedad basada en la venganza a la sociedad basada en la razón y en la humanidad. Ese debe ser el ánimo que motive todos nuestros pasos y que justifique todas nuestras acciones.

PROPUESTA

1) Subsanar las lagunas y contradicciones presentes en el Código Penal para el Distrito Federal, a fin de hacer coherente la revocación de los sustitutivos, y la determinación expresa del destino que tendrán los recursos de los penados con trabajo en favor de la víctima cuando la reparación ha sido cubierta.

2) Que el cumplimiento de las condiciones para el otorgamiento de los sustitutivos y correctivos de prisión se garantice con medidas de naturaleza económica y no a través de una “garantía de prisión”. La multa, y la posibilidad de su sustitución por trabajo en favor de la comunidad, puede ser una buena opción.

3) Reformar nuestros códigos penales para incorporar adicionales penas privativas de *otros* derechos, o bien, si se considera que ello no es adecuado por los tiempos políticos, darles mayor operatividad y aplicación a las ya existentes, aumentando su campo de acción mediante su extensión como punibilidad a delitos que poseen escaso poder ofensivo.

4) Que las penas privativas de derechos establecidas o que se establezcan, si esto se considera prudente y adecuado, se configuren como penas únicas y principales en tratándose de delitos de peligro o mero riesgo, en aquellos en que esa puesta en peligro ocasione un daño de baja o menor gravedad y que tenga la característica de ser imprudencial, o bien en los que el ejercicio de la profesión, oficio, trabajo e incluso comercio sea jurídicamente relevante para la comisión del delito que se sanciona, también en el supuesto de que el daño ocasionado sea de poca o mediana gravedad.

5) Respecto a las medidas de seguridad, incorporarlas a nuestro texto constitucional otorgándoles un tratamiento idéntico, en cuestión de garantías, al de las penas; considerarlas expresamente como sanciones en los tipos penales a los que se pretendan aplicar, así como señalarlas como punición, por ejemplo, para los delitos imprudenciales, en aquellos que contemplen penas cortas de prisión o cuando la pena no sea necesaria; en este último caso, sustituyendo la pena por una medida de seguridad.

6) Relacionado con el anterior, contemplar la posibilidad de sustituir una medida de seguridad por otra menos drástica (por ejemplo el tratamiento en internamiento por tratamiento en libertad) cuando se haya conseguido un avance notable en la ejecución de aquélla.

7) Eliminar las penas cortas de prisión mediante la aplicación de penas privativas de otros derechos, de los sustitutivos de prisión como penas principales, y/o mediante la imposición de medidas de seguridad, las cuales deberán determinarse atendiendo a su necesidad y no a la siempre polémica noción de peligrosidad.

8) Relacionado con el punto anterior, eliminar de nuestro sistema punitivo la consideración de la peligrosidad como criterio de valoración para excluir *a priori* la concesión de algún sustitutivo o correctivo de prisión, la de negar su otorgamiento, incrementar la punibilidad e incluso el imponer supuestas medidas de seguridad sólo porque se considera que el sujeto es peligroso, o extender su duración indefinidamente bajo el argumento de que estamos frente a un individuo “doblemente” peligroso.

9) La desaparición de nuestros códigos sustantivos y ejecutivos de las disposiciones que califican a determinados delitos como graves, ya que ellas redundan en la mayor aplicación de la prisión preventiva, limitan *a priori* la posibilidad de acceder a correctivos de prisión y coadyuvan a la sobrepoblación y hacinamiento en nuestras prisiones.

10) Incrementar el número de plazas del Programa de Monitoreo Electrónico a Distancia mediante una asignación presupuestaria mayor, o bien, cuando aquello no sea posible, a través de la extensión de la nómina de los centros de reclusión a fin de que con el producto de su trabajo efectuado en prisión, los reos puedan solventar el costo del dispositivo electrónico, y ello para evitar que se convierta en un correctivo para los económicamente solventes o poderosos o en un correctivo *de elite*.

11) Crear una ley de mediación tanto en el ámbito del Distrito Federal como Federal, lo que tendrá el propósito doble de que el resto de las entidades federativas sigan el ejemplo y creen las respectivas para su territorio, además

de servir como medio para la disminución tanto de la carga de trabajo de nuestros órganos jurisdiccionales como del uso de la pena de prisión, al extraer buena parte de los conflictos del ámbito penal tradicional. Para ello podrían sernos útiles las ya existentes leyes de mediación de Chihuahua, Aguascalientes y Oaxaca, evitando caer en los mismos errores o confusiones presentes en las mismas.

12) Dirigir nuestra mirada al ámbito internacional con la intención de implementar otros procedimientos de justicia restaurativa que al final redunden en la reestructuración de los vínculos sociales rotos ocasionados por el delito e impacten en la menor aplicación de la sanción penal por antonomasia: la prisión.

13) La despenalización, desincriminación o destipificación de algunos delitos cuyos bienes jurídicos podrían protegerse a través de otras ramas del derecho, tal y como aconteció con la reciente reforma al Código Penal Federal respecto a la despenalización de la calumnia y la difamación para pasar a ser objeto de tutela civil. Referente a ello, no es baladí que la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos haya señalado en 2000 que “las leyes de calumnias e injurias son, en muchas ocasiones, normas que en lugar de proteger el honor de las personas son utilizadas para atacar o silenciar el discurso que se considera crítico de la administración pública”. Lo mismo podría acontecer con aquellos delitos agrupados bajo el título de “gestión ambiental”, respecto a los cuales no se comprende en qué consiste el bien jurídico protegido denominado de esa forma, o las conductas no menos polémicas de ayuda al suicidio, compra y portación de drogas para consumo personal, el aborto y los relacionados con el genoma humano (como la manipulación genética y la clonación).

14) Es necesaria una revisión integral, coordinada y continua de nuestros códigos penales, lo que nos permitirá retomar el camino de la proporcionalidad entre delito y pena. Un nuevo código penal podría ser un lujo y un ejercicio un tanto contraproducente, y no porque el debate sea perjudicial para los tópicos a los que nos hemos referido, sino porque las reglas a las que se encuentra sometido el juego político no son siempre en beneficio de la sociedad, del

derecho y de la democracia, además de que generalmente, para lograr la aprobación de normas importantes o de gran trascendencia política y social o en las que se insertan aspectos éticos y religiosos, es necesaria una "transacción" entre los diferentes grupos parlamentarios sitos en el Congreso de la Unión o en la Asamblea Legislativa local, y en cuyas negociaciones necesariamente se recurre al sacrificio de unas cosas por otras. Se pelean por las "más importantes" en desmedro de las "menos trascendentes", no obstante que en todos los casos, al menos así lo es en materia penal, está en juego no sólo el patrimonio y la libertad, sino la vida misma tal y como la conocemos quienes estamos en libertad.

15) Para disminuir la carga de trabajo de nuestros jueces penales, a fin de que puedan dedicar más tiempo a su verdadera labor, cual es la impartición de justicia, proponemos el análisis y estudio, que no hicimos aquí por rebasar nuestro objeto de investigación, de la oportunidad o conveniencia de crear jueces de ejecución de sanciones penales siguiendo el modelo, aún perfectible, implementado en el Estado de México y en otras latitudes. Lo que ayudará a subsanar muchas de las fallas que nuestro sistema ejecutivo penal padece hoy día.

16) En fin, proponemos una mayor efectivización tanto sustantiva como ejecutiva de todas aquellas penas, medidas y procedimientos que tiendan a la disminución del uso de la pena de prisión, agrupadas todas bajo el manto de una política penal racional basada en un sistema punitivo proporcionalista y, sobre todo, humanista. Para ello, como dice Susan Sontag, se precisa de dos cosas: mantener la capacidad de horrorizarse ante el dolor humano, y sostener siempre su cualidad para conmoverse ante ese dolor y hacer algo al respecto.[535] Y no cabe duda de que la prisión es y será una pena provocadora de dolor y sufrimiento para quien la padece y para quienes lo rodean, incluyendo a la misma sociedad. En nuestras manos está el conmovernos ante dicho dolor y reducir su intensidad en beneficio no sólo de quienes ingresan al círculo penal, sino de toda la sociedad en su conjunto.

[535] Cacho, Lydia, "Un periodismo entre la libertad condicional y la muerte", *Despenalización de los delitos de prensa. Elementos para una reforma legislativa*, México, Cámara de Diputados, LIX Legislatura, 2006, p. 22.

BIBLIOGRAFÍA

1. *Bibliohemerografía*

ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, 14a. ed., México, Porrúa, 1999.

ALARCÓN, Renato D. y TRUJILLO, Jaime, "La contemporaneidad de la violencia y su afronte multidimensional", *ALCMEON. Revista Argentina de Clínica Neuropsiquiátrica*, año VIII, vol. 6, núm. 3, noviembre de 1997.

ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María (coord.), *La memoria de las olvidadas: las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

ÁLVAREZ LICONA, Nelson E., "Las Islas Marías y la subcultura carcelaria", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXI, núm. 91, enero-abril de 1998.

AMBRIZ, Agustín, "Caso Chucky: según Samuel del Villar, la juez debe ser sancionada; Ella contraataca: Los errores los cometió el Ministerio Público", Revista *Proceso*, México, núm. 1106, 10 de enero de 1998.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, "Condenas a muerte y ejecuciones en el año 2006", en *http://www.amnistiainternacional.org/*.

———, "Datos y cifras sobre la pena de muerte (1 de enero de 2007)", en *http://www.amnistiainternacional.org/*.

———, "Lista de países abolicionistas y retencionistas (1 de enero de 2007)", en *http://www.amnistiainternacional.org/*.

ANDRADE, Eduardo, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

ANSOLABEHERE, Karina, “Lo «secreto» de la democracia: venta de armas argentinas a Ecuador y Croacia”, *El poder de la transparencia: seis derrotas a la opacidad*, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, 2001.

AZAOLA, Elena, “Desde Tláhuac hacia la sociedad que queremos: notas para una agenda”, *Iter Criminis*, México, segunda época, núm. 12, octubre de 2004-marzo de 2005.

BARROS LEAL, César, “La ejecución penal en América Latina y el Caribe: realidad y desafíos”, *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. III. Ejecución de penas. IV. Menores infractores. V. Justicia penal internacional y sistemas nacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, 10a. reimpresión, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

BENAVIDES VARGAS, Rosa, *Problemática jurídica de la conciliación en el proceso penal peruano*, tesis de grado, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2002, disponible en *http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/Tesis/Human/Benavidez_V_R/Cap3.pdf*.

BERISTAIN, Antonio, “El derecho penal sustantivo se humaniza a través de las instituciones supranacionales (dignificación de las víctimas)”, *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. I. Derecho penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

BODERO, Edmundo René, “El sistema penal: valoración y crítica”, *Criminalia*, México, año LXV, núm. 1, enero-abril de 1999.

BUNSTER, Álvaro, “Comentario al artículo 22”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, México, Cámara de Diputados LVII Legislatura, Miguel Ángel Porrúa, 2000.

———, “La evolución legislativa penal mexicana”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXX, núm. 88, enero-abril de 1997.

———, “Multa”, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. VII.

———, “Pena”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, t. VII.

BURGOA, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1973.

CACHO, Lydia, “Un periodismo entre la libertad condicional y la muerte”, *Despenalización de los delitos de prensa. Elementos para una reforma legislativa*, México, Cámara de Diputados LIX Legislatura, 2006.

CARBONELL, Miguel, “Reflexiones sobre el monopolio de la acción penal y la autonomía del Ministerio Público”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

———, “¿Se pueden hacer valer los derechos fundamentales frente a particulares?”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González Mariscal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, t. I.

CARPIZO, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, 2a. ed., México, Porrúa, 1998.

———, “El Ministerio Público chiapaneco como órgano constitucional autónomo”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 14, enero-junio de 2006.

———, *Nuevos estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

——— y CARBONELL, Miguel, "Derecho constitucional", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. II.

——— y CARBONELL, Miguel, "Garantías individuales", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. V.

CARRANZA, Elías, "La política criminal en América Latina sólo produce más cárceles", *Iter Criminis*, México, segunda época, núm. 12, octubre de 2004-marzo de 2005.

CEREZO MIR, José, *Curso de derecho penal español*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1981.

CID MOLINÉ, José y LARRAURI PIJOAN, Elena (coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, Bosch, 1997.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL, *Diagnóstico interinstitucional del sistema penitenciario en el Distrito Federal*, disponible en: *http://www.cdhdf.org.mx/index.php?id=diag_indice*.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Informe núm. 9/03. Petición 12.116. Admisibilidad", en: *http://www.cidh.org/annualrep/2003sp/Mexico.12216.htm*.

CONCHA CANTÚ, Hugo A. *et al.*, *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-Comisión Federal de Mejora Regulatoria-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE NACIONES UNIDAS, *Informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa*, *Adición*, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, 7 de enero de 2002, disponible en *http://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/11comm/5add1s.pdf*.

———, *Justicia restaurativa. Informe del secretario general*, 7 de enero de 2002, en: *http://www.unodc.org/pdf/ crime/commissions/11comm/5s.pdf*.

CORREA GARCÍA, Sergio, "El rol de la víctima en el moderno sistema procesal penal acusatorio", *AdmónJus. Revista del Poder Judicial del Estado de Baja California*, México, núm. 27, disponible en *http://www.poder-judicial-bc.gob.mx/admonjus/n27/AJ27_ 002.htm*

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros *vs.* Perú)", sentencia de 14 de marzo de 2001, disponible en *http://www.corteidh.or.cr*.

———, "Caso Caesar *vs.* Trinidad y Tobago", sentencia del 11 de marzo de 2005, en: *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_123_esp.pdf*.

———, "Caso Tibi *vs.* Ecuador", sentencia del 7 de septiembre de 2004, disponible en *http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm*.

———, "Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en el *caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago* del 21 de junio de 2002", en *http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm*.

———, "Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia sobre el *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, del 18 de junio de 2005", en *http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm*.

CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, "La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2005, núm. 07-14, disponible en Internet: *http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-14.pdf*.

CRUZ OCHOA, Ramón de la, *Crimen organizado. Delitos más frecuentes. Aspectos criminológicos y penales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

CUELLO CALÓN, Eugenio, *La moderna penología*, Barcelona, Bosch, 1974.

DÍAZ-ARANDA, Enrique, "¿Debe ajustarse el derecho penal mexicano a los principios de un Estado social y democrático de derecho?", *Derecho penal. Memoria del Congreso de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. I. Derecho penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares, México, disponible en *http://www.inmujeres.gob.mx*.

FERNÁNDEZ MUÑOZ, Dolores, "Trabajo en favor de la comunidad", *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. X.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, "Derecho administrativo", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. VII.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Libertad bajo protesta", *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

———, "Libertad preparatoria", *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

———, "Presente y futuro del Ministerio Público en México", en CARBONELL, Miguel (coord.), *Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

——— y OVALLE FAVELA, José, “Libertad caucional”, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, 33a. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 2004.

FRIEDMAN, Lawrence M., *Breve historia del derecho estadounidense*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Consecuencias del delito: los sustitutivos de la prisión y la reparación del daño”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXVI, núm. 107, mayo-agosto de 2003.

———, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, 3a. ed., México, Porrúa, 2002.

———, “Desarrollo de los sustitutivos de la prisión”, *Las penas sustitutivas de prisión*, Cuadernos para la Reforma de la Justicia, México, núm. 2, 1995.

———, *Derecho penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990.

———, “Derecho penal”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, t. XI.

———, *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1967.

———, *El procedimiento penal en los estados de la república. Los casos de Guerrero, Morelos y Tabasco*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

———, *Estudios jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

——— (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM-Corte Interamericana de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

———, *La prisión*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975.

———, "Las colonias penales y la situación actual de las Islas Marías", *Criminalia*, México, año XXXVI, núm. 6, junio de 1970.

———, *Los personajes del cautiverio: prisiones, prisioneros y custodios*, México, Porrúa, 2002.

———, "Reforma penal y sustitutivos de la prisión", *Criminalia*, año LXV, núm. 3, septiembre-diciembre de 1999.

——— *et al.* (coords.), *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal comentado*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. I (artículos 1o. al 122).

GARÓFALO, R., *La criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, trad. de Pedro Dorado Montero, Madrid, La España Moderna, 1922.

GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, "Protección de la «privacía» frente al Estado", *Derechos Humanos. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México. Derecho a la intimidad*, México, núm. 57, septiembre-octubre de 2002.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, "Principio de jerarquía normativa y legislación penal: una correlación no resuelta en Hispanoamérica", *Derecho penal*. *Memoria del Congreso de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. I. Derecho penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano*, México, Porrúa, 1993.

HELM, Larry, "Florida's 1997 Chemical Castration Law: A Return to the Dark Ages", *Florida State University Law Review*, vol. 25, visible en: *www.law.fsu.edu/ journals/law review/downloads /252/spalding.pdf*.

HENRÍQUEZ S., Milton, "Propuesta de reformas al sistema judicial de Panamá", abril de 2005, disponible en *http://www.defensoriadelpueblo.gob.pa*.

HERNÁNDEZ, Antonio María *et al.*, *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica*, México, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Idea Internacional, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

HUERTA, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

HURTADO POZO, José, "Condena condicional", Revista *Derecho*, núm. 31, 1973, disponible en: *www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/hurtado0105_1.pdf*.

IBARRA PALAFOX, Francisco, "Enron o érase una vez en los Estados Unidos", *El poder de la transparencia: seis derrotas a la opacidad*, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2003, t. II, visible en *http://www.derechos.org/nizkor/peru/libros/cv/ii/ori.html*.

Informe especial sobre la situación de los centros de reclusión en el Distrito Federal 2005, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006.

Informe sexenal de actividades de la Secretaría de Seguridad Pública del Distrito Federal, 2000-2006, disponible en *http://portal.ssp.df.gob.mx/Portal/ComunicacionSocial/Informes/InformedeResultadosSexenaldelaSSP20002006.htm*.

"Iniciativa de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", enviada por Vicente Fox Quesada, México, 29 de marzo de 2004.

"Iniciativa enviada al H. Congreso del Estado de Coahuila de Zaragoza por el gobernador constitucional del estado, Humberto Moreira Valdés, y por el presidente del Pleno del Tribunal Superior de Justicia del estado, Gregorio A. Pérez Mata", s. f., disponible en *http://sgob.sfpcoahuila.gob.mx*.

INSTITUTO CIUDADANO DE ESTUDIOS SOBRE LA INSEGURIDAD, A. C., *Cuarta Encuesta sobre Inseguridad 2006* (ENSI-4), disponible en: *http://www.icesi.org.mx/documentos/encuestas/encuestasNacionales/ensi4_urbana.pdf*.

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, "El desarrollo del derecho penal mexicano durante el siglo XX", *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

———, "Valores éticos tutelados por el derecho penal mexicano", en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.), *Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación*, México, Fondo de Cultura Económica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

JÄGUER, Christian, "Problemas fundamentales del derecho penal", *Criminalia*, México, año LXVI, núm. 1, enero-abril de 2000.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, "La pena y las medidas de seguridad", *Criminalia*, México, año XXVI, núm. 12, diciembre de 1960.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El ALCA. ¿Integración o incorporación", *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 3, enero-junio de 2005.

———, “En búsqueda de la tercera vía. La llamada «justicia restaurativa», «reparativa», «reintegrativa» o «restitutiva»”, *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. I. Derecho penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

LIMA MALVIDO, María de la Luz, “Prisión abierta”, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. X.

———, “Remisión de la pena”, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. IX.

LIONS, Monique, “Democracia”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987.

LISZT, Franz, *Tratado de derecho penal*, 4a. ed., trad. de Luis Jiménez de Asúa, Madrid, Reus, 1999, tomo tercero.

MALO CAMACHO, Gustavo, *Historia de las cárceles en México (precolonial, colonial e independiente)*, México, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, núm. 5, 1997.

MANCERA ESPINOZA, Miguel Ángel, “La comisión por omisión en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, una nueva propuesta”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga (coords.), *Análisis del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Terceras Jornadas sobre Justicia Penal* “*Fernando Castellanos Tena*”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

MARCO DEL PONT, Luis *et al.*, “Aplicación de la pena”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. I.

———, “Colonia penal”, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. I.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *El tipo penal*. *Algunas consideraciones en torno al mismo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, "Kupers, Terry. Conversaciones: la orgía del encarcelamiento en Estados Unidos y la ideología que la sustenta", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-cl.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre, "Penas privativas de derechos", en CID, J. y LARRAURI, E. (coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, Bosch, 1997.

MEJÍA MADRID, Fabrizio, "México violento. El miedo considerado como una de las bellas artes", *Proceso*, México, núm.1469, 26 de diciembre de 2004.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 3a. ed., Barcelona, PPU, 1990.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, "Internacionalización del derecho penal y dogmática penal", *Derecho penal. Memoria del Congreso de Sistemas y Culturas Jurídicos Comparados. I. Derecho penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

———, "Principios rectores en el derecho penal mexicano", *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, t. II.

MORILLO, Gisela, "Multa" (Derecho Comparado, Argentina), *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco, "Dictamen sobre presuntos delitos cometidos por servidores públicos, omisión del deber de socorro, homicidio, lesiones, robos y daños", en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González Mariscal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, t. II.

———, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975.

NADER KURI, Jorge, “Ampliación de la garantía de presunción de inocencia”, *Derecho Penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. I. Derecho penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

NEUMAN, Elías, *La mediación penal y la justicia restaurativa*, México, Porrúa, 2005.

———, “La prisión como control social en el neoliberalismo”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.), *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. III. Ejecución de penas. IV. Menores infractores. V. Justicia penal internacional y sistemas nacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

———, “Una alternativa a la pena de prisión: la mediación penal”, en prensa.

Nueva edición del Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1916-1917, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, t. I.

OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, *Derecho punitivo. Teoría sobre las consecuencias jurídicas del delito*, México, Trillas, 1993.

OLESA MUÑIDO, Francisco, *Las medidas de seguridad*, Barcelona, Bosch, 1951.

PARISI, Maurizio, “Nullum crimen, nulla poena sine lege”, *Sintesi dialettica*, en *http://www.sintesidialettica.it/Articolo.php?titolo=t_bullumcrimen&autore=au_parisi&articolo=a_bullumcrimen*

PAVARINI, Massimo, “«Economía del exceso» y castigos excesivos”, *Bulletin de la Société internationale de défense sociale pour une politique criminelle humaniste. Cahiers de Defense Sociale 2003*, disponible en *www.defense sociale.org/revista2003/14.pdf*.

PELÁEZ FERRUSCA, Mercedes, “Pena”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

PIÑA Y PALACIOS, Javier, “La colonia penal de las Islas Marías”, *Criminalia*, México, año XXXVI, núm. 5, mayo de 1970.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *Teoría del delito*, 1a. reimpresión, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

RABASA, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, 7a. ed., México, Porrúa, 1990.

RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel, “La trascendentalidad y otros efectos de la pena de prisión”, *Criminalia*, México, año LI, núm. 1-12, enero-diciembre de 1985.

RAMOS ARTEAGA, Elena, “Las penas y medidas de seguridad. El sistema de la doble vía”, *Criminalia*, México, año LXII, núm. 3, septiembre-diciembre de 1997.

RICO, José M., *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, 5a. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 1998.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Fernando, “Aniversario Hábitat. Mensaje”, *Hábitat*. *Medio de expresión de las ideas y pensamientos*, México, año 2, número 1, segundo tomo, septiembre de 2006.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, “La crisis y los substitutivos de la prisión”, *Criminalia*, año XLVII, núm. 1-6, enero-junio de 1981.

———, *Penología*, 2a. ed., México, Porrúa, 2000.

———, “Readaptación social”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, t. P-Z.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús, “Derechos humanos”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. IV.

ROEMER, Andrés y BUSCAGLIA, Edgardo (comps.), *Terrorismo y delincuencia organizada. Un enfoque de derecho y economía*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

ROXIN, Claus, "El legislador no lo puede todo", *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, segunda época, núm. 12, octubre de 2004-marzo de 2005.

———, *Derecho penal. Parte general*, t. I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego-Manuel Luzón, Miguel Díaz y Javier de Vicente, Madrid, Civitas, 1997.

SALAZAR UGARTE, Pedro (coord.), *El poder de la transparencia: seis derrotas a la opacidad*, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

SALDUNA, Mariana, "Colonias penales", *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a la prisión. Su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Procuraduría General de la República, 2004.

———, "Sistema de penas en la actualidad. La situación mexicana", *Criminalia*, México, año LXIII, núm. 2, mayo-agosto de 1997.

SARRE, Miguel, "Improcedencia de la prisión preventiva en los procesos por delitos cuya penalidad contempla un sustitutivo de prisión", *Criminalia*, México, año LIX, núm. 3, septiembre-diciembre de 1993.

SARRULLE, Óscar Emilio, *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (abolicionismo o justificación)*, Buenos Aires, Universidad, 1998.

Segundo informe de gobierno de Eugenio Hernández Flores, gobernador constitucional del estado de Tamaulipas, en *http://segundoinforme.tamaulipas.gob.mx/09instituciones/poderes_locales.htm*.

STEVENS, Federico, “Las leyes no funcionan”, *Hábitat. Medio de expresión de las ideas y pensamientos*, México, año 2, número 1, segundo tomo, septiembre de 2006.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Libro Blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, 2006.

———, “Voto minoritario de los ministros Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XV, enero de 2002.

———, “Voto particular del ministro Genaro David Góngora Pimentel”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXIII, mayo de 2006.

VALADÉS, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

VALLEJO, Jean, *Sistema de consecuencias jurídicas del delito: nuevas perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

VARGAS VALDEZ, José Luis, “Jaque a la confianza judicial: el caso español del juez Estevill”, *El poder de la transparencia: seis derrotas a la opacidad*, México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

VARIOS AUTORES, *Homicidios y desapariciones de mujeres en Ciudad Juárez* (*análisis, críticas y perspectivas*), México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004.

VÁZQUEZ ALFARO, José Luis, “Derecho forestal”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. IX.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, “Las normas rectoras del proyecto de Código Penal peruano de 1986”, disponible en *http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/88/vel88.htm*.

VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, trad. de Claudia Herrera, México, Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

VILLARREAL PALOS, Arturo, "La función de la pena", *Criminalia*, México, año LIII, núms. 1-12, enero-diciembre de 1987.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 11a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "¿Qué hacer con la pena? Las alternativas a la prisión", *Las penas sustitutivas de prisión*, Cuadernos para la Reforma de la Justicia, México, núm. 2, 1995.

ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y Ministerio Público en México*, México, Centro de Investigación para el Desarrollo (CIDAC)-Fondo de Cultura Económica, 2004.

2. *Notas periodísticas*

"Absuelto programa de TV por asesinato de homosexual", *La Jornada*, 25 de septiembre de 2002, visible en: *http://www.jornada.unam.mx/2002/10/25/16an1esp.php?origen=espectaculos.html*.

"Aprobado proyecto La tercera es la vencida: un paso adelante en el combate a la delincuencia", disponible en *http://www.lyd.com/noticias/tercera_vencida.html*.

"Asesinan a doctora secuestrada en Valle de Chalco, México", *Vanguardia*, 29 de julio de 2004, visible en: *http://noticias.vanguardia.com.mx*.

BOLAÑOS, Claudia, "Liberarán a primer interno monitoreado con brazalete electrónico", *El Universal*, 29 de noviembre de 2006, en *http://www.eluniversal.com.mx/notas/vi_390909.html*.

BURGOS GARCÍA, Enrique, “Cadena perpetua”, *El Universal*, 8 de abril de 2006, en: *http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/vi_34008.html*.

CASTILLO GARCÍA, Gustavo, “Investiga EU a políticos y empresarios mexicanos vinculados con Succar Kuri”, *La Jornada*, 17 de febrero de 2006.

“Condenan a un popular programa de televisión”, Diario *Clarín*, 8 de mayo de 1999, visible en: *http://www.clarin.com/diario/1999/05/08/e-04801d.htm*.

“Declaración de La Laguna”, *El Día*, 8 de diciembre de 2000, en: *www.eldia.es/2000-12-08/laguna/laguna2.htm*.

“Denuncian complot contra Lydia Cacho”, *El Economista*, 15 de febrero de 2006.

“Detenidos, tres de cuatro implicados en el secuestro y asesinato de doctora”, *La Jornada*, 31 de julio de 2004, en: *http://www.jornada.unam.mx/2004/07/31/010n3pol.php?printver=1&fly=1*.

“EEUU: Enjuician a la «telebasura»”, *Ámbito Financiero*, 5 de abril de 1999, en: *http://www.ambitoweb.com/edicionesanteriores/afinancieroback/99-04-05/espectaculos001.htm*.

“Elimina el Senado la pena de muerte del Código de Justicia Militar”, en: *http://www.canaldelcongreso.gob.mx/article.php3?id_article=472*.

FERNÁNDEZ, Leticia, “Ahorran reclusos para su brazalete”, *Reforma*, 6 de octubre de 2006, visible en *http://www.tribunalmmm.gob.mx/ipj/ipj.asp?id=573*.

HERRERA, Jorge y MORALES, Alberto, “Gastos de campaña en espectaculares triplicó al de prensa”, *El Universal*, 7 de mayo de 2007, disponible en *http://www.eluniversal.com.mx/nacion/150762.html*.

KROLL, Luisa y FASS, Allison (eds.), “The World’s Billionaires”, *Forbes*, en *http://www.forbes.com/lists/2007/10/07billionaires_all_slide.html*.

“Lydia Cacho y la pederastia”, Revista *Proceso*, 20 de febrero de 2006.

MATEY, Patricia, “Biología de la agresividad. Tras los genes de la ira”, *El Mundo*, suplemento de salud núm. 142, visible en *www.elmundo.es/salud/1995/142/00666.htm*.

MORA, Fernando, “Listo programa de monitoreo electrónico de reos”, 4 de octubre de 2006, visible en: *http://www.tribunalmmm.gob.mx/ipj/ipj.asp?id=560*.

NEUFELD, Peter *et al*., “Error casi mortal”, *El Mundo*, suplementos, visible en *http://www.elmundo.es/magazine/2003/207/1063363802.html*.

“Nos pusimos nerviosos, la ahorcamos y la echamos al canal”, *La Jornada*, 31 de julio de 2004, en: *http://www.jornada.unam.mx/2004/07/31/010n3pol.php?printver=1&fly=1*.

“Ordenó López Obrador crear grupo especial para el caso Gutiérrez de Velasco”, *La Jornada*, 31 de julio de 2004, en: *http://www.jornada.unam.mx/2004/07/31/010n3pol.php?printver=1&fly=1*.

PETRICH, Blanche, “«Mi *gober*, tú eres el héroe»: Kamel Nacif a Mario Marín”, *La Jornada*, 14 de febrero de 2006.

PRIETO, Joaquín, “Un final inexplicable”, *El País*, Madrid, 2 de mayo de 2003, en: *http://www.elpais.es/articulo_buscador.html?xref=20030502elpepiult_1&type=Tes&anchor=elpepiult&d_date=20030502*.

“Promoverá Madrazo cadena perpetua”, *El Porvenir*, 6 de abril de 2006, visible en: *http://www.elporvenir.com.mx*.

SALGADO, Agustín, “Nombran fiscal del Reclusorio Oriente a juez que liberó a *El Chucky* en 1998”, *La Jornada*, 20 de diciembre de 2006, visible en *http://www.jornada.unam.mx/2006/12/20/index.php?section=capital&article=038n1cap*.

3. *Legislación*

Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código Penal del Estado de Chihuahua.

Código Penal Federal.

Código Penal para el Distrito Federal.

Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Código de Justicia Militar.

Código de Procedimientos Penales para el Estado de Querétaro.

Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua.

Constitución de Apatzingán de 1814.

Constitución de Cádiz de 1812.

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.

Constitución Española.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Costituzione della Repubblica Italiana.

Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas (España).

Ley 22/1998, del 6 de julio, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria (España).

Ley contra la Delincuencia Organizada para el Distrito Federal.

Ley de Aguas.

Ley de Amnistía núm. 26479 (Perú).

Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal.

Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua.

Ley de Mediación del Estado de Chihuahua.

Ley de Mediación para el Estado de Oaxaca.

Ley de Mediación y Conciliación del Estado de Aguascalientes.

Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados.

Ley de Pesca.

Ley Federal de Caza.

Ley Federal de Juegos y Sorteos.

Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

Ley Federal del Trabajo.

Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Ley de Amparo.

Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable.

Ley General de Salud.

Ley General de Vida Silvestre.

Ley Orgánica 3/2002, del 22 de mayo de 2002, por la que se modifican la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, en materia de delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria (España).

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México.

Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal.

Leyes Constitucionales de 1836.

Reglamento Interior de los Juzgados de Ejecución de Sentencias, publicado en la *Gaceta Oficial del Estado de México* el 1o. de marzo de 2006.

Reglamento para el Otorgamiento del Beneficio de Reclusión Domiciliaria mediante el Programa de Monitoreo Electrónico a Distancia para el Distrito Federal.

Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, del 18 de diciembre de 1822.

Siete Partidas.

4. *Instrumentos internacionales*

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, del 4 de noviembre de 1950.

Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz.

Declaración sobre la Preparación de las Sociedades para Vivir en Paz.

Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (del 17 de julio de 1998).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador”.