

00781



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

LOS SUSTITUTIVOS PENALES, UNA ALTERNATIVA
RACIONAL A LA PROBLEMÁTICA PENITENCIARIA
EN EL ESTADO MEXICANO

T E S I S
QUE PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE
DOCTOR EN DERECHO
P R E S E N T A:

FRANCISCO GUERRERO FLORES

TUTOR ACADÉMICO:
DOCTORA EMMA MENDOZA BREMAUNTZ

MÉXICO, D. F.

2005

m. 346697

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN		IV
CAPÍTULO PRIMERO		
EL ESTADO DE DERECHO MEXICANO		
1.	EL ESTADO DE DERECHO	1
1.1	PLANTEAMIENTO GENERAL.....	1
1.2	CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO DE DERECHO.....	6
2.	EL ESTADO MEXICANO.....	10
3.	EL SISTEMA PENAL DEL ESTADO MEXICANO.....	16
3.1	INTRODUCCIÓN.....	16
3.2	CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA PENAL MEXICANO.....	21
4.	PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL MEXICANO.....	29
4.1	PLANTEAMIENTO GENERAL.....	29
4.2	PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL MEXICANO.....	45
CAPÍTULO SEGUNDO		
LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL HECHO PUNIBLE		
1.	LA PENNA, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.....	61
1.1	CONCEPTO.....	61
1.2	CARACTERÍSTICAS.....	72
1.3	CLASIFICACIÓN.....	76
2.	FUNDAMENTOS Y FINES DE LA PENNA.....	80
2.1	FUNDAMENTOS DE LA PENNA.....	80
2.2	FINES DE LA PENNA.....	91
2.2.1	PLANTEAMIENTO GENERAL.....	91
2.2.2	POSTURAS TEÓRICAS SOBRE LOS FINES DE LA PENNA.....	98
3.	EL SISTEMA DE PENAS POSITIVIZADO EN MÉXICO.....	108
CAPÍTULO TERCERO		
LA POLÍTICA DEL ESTADO EN MATERIA PENITENCIARIA		
1.	EL SISTEMA PENITENCIARIO MEXICANO.....	115
2.	LOS FINES Y LAS FUNCIONES DE LA PRISIÓN.....	125
2.1	PLANTEAMIENTO GENERAL.....	125
2.2	FINES DE LA PRISIÓN.....	130
2.3	FUNCIÓN DE LA PRISIÓN.....	136
3.	LA REFORMA PENAL Y EL SISTEMA PENITENCIARIO.....	156
4.	PROSPECTIVA DE LA INSTITUCIÓN PENITENCIARIA.....	178
CAPÍTULO CUARTO		
MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PENNA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD		
1.	DELIMITACIÓN DOCTRINAL.....	191
2.	LA POSITIVIZACIÓN DE LAS ALTERNATIVAS DE LA PENNA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD.....	227
2.1	ÁMBITO INTERNACIONAL.....	227
2.1.1	SISTEMAS JURÍDICOS EXTRANJEROS.....	227
2.1.2	CONGRESOS INTERNACIONALES QUE ABORDAN LOS SUSTITUTIVOS PENALES.....	251
2.2	ÁMBITO NACIONAL.....	264
CAPÍTULO QUINTO		
LA TRANSICIÓN DE LA PENNA DE PRISIÓN A LOS SUSTITUTIVOS PENALES		
1.	LA EXPERIENCIA CARCELARIA.....	281
2.	EL SISTEMA PENITENCIARIO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS RECLUSOS.....	292
3.	NUEVAS PERSPECTIVAS DEL SISTEMA DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO.....	312
3.1	INTRODUCCIÓN.....	312
3.2	DE UN SISTEMA DE DOBLE VÍA A OTRO SISTEMA DE TRIPLE VÍA.....	325
3.2.1	EL SISTEMA DE DOBLE VÍA.....	325

3.2.2	EL SISTEMA DE TRIPLE VÍA.....	327
4.	EJES RECTORES PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UNA POLÍTICA DE ESTADO EN MATERIA DE SUSTITUTIVOS PENALES.....	329
	CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.....	367
	BIBLIOGRAFÍA.....	372

INTRODUCCIÓN

La evolución del pensamiento penal en relación a la pena privativa de libertad, como instrumento de reacción frente al delito, ha conducido en la actualidad, a la formulación de varias reflexiones. Ante todo y en primer lugar, que la pena privativa de la libertad debe limitar su ámbito de aplicación a aquellos casos en los que es estrictamente necesaria, al objeto de mantener esta pena como medio de lucha frente al delito, evitando los perjuicios e inconvenientes que la ejecución de la pena privativa de la libertad comporta. En segundo lugar, que la pena privativa de la libertad debe cumplir efectivamente una función resocializadora, exigencia ésta que desde el siglo pasado ha alcanzado en México rango constitucional. En tercer lugar, es evidente que una u otra reflexión se producen en el marco de un *Derecho Penal Garantista*, inspirado en la exigencia de que sea el último recurso al que el Estado acude para reaccionar frente a las sanciones atentatorias contra los bienes jurídicos. Por ende, la pena privativa de la libertad requiere con toda urgencia de una revisión integral de su teleología, que de como resultado la construcción de una estrategia racional para su operativización, desde una perspectiva holística; y la positivización de alternativas que hagan posible una racional limitación de aquella pena.

A finales del siglo XVIII surge la pena de prisión como un importante paliativo contra el exceso, el abuso y el nulo efecto de la tan discutida pena de muerte, que al aplicarla no despertaba ya temor o intimidación en la comunidad, misma que acudía en su mayoría a observar la ejecución del condenado a la pena capital, como si fuese una obra de teatro, un circo. La institución carcelaria aparece como un instrumento que se acercaba a un proceso de humanización de las penas, sustentada históricamente en la inocuización, la corrección, la rehabilitación y, en la resocialización. No obstante, la prisión ahora, -fácticamente- es una institución que ha demostrado su fracaso, el cual se evidencia con la reincidencia, la sobrepoblación, las fugas y los motines; hechos que han contribuido a crear una atmósfera de desilusión y frustración, esto lleva a sostener que la cárcel no sólo no transforma sino que destruye a los detenidos y a sus familiares; de igual forma, se sabe también que, con prisión o sin ella, la delincuencia continuará aumentando.

La situación penitenciaria está siendo objeto, de una intensa polémica en los espacios académicos, políticos, jurídicos e incluso en la sociedad civil, discusión que ha puesto de manifiesto el eventual fracaso del tratamiento penitenciario y las deficiencias de un sistema que, al tiempo que ignora a la víctima del delito, despoja a los infractores de su derechos más elementales (vigencia de los derechos fundamentales de los reclusos, la dinámica de los beneficios

penitenciarios, la validez y eficacia de la clasificación y el tratamiento penitenciarios, los problemas derivados de las exigencias de seguridad y disciplina en las prisiones, la necesidad y modalidades del control judicial en torno a la resocialización, etcétera); de ahí la certeza de inutilidad de las cárceles.

Esta situación, inevitablemente lleva a la búsqueda moderna de alternativas a la pena privativa de libertad en prisión, ya que como se ha expuesto, existen no sólo motivos técnicos sino, al mismo tiempo, económicos, humanitarios y, más precisamente, razones prácticas. –En 1990, los centros de readaptación social eran muy costosos, tanto en su construcción como en su mantenimiento. La construcción de una nueva prisión media, para contener alrededor de 400 internos, costaba en promedio tres millones de dólares. El costo diario para la custodia y el mantenimiento de un solo detenido oscilaba en el Distrito Federal alrededor de siete salarios mínimos. En agosto del año 2003, el Centro de Investigación y Docencia Económica y el Centro de Investigaciones (CIDE) y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), en el informe *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional*, concluyen que dentro de las cárceles están los más pobres, cuya situación empeora debido a que buena parte de los bienes y servicios que requieren son proporcionados por los familiares y no por las instituciones carcelarias; además de que prevalece una organización informal, y violatoria del marco legal vigente, que propicia abusos y corrupción-. Asimismo, existen en la prisión muchos reos que aún pueden ser rescatados para su resocialización. A favor de ellos debe replantearse el marco institucional para introducir nuevos beneficios y medidas alternativas a la detención, tomando como base la corta duración de la condena, la estructura de la personalidad del reo, sus anhelos de superación y la reparación del daño, toda vez que los efectos negativos connaturales a la privación de la libertad en prisión, causan mayores perjuicios al detenido, a su familia y a la sociedad.

Con la reforma penal del año de 1983, se inicia uno de los cambios más significativos en el ámbito del Derecho punitivo. En primer término, aparecieron los sustitutivos modernos –en ese momento- de la pena privativa de libertad, cuyo advenimiento marcó el principio de un cambio en el sistema de reacciones penales: tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo a favor de la comunidad; no obstante, en el fuero federal con la reforma del año de 1999, se incorporó en el artículo 85 del Código Penal Federal una lista de exclusiones de los sustitutivos y de la libertad preparatoria.

Actualmente, en México se observa una doble tendencia político-criminal, por una parte, la que trata de hacer que el sistema de justicia penal se ajuste cada vez más tanto en el plano formal como en el material a las exigencias de un sistema democrático de derecho; y por otra, la que

privilegia la adopción de estrategias que posibiliten al órgano de control a ser más eficaz, aun cuando dichas medidas puedan rebasar ciertos límites y por ende implicar limitaciones de derechos humanos y de garantías individuales, como consecuencia del ensanchamiento de la potestad punitiva del Estado, en donde se cuestiona seriamente si todavía es dable hablar de un sistema penal democrático o, por el contrario, de uno de corte autoritario; evidentemente, esta última orientación es la que ha permeado la Política Jurídico Penal del Estado mexicano, concretándose en medidas político-criminales enfocadas a un intenso proceso de criminalización de nuevas conductas, por la creación desmesurada de nuevas figuras delictivas, un incremento constante e irracional de las penas; aumento de los casos de agravación de las penas y la consecuente reducción de beneficios para cierto tipo de delitos; mayor preferencia por los centros de reclusión de máxima seguridad, en donde la consideración de los derechos humanos parece perder importancia etcétera; todo esto revela la presencia de una política criminal carente de alternativas que solo apuesta al endurecimiento de las medidas penales –con su inherente problemática- como forma de enfrentar eficazmente el problema delictivo, que por supuesto no es lo característico de un sistema penal democrático.

Ante el panorama expuesto, es pertinente pensar en la positivización de otras alternativas interesantes, como son: la reparación de los daños y perjuicios, como única consecuencia del delito, que así se privatiza de nuevo; evitar la jurisdiccionalización excesiva en el manejo de los conflictos penales; otra, la posibilidad de exclusión de pena: sea por la prueba sobre la competencia personal para vivir en libertad, sea por el perdón judicial en aras de la equidad –o bien, de la inutilidad o impertinencia de la pena-, sea por la reconciliación entre el victimario y la víctima, que no se reduce a ser composición claudicante o transigente, sino íntima solución del drama individual, cuando no hay otro social, más grave y atendible, que la desautorice; en suma debe evaluarse la pertinencia de positivizar el *sistema de triple vía*, en el que a las penas y a las medidas de seguridad, como respuestas básicas al delito, se añade la institución de la reparación, como forma de compensación del hecho delictivo cometido, realizada siempre mediante una prestación voluntaria del autor, y que tiene como principal destinatario y beneficiario a la víctima del delito o a la propia colectividad, según sea la naturaleza del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Ciertamente, un programa con esta teleología no puede improvisarse; requiere de reflexión y de un estudio acucioso cuyos resultados se concreten en la construcción de una estrategia que garantice de la mejor manera la protección de los valores más importantes de ciudadanía y de la colectividad.

El presente trabajo, tiene como propósito fundamental, analizar las distintas alternativas a la pena privativa de la libertad en los marcos de la legislación vigente en el Estado mexicano y en

el de la doctrina nacional y extranjera que se ha sistematizado sobre este particular objeto de estudio con la finalidad de plantear los ejes rectores y dimensiones fundamentales que deben asumirse en el Estado mexicano, para la instauración de una Política de Estado en dicha materia, sustentada en el principio de *estricta legalidad*, sistematizado por el maestro Luigi Ferrajoli.

En el primer capítulo, siguiendo el método deductivo, se plantea el concepto contemporáneo de Estado social y democrático de derecho como preámbulo para la caracterización del Estado mexicano, del sistema penal del Estado mexicano y, por ende, para la delimitación de los principios rectores que sustentan al derecho penal mexicano, en sus dimensiones formal y material; enfatizando en el enfoque, que actualmente ha asumido la política criminal en México.

En el capítulo segundo, en el marco de la doctrina nacional y extranjera, se realiza una revisión acuciosa de los distintos enfoques, teleología y estrategias que se han sistematizado con relación a las consecuencias jurídicas del hecho punible. De manera específica y a partir de las tres esferas para el ejercicio del *ius puniendi*, se analiza el concepto de pena, sus características, teleología, fundamentos y, el sistema de penas positivizado en la legislación mexicana.

En el capítulo tercero, reconceptualizando el contenido de los dos capítulos anteriores, se describe, analiza e interpreta la *Política de Estado en materia Penitenciaria*, en esta virtud, se expone la génesis, desarrollo y situación actual del sistema penitenciario mexicano; así mismo, los fines y funciones de la prisión en su modalidad de ejecución penal; la reforma penal y el sistema penitenciario, y como corolario, la prospectiva de la institución penitenciaria.

En el capítulo cuarto, desde una perspectiva holística, y en marco de la metodología del derecho comparado, se analizan puntualmente las medidas alternativas a la pena privativa de libertad. En primer lugar, se realiza su delimitación doctrinal; en segundo orden su positivización en los ámbitos nacional e internacional: España y Alemania, por ser estos dos estados de derecho, referente obligado en materia penal para nuestro sistema jurídico penal.

Finalmente, en el capítulo quinto a guisa de conclusiones y propuestas, se expone en forma exhaustiva los elementos pertinentes de orden teórico, fáctico y normativo, para propiciar la transición de la pena de prisión a los sustitutivos penales. Para tal efecto y desde una perspectiva fáctica se aporta los referentes empíricos que informan a la actual experiencia penitenciaria; siguiendo esta metodología, se describe la antinomia existente entre el sistema penitenciario y los derechos humanos; de igual forma, en el marco de la metodología del derecho comparado, se

plantean las nuevas perspectivas del sistema de consecuencias jurídicas del delito, haciendo hincapié en el *sistema de triple vía o institución de la reparación*, que tiene como principal destinatario y beneficiario a la víctima del delito o la propia colectividad. Concluye este capítulo con la definición de los ejes rectores para la construcción de una Política de Estado en materia de sustitutivos penales.

CAPÍTULO PRIMERO EL ESTADO DE DERECHO MEXICANO

1. El Estado de Derecho 1.1 Planteamiento General

A pesar de las múltiples definiciones de Estado en la época contemporánea definiciones que a veces implican su inminente desaparición o su inexistencia, juristas, sociólogos y politólogos parecen coincidir al identificar elementos comunes en cada una de ellas. De acuerdo con Max Weber, el Estado es “un instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente”.¹ Herman Heller pensaba que una definición semejante suponía ver al Estado como “una ficción o síntesis mental” que el estudioso podía construir o abandonar a placer,² pero su propia definición –“El Estado es una unidad de acción jurídicamente organizada”– apenas logró ir más allá de esta síntesis.

Menos interesado en la “concepción técnica”, Humberto Cerroni sostiene que el Estado puede definirse como el

Sistema político representativo (y por tanto separado de las actividades socioeconómicas que constituyen la sociedad civil) que se constituye en un territorio de dimensión nacional en el curso de un proceso histórico que se ve “en el nacimiento de una nación” como pueblo de sujetos iguales unidos por un fuerte nexo económico-lingüístico-cultural.³

Maurice Duverger optó por la pluralidad al decir que “la palabra Estado tiene dos sentidos diferentes: o bien designa el conjunto de instituciones gubernamentales de una nación (Estado-gobierno), o se refiere a la nación misma en tanto que está dotada de instituciones gubernamentales de las naciones”.⁴

Al tratar de definir al Estado, las escuelas norteamericanas tomaron elementos de las corrientes europeas que introdujeron otros de carácter didáctico. Kart Deustch escribe que “el Estado es una máquina organizada para la elaboración y ejecución de decisiones políticas y para la imposición de las leyes y reglas de un gobierno. Sus apéndices materiales no sólo incluyen a los funcionarios y los edificios de oficinas, sino también soldados, policías y cárceles”.⁵ John A. Hall y G. John Ikenberry consideran que “el Estado es un conjunto de instituciones, manejadas por el propio personal estatal, entre las que destaca muy particularmente la que se ocupa de los

¹ Max, Weber, *Economía y Sociedad* (México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1983). P. 43

² Herman, Heller, *Teoría del Estado*, (México, D.F., Fondo de la Cultura Económica, 1989). P. 79

³ Humberto, Cerroni, *Política, métodos, teorías, procesos instituciones y categorías* (México, siglo XXI Editores). P. 127.

⁴ Maurice, Duverger, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional* (Barcelona, Ariel, 1980). P. 23

⁵ Kart W. Deutsch, *Política y Gobierno*, (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1976). P 120.

medios de violencia y “coerción”,⁶ destacando que estas instituciones se localizan en el centro de un territorio geográficamente delimitado, atribuido generalmente a una sociedad a la cual el Estado vigila y controla a través de reglas al interior de su territorio, “lo cual tiende a la creación de una cultura política común compartida por todos los ciudadanos”.⁷

Es indudable que el hombre, individual y grupalmente considerado, tiene una clara idea de su propia existencia y de cuáles son sus necesidades, tanto para su subsistencia como para que su vida tenga una razón de ser y revista una cierta calidad, se desarrolle con dignidad y de manera ordenada en comunidad. Tiene también, aunque no siempre se le reconozca, una idea amplia de cuáles son sus derechos y cuáles sus obligaciones frente a los demás y frente al Estado.

Tiene, el hombre, la concepción de que muchos de esos derechos los puede hacer valer frente a los demás miembros de la colectividad y muchos otros frente al propio Estado, y que puede exigir su observancia, tanto individual como grupalmente.

El hombre común tiene la sensación, y en virtud de ello actúa, de que el Estado es un ente creado por alguna razón; no tiene, en cambio, la idea clara de que ha sido creado por la propia voluntad del hombre, como desde el plano de la especulación teórica se plantea. Esta última es una concepción que se aviene con la idea del Estado democrático y, por ello, se acude a ella para explicar el origen del Estado.⁸ Conforme a ella, el hombre ha diseñado al Estado y le ha atribuido una serie de funciones y, se afirma, lo ha creado no para que el Estado se sirva de él y lo subyugue, sino para que le sirva, para que atienda a sus necesidades, para que le respete.

El hombre, pues, se autoestima. Se reconoce a sí mismo como “persona”, como un “fin en sí mismo”, como un “ser con dignidad”, “libre” y “capaz”, revestido de una serie de características que son inherentes a su condición humana. Él es, en definitiva, el centro de atención, y lo es, fundamentalmente, del querer estatal. Esta es la concepción antropocéntrica que está detrás de todo.⁹

El Estado, entonces, surge para atender al hombre y en virtud de ello, se le atribuye una serie de funciones, que se vinculan con los diversos aspectos de la vida del hombre, ya sea en su individualidad o como parte del grupo social. Adquiere, de esta manera, ciertas potestades o facultades y se le dota de poder.

⁶ John Hall, Ikenberry, Jonh, *El Estado* (México, D.F., Nueva Imagen, 1981). P. 12

⁷ *Ibidem*, P. 13

⁸ *Vid.*, Elías Díaz, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, (Madrid, 1979), Garronera Morales Ángel, *El Estado Español como Estado Social y Democratizado de Derecho* (Madrid, Tecnos, 1992 ;) Baratta, A., *El Estado de Derecho, Historia del Concepto y problemática actual*, Traducción de Barbero Santos, en *Sistemas* 17/18 Pp.22 117 y s.s

⁹ Moisés, Moreno, Hernández, “Algunas bases para la política criminal del Estado mexicano”, en *Revista Mexicana de Justicia* (México, D.F., Procuraduría General de la República) núm. 2 vol. III, abril-junio 1985) Pp. 117 y s.s

Es así como el Estado atiende, por ejemplo: problemas de salud, de seguridad social, de educación, de seguridad pública, de justicia, económicos, agrarios, etcétera.

Para el cumplimiento de esas funciones el Estado, a su vez, adopta diversas medidas y estrategias y se hace de diversos medios y da origen a políticas. Así surgen las políticas en materia de salud, en materia laboral, educativa, de seguridad pública, agraria, económica, etcétera, que implican el ejercicio de esa potestad o poder de que se encuentra investido; y así surge, también, la política para enfrentar el fenómeno de la delincuencia que, por ello, se conoce como política criminal, dentro de la cual se conforma, igualmente, lo que es el sistema de justicia penal.

El ejercicio de esa potestad o poder, por otra parte debe realizarse observando ciertos límites o sin observar límite alguno, o bien extralimitándose. Los límites se derivan, en primer lugar, de la propia consideración del hombre y, en segundo lugar, de la misma concepción del Estado: si se parte de la idea de que el hombre es una persona, un fin en sí mismo, con una serie de derechos inherentes a su propia naturaleza humana, entonces el reconocimiento y respeto de esos derechos autolimita al Estado.¹⁰ Si, por otro lado, el Estado es creación del hombre para su beneficio, tampoco es admisible que se extralimite en perjuicio del hombre, vulnerando sus derechos.¹¹

Por lo tanto, el ejercicio del poder debe hacerse siempre atendiendo al hombre y a sus derechos, de suerte que estos no resulten afectados.

Ahora bien, el propio hombre ha ideado que uno de los medios o instrumentos, a través de los cuales el Estado puede cumplir su función de manera adecuada, es el Derecho, entendido éste como conjunto de normas o reglas de conducta, que rigen no sólo la conducta de los hombres, sino el propio comportamiento del Estado. Surge así la idea de que el Estado debe contar con un orden jurídico y regirse por él y, de esta, manera, surge también el concepto original del Estado de Derecho, como aquel que cuenta, precisamente, con un orden jurídico y se rige por el Derecho, además de otros rasgos, como se planteó de manera clara a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, en cuyo diseño mucho tuvieron que ver las ideas de grandes filósofos y otros pensadores (Montesqueu, Voltaire, Rousseau, etcétera), y que es el concepto por el que en la actualidad se sigue pugnando su vigencia.

Paralelamente a la necesidad de sujetar el Estado de Derecho, se plantea el problema de la legitimación del poder que tiene el Estado. ¿De dónde viene el poder o la potestad que tiene el Estado para hacer o dejar de hacer tal o cual cosa? Después de un largo desarrollo, que ha importado, siglos, en que se han hecho valer diversidad de criterios, entre los que destaca la explicación del origen divino, se fue imponiendo la idea de que la voluntad popular

¹⁰ Cfr., Pérez Luño, A. E., *derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Madrid Tecnos. 1984).

¹¹ Ibidem, Moisés, Moreno Hernández, op. cit., loc. cit.

constituye el principal factor de legitimación del poder estatal.¹² Explicación que sirve de base a la concepción democrática del Estado, conforme a la cual no puede admitirse que el ejercicio del poder se realice en perjuicio de quienes les dieron origen.

Es esta la concepción que se va plasmando en las constituciones políticas que empiezan a surgir desde hace poco más de dos siglos, la del Estado democrático de Derecho o la del Estado social y democrático de Derecho, que es la opción más deseable que se plantea para el ya cercano siglo XXI, según puede observarse sobre todo en las manifestaciones que hace la doctrina que se ocupa de esta materia. Habría ahora que ver si es por este tipo de Estado que se manifiestan los diversos grupos sociales, según puede desprenderse de los discursos, sobre todo los políticos; entre ellos no han de faltar, por supuesto, los que seguramente pugnan por la vigencia de un Estado autoritario o absolutista.

Ahora bien, una vez esbozado lo anterior ¿cuál es la concepción que los miembros de la colectividad tiene respecto al Estado de Derecho? y ¿qué concepción se maneja en los discursos?

Aunque el hombre, sobre todo el hombre común, no tiene una idea precisa clara de lo que técnicamente es el Estado de Derecho y cuales son sus rasgos característicos, es indudable que tiene una concepción sobre las bondades que su existencia y vigencia representan; por lo que sin duda, en el fondo de su ser anida la idea de que seguramente el llamado “Estado de Derecho” es la mejor opción. Lo anterior, como se ha dicho, no descarta la posibilidad de la existencia también de sectores que quisieran la vigencia de sistemas autoritarios, planteándole, por ello, una lucha entre los propios hombres, sobre todo en torno a las formas de gobierno que desean tener.

Fuera de esa salvedad, tiene el hombre común –y el no tan común– la idea de que viviendo en un Estado de Derecho sus derechos humanos serán respetados, que se le reconocerá su dignidad humana, que no será objeto de arbitrariedades por parte de la autoridad, que vivirá en paz y tranquilidad, que podrá desenvolverse con libertad y con seguridad para su persona y su familia, que se le hará justicia en los casos conflictivos, en fin, que se le atenderá adecuada y oportunamente, sin despotismo, sin prepotencia, sin discriminación por razón, de raza, religión, sexo, preferencia política o condición social etcétera.

Esas aspiraciones del hombre común -de “los de abajo”, de “los menos favorecidos”-, sin duda alguna las serán también de la gran mayoría de quienes tienen una noción clara y precisa de cuáles son sus derechos, de cómo hacerlos valer, de ante quien exigir su observancia, de que exigencias se pueden plantear a los órganos del Estado y de cuáles son

¹² Vid., B. de Jouvenal, *La Soberanía*, Trad, al español de L. Benavides, Rialp (Madrid 1957).

los recursos que pueden obligar a estos a ajustar su proceder a la constitucionalidad y a la legalidad.

Por lo que, se considera que seguramente el hombre seguirá optando por el Estado de Derecho y, más concretamente, por el Estado Democrático de Derecho, así como por el sistema de justicia que más se acomode a ese tipo de Estado.

Aparte de la concepción que el común de las gentes tiene respecto de lo que es el Estado de Derecho, también se observa –sobre todo en los últimos tiempos, como se difunde en los medios de comunicación-, que la expresión “Estado de Derecho” está presente en todos los discursos políticos, es decir, en los discursos de los hombres públicos, y en ellos puede observarse no pocas veces, se ha dicho, falta de claridad o precisión o, en todo caso, diversidad de connotaciones, que no siempre coinciden con las aspiraciones del pueblo.

Por lo general, lo que sucede en el ámbito político y que sin duda orienta el proceder de las instituciones y dependencias públicas, son los titulares de los poderes de la Unión los que delinear las directrices sobre este particular, es decir, sobre las connotaciones y alcances que habrá que darle al Estado de Derecho, los que no pocas veces poseen un firme y adecuado sustento teórico; a veces falta ese sustento, y de ahí la inconsistencia del concepto y de la falta de identificación con las expectativas sociales.

1.2 Características del Estado de Derecho

Sobre esto debe destacarse lo que en los últimos tiempos se ha venido reiterando en torno al Estado de Derecho:

- El Estado de Derecho es en donde la población vive bajo normas previamente establecidas;
- El Estado de Derecho es respecto a las garantías individuales;
- Es dar cumplimiento a la ley;
- Es igualdad ante la ley
- Que “nadie este por encima de la ley”, ni la autoridad ni los particulares;
- Que no haya impunidad;
- Que se respete la división de poderes;
- Que el poder judicial sea autónomo;
- Que haya más justicia, etcétera;

Consecuentemente, si tales exigencias no se observan se estará actuando al margen de lo que es el Estado de Derecho.

En el plano teórico y formal se resaltan algunos rasgos que son característicos del Estado de Derecho, que en gran medida se corresponden con los anteriormente señalados y que son recurrentes en los diversos tipos de discursos.

En la actualidad, según se desprende de lo anteriormente dicho, es aún válida la distinción general entre Estado de Derecho y Estado autoritario o absolutista, como dos extremos hacia los cuales se pueden mover los sistemas de gobierno.

Mientras que en otros tiempos el punto de referencia para hablar de uno o de otro tipo de Estado lo era fundamentalmente el Derecho, en la actualidad no resulta suficiente ese referente, sobre todo si entendemos por Derecho todo aquello que es producto de la actividad legislativa, sin importar su contenido.

En efecto, mientras que tradicionalmente se ha afirmado que el Estado de Derecho se gobierna por él, esto es, rige su proceder -el de cada uno de los órganos que lo estructuran- por los cauces jurídicos (que es un requisito que se considera indiscutible en todo Estado moderno), y que el Estado autoritario o absolutista es el que no se rige por el Derecho que no tiene límites en el ejercicio de su poder, modernamente se plantean otras exigencias.

Toda vez que en los tiempos actuales la existencia del Derecho es algo que se observa en todo Estado moderno, es decir, que resulta ya, inconcebible un Estado que no cuente con un orden jurídico, podría por ello afirmarse- siguiendo el punto de referencia tradicional- que todo Estado es un Estado de Derecho. De ahí que se han ido implementando otras exigencias,

como son, entre otros: a) la consideración de los derechos humanos y b) el contenido de Derecho.

Conforme a esto, el Estado de Derecho es aquel que, además de contar con un orden jurídico y regirse por él, reconoce y respeta ampliamente los derechos humanos; para lo cual se orienta por una serie de principios fundamentales, los que aparte de constituir auto limitantes a su propio poder, en virtud precisamente del reconocimiento y respeto de los derechos del hombre, se traducen en garantizadores de dichos derechos frente a los órganos del Estado.

Entre los principios que le establecen límites a la potestad que tiene el Estado de Derecho, y que se han venido acuñando desde hace más de doscientos años, destacan los siguientes:

1. El principio de división de poderes, conforme al cual, para el ejercicio de la soberanía, que esencialmente reside en el pueblo (soberanía popular), el Estado se estructura de diversos órganos, cada uno de los cuales tiene delimitada su función por la propia ley para proteger a los hombres frente al despotismo, derivándose de ello otros principios, como son el de reserva y el de legalidad.
2. El principio de reserva que establece que cada órgano del Estado le está reservada una determinada facultad, que no debe de ser ejercida por otro órgano.
3. El principio de legalidad, conforme al cual cada órgano del Estado en ejercicio de su poder debe moverse dentro del marco de legalidad, que le fijan tanto la constitución como las leyes secundarias,¹³ esto es, los actos provenientes del Estado- de cada uno de sus órganos- deben ser actos fundados en el Derecho, no deben ser actos arbitrarios o caprichosos.
4. El principio de legitimidad, que señala que el Estado, como expresión de la voluntad popular que es, está legitimado para el ejercicio de su poder;¹⁴ pero para ello debe conducirse por los cauces de la legalidad. Legitimidad y legalidad, por ello, se entrecruzan y complementan, y se orientan a su vez, por los principios de justicia.
5. El principio de igualdad ante la ley, según el cual el Derecho es igual para todos; es decir, el Derecho debe aplicarse a todos sin discriminación por razón de raza, religión, sexo,

¹³ Cfr., Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*. P. 29

¹⁴ Elías Díaz, op. Cit. B de Jouvenal, op. cit

preferencia política o condición social.¹⁵ En virtud de este principio, todos deben tener acceso a la justicia; entre otros principios.

El propio Derecho establece los medios de control de los actos de gobierno y los procedimientos de protección a los gobernadores y los procedimientos de protección a los gobernados frente al despotismo proveniente de dichos actos.

Tales principios, en cambio, no son los que rigen en un Estado absolutista o autoritario. En éste es característica la concentración de poderes en una o en pocas manos, en lugar de la "división de poderes", en un Estado así, por tanto no puede hablarse de "independencia del poder judicial", pero tampoco de "independencia del poder legislativo". En lugar del principio de legalidad, se impone la observancia del principio de observancia o utilidad. Y todo lo anterior, en virtud de que los derechos humanos no se encuentran en un primer plano y por tanto no constituyen un factor de limitación del poder que tiene el Estado; el hombre mismo no es concebido como una persona y por ello, tampoco como un fin en sí mismo sino como instrumento al servicio del propio Estado, independientemente de que este cuente con un orden jurídico, pues éste también es utilizado como instrumento al servicio del Estado y para someter al hombre.

Debe aclararse que en los tiempos actuales no puede hablarse de la existencia de auténticos "estados de Derecho" o de "estados autoritarios" puros; podría decirse, más bien, que la mayoría se encuentra en los puntos intermedios, con mayores o menores rasgos característicos de uno u otro tipo de Estado. Es decir, estados que tienden más hacia el ideal Estado de Derecho y por tanto, se alejan del tipo de Estado autoritario y otros que se acercan más al tipo autoritario, en la medida en que hay una menor observancia y respeto de los derechos humanos y, consecuentemente, un uso ilimitado del poder.

De lo dicho se desprende, como se ha afirmado ya, que no sea admisible la idea de que todo Estado, por el mero hecho de serlo o por el hecho de poseer un orden jurídico, sea un Estado de Derecho. Mientras Estado y Derecho conciben al hombre como una "cosa", como un "instrumento", y lo utilicen para sus propios fines, no puede darse el calificativo de "Estado de Derecho". Será merecedor de este calificativo, sólo en medida de que este Estado y el Derecho reconozcan y respeten los derechos humanos; lo que quiere decir, reconocer al hombre como "persona", como "fin en sí mismo" (concepción antropocéntrica), al que le son inherentes una serie de derechos.

Ese reconocimiento y garantía de los derechos humanos debe hacerlo el Estado a través de cauces formales, que se derivan de los principios anteriormente mencionados que, por supuesto, no son los únicos. Mas la libertad e igualdad y demás derechos que supone el Estado

¹⁵ Javier, Jiménez Campo, *La igualdad jurídica como límite frente al legislador* (Madrid Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 9, sept-dic. 1983).

de Derecho no deben manifestarse únicamente en el plano forma, sino también, y sobre todo, en el plano material, en el de la realidad social, económica, jurídica, etcétera; es decir, debe buscarse la correspondencia de los planos formal y real,¹⁶ de suerte que no se quede en pura utopía, aún cuando ésta la necesite el pueblo para alimentar sus aspiraciones; es necesario que las aspiraciones, plasmadas en la Constitución y en las leyes, se vean en la mayoría de las veces satisfechas.

Lo anterior quiere decir que la vigencia del Estado de Derecho no sólo debe prevalecer en los discursos, sino debe manifestarse constantemente en todo proceder estatal, es decir, en todo acto de gobierno, que implica el ejercicio del poder del Estado a través de sus órganos.

El Estado de Derecho, concebido de esta manera, debe tener una función que no puede traducirse en otra cosa que no sea la realización de fines consistentes en crear y asegurar las condiciones de existencia que satisfagan las necesidades del grupo de individuos que le dieron origen y posibilitar la vida ordenada en comunidad.

¹⁶ Moisés Moreno Hernández, *Algunas bases...* op. Cit., 116.

2. El Estado Mexicano

La constitución de 1917, en su versión primera, ofrece una combinación de varios modelos de Estado mediante la cual es posible, identificar elementos procedentes de diversas épocas. Esto no ha sido suficientemente destacado hasta ahora por la doctrina constitucional lo que ha generado, en unos casos, un análisis monolítico del texto constitucional y, en otros, una visión que deja de lado el origen de algunas características que preceden a la elaboración del texto y que influyen notablemente en su desarrollo posterior. En este orden de ideas, es posible afirmar que en la constitución de 1917 se puede reconocer la presencia de tres modelos que denominamos liberal, central y social. En efecto, dicha constitución contiene elementos de su antecesora, la de 1857, de corte liberal y origen del modelo "fundador". Asimismo recoge elementos de un modelo de tipo autoritario que llamamos "central" por la forma en que se ejerció el poder entre 1873 y 1912, en el proceso de adaptar el liberal a la realidad sociedad mexicana. A lo largo de sucesivas reformas constitucionales se pretendió modificar los rasgos menos operativos del liberal y para ello se buscó construir el Estado nacional a través de los poderes federales; así la federación se presenta como la protagonista principal del desarrollo económico, político y social del país. Al tercer modelo lo llamamos "social" por dos razones fundamentales: en primer lugar, por que comprende elementos procedentes de algunas de las demandas sociales de la Revolución constitucionalista, ampliamente estudiadas por los especialistas y, en segundo lugar porque permitió ampliar las bases sociales del Estado surgido de la Revolución sin desarticular el perfil autoritario que caracteriza al modelo central. Los modelos anteriores constituyen, a nuestro juicio, el fundamento de la estructura del texto constitucional. El resultado fue un documento híbrido que permitió distintas interpretaciones y resultó compatible con diversos modelos institucionales.

Los modelos contenidos en la constitución determinaron que el texto pueda compararse a un recipiente que dio cabida a instituciones de varios orígenes, las cuales al irse desarrollando, conformaron el Proyecto Nacional de la Revolución, esta denominación abarca combinaciones de diseños institucionales e interpretaciones de los mismos que operan hacia el interior y hacia el exterior del sistema jurídico mexicano. Tales combinaciones representan la respuesta a las modificaciones ocurridas en una sociedad que se transformó dramáticamente sin abandonar del todo sus características originales; por ello, el Proyecto Nacional revolucionario ha podido sostenerse sin ruptura jurídica¹⁷ hasta nuestros días, aunque la Constitución presenta en su redacción actual, una amalgama en la que aún es prematuro identificar el principio orientador que habrá de seguirse en los próximos años.

¹⁷ Carla, Huerta, *Constitución, transición y ruptura*, p. 79.

El análisis que se plantea parte de la concepción de un Estado de Derecho, cuya Constitución contiene una estructura sustentada sobre tres ejes: La división del poder, los derechos fundamentales y el control de la constitucionalidad. La presencia de dichos ejes es imprescindible para que exista formalmente tal tipo de Estado.

Los modelos que se exponen forman parte del sistema jurídico que se inicia con la entrada en vigor de la constitución de 1917, todavía vigente, en la cual se dio origen al México que sustentó a lo largo de varias décadas el ideario de la Revolución Mexicana. A este respecto, puede señalarse la existencia, en cualquier sociedad, de una constitución escrita y otra real¹⁸ que puedan coincidir en el momento fundacional, a partir del cual tendrán a separarse o a acercarse, en la medida de que en la primera refleje el acuerdo de lo que Lasalle denomina "factores reales del poder" y Zippelius "fuerzas primarias de una sociedad". Idealmente la Constitución escrita y la real deberían operar de manera más o menos sincrónica, si no sucede, puede afirmarse que la escrita carece de eficacia y, por lo menos formalmente, de legitimidad, a menos que la real tenga elementos de legitimidad que no se derivan sólo del texto constitucional, como parece haber sucedido con la Constitución de 1917.

De manera particular, por lo que se refiere a los derechos fundamentales, el texto de la Constitución incorpora la mayor parte de los postulados clásicos del liberalismo político. El resultado es un catálogo de derechos que traza los límites del ejercicio legítimo del poder al garantizar la libertad, la seguridad y la propiedad de los individuos sobre la base de la igualdad ante la ley, adoptando un esquema de capacidad de goce muy amplio, aunque se limita al ejercicio. Es importante señalar que, a diferencia de otros textos constitucionales de la época, incorpora el principio de la gratuidad de la administración de justicia, lo que puede considerarse un atisbo de carácter social. En el capítulo relativo a los derechos del hombre se desarrolla en forma pormenorizada la seguridad jurídica, que se constituye en la columna vertebral de estos derechos. Por lo que toca a la libertad, consagra un amplio espectro que pone el acento en las libertades políticas y económicas, partiendo del supuesto que es al individuo a quien corresponde ejercerlas.

La Constitución de 1917, nació a partir de la propuesta de reformar la Constitución de 1857, modificada ya por los sucesivos gobiernos liberales. De alguna manera, dicho cuerpo jurídico es representativo, por un lado, de las aspiraciones de los liberales mexicanos del siglo XIX y, por el otro, de las fórmulas utilizadas para la construcción del Estado nacional que se vio cuestionado por la Revolución mexicana. En este orden de ideas, los cambios que se plantearon estuvieron orientados precisamente a corregir los efectos, presumiblemente

¹⁸ Ferdinand Lasalle, *¿Qué es una constitución?* 3ª. ed., tr. W. Roces (México, D.F., Ediciones Coyoacán, 1996). Pp. 60, 72, 73.

negativos, que las políticas liberales habían causado. La estrategia para hacerlo se enfocó en el establecimiento de varios objetivos.

El impacto de la Revolución fue de tal manera significativo, que en apego a los lineamientos de 1917 se llegó a construir un verdadero “proyecto nacional”, cuyas características, presentes en el texto constitucional, sólo alcanzaron desarrollo pleno en las décadas siguientes. El proyecto es representativo de las diversas ideologías de los grupos vencedores de la Revolución. El rasgo principal que podemos atribuir al proyecto nacional es que consideró a la Revolución como mito fundador, el cual erigió en el instrumento legitimador de la ejecución del proyecto, cuyo objetivo fue la construcción del Estado nacional y que, a diferencia del que trataron de construir los liberales decimonónicos, se fundamenta en el ideario de la Revolución. Asimismo, el proyecto fue nacionalista en dos vertientes: por un lado, se abocó a la construcción de “una” nacionalidad mexicana, y, por el otro, excluyó a los no mexicanos de sus beneficios. De igual forma, estableció una característica -que se volvería franca tendencia-, consistente en “reglamentar” en el propio texto constitucional aquellas cuestiones significativas para el proyecto. También reconoció, sin nombrarlas, las desigualdades existentes entre los diversos sectores de la población, tratando de mitigarlas a través de diversas instituciones que se conocen como el contenido social del texto. Por último, fortaleció a la federación, propuesta naciente en el modelo central, convirtiéndola en el eje de la ejecución del proyecto. En consecuencia, fijó las bases de lo que sería el Estado nacional mexicano conservando características de un Estado liberal.

Dentro de las tendencias más claras para lograr la ejecución del proyecto, sobresalió la idea de ceder a los poderes federales la responsabilidad de impulsarlo. En ocasiones sus dictados pueden obligar a los poderes federales a apoyar en mayor medida el contenido social, en otras se privilegiaría el liberal, pero siempre la ejecución estará a cargo del centro. Cabe insistir en que los lineamientos esenciales, especialmente por lo que se refiere a la responsabilidad del centro para su ejecución, son claramente perceptibles en lo que denominamos “los contenidos reglamentarios” de la propia Constitución. Esto se explica al observar que el texto constitucional es el referente obligado del Estado que se pretende crear, y a ese texto deben incorporarse lineamientos claros sobre la orientación de la ejecución del proyecto.

De esto se desprende, que la Constitución de 1917 llegó a identificarse con el proyecto nacional. En ese sentido, las modificaciones que ella experimentó pueden entenderse como producto de la ejecución del proyecto, y de ahí la relevancia del texto constitucional. En la medida en que la orientación del proyecto nacional se aleje del contenido vigente de la Constitución, se procederá a reformarla para ajustarla a los nuevos dictados. En este orden de ideas, el contenido de dicho proyecto fue de tal manera amplio, y en última instancia maleable,

que la expresión “proyecto nacional” llegó a contener una carga ideológica que, por mucho tiempo, permitió identificar a la Revolución, a la Constitución y a sus reformas en un mismo discurso, además de que todo aquello que no tuviera cabida dentro del proyecto se considerara “ilegítimo”.

Actualmente, el proceso de formación del Estado de Derecho tiene varios elementos y características que conviene mencionar. Se trata de un proceso mediante el cual se ha incentivado la participación política de la población, asimismo, se han modificado las competencias de los poderes, especialmente en el caso del judicial, haciendo que su actividad tenga un mayor sustento normativo. No obstante, la actividad reglamentaria del Poder Ejecutivo, sigue teniendo un papel clave en el ejercicio del poder y en el diseño institucional, especialmente en materia económica.

Por otro lado, se registra una intensa actividad en materia electoral con el fin de permitir mayor pluralidad en la representación política y dar más transparencia en los procesos, aunque todavía se requieren ajustes, toda vez que la participación se ejerce fundamentalmente a través de los partidos. Asimismo, se han creado mecanismos que apuntan hacia un control más eficaz del ejercicio del poder. Por lo que se requiere a la participación de la población en los procesos políticos, las reformas al sistema jurídico mexicano han estado orientadas a dar mayor certeza a los procesos electorales; para ello se fueron creando las instituciones que hacen posible la participación ciudadana en la organización de los mismos. El control político de los procesos esta sustituyéndose por un control jurídico. En ese sentido, la incorporación del Tribunal Electoral al Poder Judicial federal en 1996 representa un avance definitivo.

En materia de derechos humanos; destaca la incorporación a la Constitución de instituciones encargadas de su protección. Estas representan la llegada a nuestro sistema de nuevas alternativas para garantizar las libertades de la población y controlar los abusos del poder. La reforma de 1992 al artículo 102 de la Constitución estableció los lineamientos para la organización de organismos encargados de la protección de los derechos humanos, tanto en la federación como en los estados. El régimen previsto contempla la figura de la autonomía de estas instituciones, respecto de los gobiernos cuya actividad pretenden vigilar.

Otro aspecto importante en esta materia es la reforma al artículo 130. Se trata de la reglamentación de las relaciones de las iglesias con el Estado partiendo de la base del reconocimiento jurídico de las primeras. Esta reforma marca el fin de uno de los postulados más radicales del proyecto nacional revolucionario.

La reforma al poder judicial es quizá uno de los aspectos más relevantes de estos cambios.¹⁹ Entre 1994 y 1996 se modificó la estructura de dicho poder, empezando por la Suprema Corte de Justicia; la tendencia parece apuntar a convertirla en un tribunal constitucional. El cambio requirió la reducción del número de ministros, mientras que la administración y el gobierno del poder judicial fue encargado al Consejo de la Judicatura Federal. Con ello se liberó parcialmente a la Corte de dicha responsabilidad, permitiendo que los mismos dedicaran tiempo a las actividades jurisdiccionales. Asimismo, se han planteado las bases para el establecimiento de una carrera judicial.

Las modificaciones en materia de representación han generado importantes cambios en la vida política nacional. La nueva integración de las Cámaras permite que los partidos políticos puedan estar representados en las mismas, obteniendo así una mayor pluralidad. Además los resultados electorales permitieron que la tradicional hegemonía del Partido Revolucionario Institucional en las Cámaras haya dado lugar a nuevas correlaciones de formas políticas.

En materia de fortalecimiento del Estado de Derecho, con las reformas a los artículos 4° y 32 de la Constitución aprobados en 1992 y 1997, respectivamente. Se concreta en el reconocimiento de México como una nación pluricultural y de la posibilidad de los mexicanos a aspirar a una segunda nacionalidad. Aunque ambos preceptos responden a necesidades distintas, es posible sostener que juntos contribuyen a generar una nueva orientación de uno de los principios fundamentales del proyecto nacional: la nacionalidad. Desde la perspectiva del Constituyente de 1917 los mexicanos apreciamos como un grupo homogéneo la nueva tendencia que ofrece un nuevo marco jurídico que pretende resolver los problemas planteados por una concepción unitaria, abriendo un espacio para la heterogeneidad, Aún así, no parece que los cambios a la Constitución en esta materia hayan concluido.

Los nuevos diseños institucionales apuntan hacia una nueva forma de entender la Constitución, que de ser un texto sobre todo político empieza a concebirse como jurídico. De igual manera, puede sostenerse que las reformas al texto constitucional, más que modificar la estructura formal del Estado de Derecho, existente desde 1857, afectaron el diseño institucional con el fin de permitir una mejor protección de la Constitución, un nuevo equilibrio en la división del poder y una más amplia participación de la sociedad en la toma de decisiones.

En esta perspectiva, el modelo clásico de Estado de Derecho persiste hasta nuestros días, lo que se refleja en la parte dogmática de la Constitución, algunos de cuyos artículos no han sufrido reformas desde 1857, a esto hay que agregar que permanecen en ese texto constitucional elementos del modelo que llamamos central, de tipo autoritario, sobre todo en lo

¹⁹ Véase, Fix Fierro, Héctor, "Poder judicial", María del Refugio González y Sergio López Ayllón "tradiciones y diseños institucionales". Pp.167-221. cit. nota 1.

que se refiere a las facultades de los poderes federales; por último debe señalarse que lo social todavía esta presente.

Sin embargo, hay que señalar el cambio en los pesos específicos de cada modelo. En este sentido, consideramos que el modelo liberal se ha fortalecido aunque, como ya dijimos, sus características difieren de las de su antecesor, el de 1857. Asimismo, estamos convencidos de que existen condiciones para que se den transformaciones en el texto constitucional que incidan en su diseño institucional. No obstante, a pesar de que dichas transformaciones no se produjeran en el corto plazo, el principio orientador de los ejes de nuestro Estado de Derecho se verá modificado por el cambio en el plano específico que dentro de ellos empiezan a tener los procesos de participación.

El agotamiento del proyecto de la Revolución mexicana y las singularidades del régimen a que dio origen, ha ido dejando espacios que son ocupados paulatinamente por actores que, en el modelo de la Revolución, quedaron excluidos; entre ellos podemos señalar, cuando menos, a las iglesias, los empresarios y los ciudadanos.

Otro factor que permite un cambio en el funcionamiento del sistema jurídico es que la interpretación del Derecho vigente se ha ido transformando al dejar de estar orientada principalmente por criterios políticos. Esta circunstancia permite redefinir la función de muchas instituciones existentes, sin necesidad de reformarlas.

Para concluir es pertinente señalar que a pesar de los enormes cambios que se han producido en México en las últimas décadas, el Estado de Derecho no estará al alcance de todos los mexicanos mientras existan condiciones de extrema pobreza en amplias regiones del país, un hecho cuya principal consecuencia todavía mantiene la brecha entre la Constitución real y escrita.

3. El Sistema Penal del Estado Mexicano

3.1. Introducción

El pueblo mexicano, después de una larga historia y de una constante lucha por la libertad, la justicia, la igualdad y la seguridad jurídica y pública, y de experimentar diversos modelos de organización política, tanto antes como durante y, sobre todo, después de la conquista, llega al siglo XXI, sacudiéndose el peso de una insoportable dictadura, y resuelve constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de estados libres soberanos. Asimismo, decide tener como base de su división territorial y de su organización política y administrativa al municipio libre. Y para que ello se hiciera realidad, lo plasma en su Constitución política de 1917.

Por ello la constitución política es la ley fundamental del Estado mexicano, y es en ella en la que se establece que éste es un Estado democrático y de Derecho, así como las bases de su estructura orgánica y funcional. Es ella, la constitución la que establece y propicia el federalismo mexicano; por lo que México es la suma armónica de sus estados libres y soberanos, con características propias pero con objetivos e intereses comunes; el pacto federal viene a ser factor de cohesión y de armoniosa convivencia entre los mexicanos y reafirma la tesis jurídica de que, "entre los hombres como entre los pueblos, el respeto al Derecho ajeno es la paz".

El Estado mexicano, según la constitución, es un Estado "democrático", porque en el "todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste",²⁰ ejercitándose a través de los distintos órganos que estructuran al Estado, en base al principio fundamental de la división de poderes.²¹ El Estado viene a ser, por tanto, una entidad, una estructura, creada por el mismo pueblo, el que le ha asignado una serie diversa de funciones, las que se deben realizar, naturalmente, para su beneficio; no puede entenderse de otra manera. Entre esas funciones fundamentales se encuentran: la seguridad social, la seguridad jurídica, la justicia, la educación, la salud, el respeto de la dignidad humana y de las libertades individuales, etcétera. La Constitución prevé todo esto, señalando para ello las bases del sistema político, económico, cultural, de salud, laboral, de justicia y seguridad pública, entre otros y considerando la igualdad de realización humana, la educación y la salud como derecho de todos, el acceso al trabajo como oportunidad de todos, la justicia como fin primordial, etcétera.²² Para el logro de las funciones anteriormente señaladas, el Estado cuenta con el Derecho como su principal, instrumento.

²⁰ Artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²¹ Artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²² Moisés, Moreno Hernández, "La Constitución de 1917" en *Presencia* (México, DF. Año 1, núm. 9, órgano de la P.G.J.D.F., febrero de 1990). Pp. 22 y ss.

El Estado mexicano es por ello, también un Estado de Derecho. Y lo es así, en virtud de regirse por un orden jurídico y, sobre todo, por reconocer y respetar los derechos del hombre. El Derecho, como regulador de la estructura orgánica y funcional del Estado, es asimismo un instrumento al servicio del hombre, por lo que sus fines no deben traducirse en perjuicio de éste.

La Constitución de 1917 constituye, por tanto, una de las trascendentales manifestaciones del pueblo mexicano en su larga historia de lucha por sus valores superiores. Por ello, reconoce y plasma en su contenido derechos fundamentales del hombre, cuya observancia y respeto es exigible a los diversos órganos que estructuran al Estado mexicano, lo que implica que el poder que corresponde ejercer a cada uno de esos órganos es limitado. Consecuentemente, el Estado Mexicano no es un Estado "absolutista", no es un Estado con poder ilimitado, como tampoco dicho poder debe ejercerse arbitrariamente.

Ahora bien, si la Constitución de 1917 constituyó la resultante de las aspiraciones de los mexicanos de fines del siglo pasado y de principios de éste y ha regido los destinos de México por más de setenta y cinco años, la interrogante necesaria que ahora se formula es si ella ha alcanzado sus objetivos y, por tanto, si puede seguir siendo la vía por la que se canalicen las aspiraciones actuales y futuras de las nuevas generaciones de mexicanos.

Lamentablemente, después de más de setenta y cinco años de vigencia, debe admitirse que las aspiraciones de los revolucionarios de 1910 y los ideales de los Constituyentes de 1916/1917 no han sido del todo satisfechos; el pueblo aún aspira por un ideal, o al menos mejor, sistema político, económico, laboral, educativo, de justicia y seguridad pública, etcétera. Por eso, en la actualidad se insiste, y cada vez con más reiteración, por la vigencia de la Revolución y de la Constitución, y que ambas siguen siendo los baluartes, consecuentemente, el Estado Mexicano no es un Estado "absolutista", no es un Estado con poder ilimitado, como tampoco dicho poder debe ejercerse arbitrariamente para los vigentes y futuros procesos de renovación y modernización, los pilares sobre los que puede seguir descansando el futuro desarrollo del país, aunque dicho desarrollo lleve aparejado, de vez en cuando, alguno que otro ajuste al instrumento fundamental.

Los ideales plasmados en la Constitución siguen siendo aspiraciones de las generaciones de ahora, pues en la actualidad se sigue pugnando válidamente por libertad, justicia, igualdad, seguridad, etcétera, y porque se respeten los derechos humanos. En fin, el pueblo sigue luchando por los ideales de ayer, por la vigencia plena del Estado democrático de Derecho. Y, seguramente, el pueblo de mañana luchará también por los ideales de ahora, mientras no renuncie a sus valores o esto no cambie radicalmente, que en todo caso sería renuncia de aquellos.

Mientras el hombre mexicano no desee ser reducido a un mero instrumento del Estado y, consecuentemente, a una cosa, como seguramente no lo desearía;

Mientras él quiera seguir siendo considerado como una persona humana, como un fin en sí mismo, que es precisamente la concepción que orienta el espíritu

de la Constitución de 1917, seguirá viva su aspiración y, sin duda, luchará con más fuerza para que cada día se reafirme su condición humana". Y mientras haya opresión, desigualdad, injusticia, falta de condiciones adecuadas de vida, deseo de ser, la Constitución seguirá vigente y continuará inspirando tanto a gobernados como a gobernantes: a aquéllos, para exigir a éstos su observancia; a éstos, para que hagan uso de su poder dentro del marco de la legalidad y para beneficio del hombre.²³

Una vez expuestos algunos criterios generales que informan el Estado de Derecho, queremos ahora desarrollar algunas ideas sobre el sistema de justicia penal que corresponde a ese Estado de Derecho, pues en la realidad resulta ser este sistema el que más sirve de parámetro para caracterizar al Estado.

En este punto se plantean las siguientes interrogantes: ¿Cómo debe ser la justicia penal en un Estado de Derecho?; ¿cuáles son sus rasgos característicos?; ¿cómo es la justicia penal en el Estado mexicano?; ¿qué se ha hecho en los últimos tiempos en torno a la justicia penal en México?; ¿qué vinculación existe entre la justicia penal y los derechos humanos?; ¿cuáles son las perspectivas para la justicia penal del siglo XXI?; ¿cómo debe ser la legislación penal, la procuración, la administración de justicia?; ¿cómo debe ser la cuestión penitenciaria?; ¿qué hay de la justicia de menores infractores?.

El sistema penal comprende el conjunto de medidas de control social de carácter penal. Éstas, a su vez, son parte del conjunto de medidas de carácter político-criminal que el Estado adopta para el logro de sus objetivos en materia criminal; comprende los siguientes subsistemas:²⁴

a) El subsistema legislativo que, a su vez, abarca: la legislación penal sustantiva (Códigos penales y leyes penales especiales), la legislación procesal (códigos de procedimientos penales) y la legislación ejecutiva (leyes de ejecución de sanciones).

b) El subsistema de procuración de justicia, en el que habrá de considerar la estructura orgánica y funcional del Ministerio Público y de sus auxiliares (policía judicial y servicios periciales).

c) El subsistema de administración de justicia, que comprende todo lo relativo a la estructura orgánica y funcional del poder judicial

d) El subsistema de ejecución de sanciones, en el que destaca sobre todo el sistema penitenciario.

Vinculado con el sistema penal habrá que considerar el sistema de justicia para menores infractores.²⁵

²³ Moisés, Moreno Hernández, *op. cit.*, p. 5.

²⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos Humanos en América Latina*, Primer informe del Instituto interamericano de derechos Humanos (Buenos Aires, Depalma, 1984) Pp.- 7.y ss. , Moisés Hernández Moreno, *Algunas Bases...*, P.p. 117 del mismo, *El sistema de justicia penal mexicano* en *Aequitas, Revista jurídica del poder judicial* (Sinaloa, núm. 21, 1994). Pp. 3 y ss.

Dicho sistema penal -como la política criminal también-, reviste ciertas características que le imprimen una determinada fisonomía y revelan la imagen de la concepción filosófica y política que está detrás. Esa concepción puede corresponderse, a su vez, con la de un Estado de Derecho o con la de un Estado autoritario o absolutista.²⁶

Este apartado resalta los rasgos característicos de lo que se considera es un sistema de justicia propio de un Estado democrático de Derecho.

De la misma manera que es la Constitución política la que contiene lineamientos respecto de las características del Estado de Derecho, también es ella la que por lo general contiene principios fundamentales que orientan el sistema de justicia penal. De ello se desprende que, tanto la política criminal como el sistema de justicia penal no están exentos de ideología; al contrario, ésta es la que les da sentido, como sentido le da a toda decisión política. Por lo que la ideología que debe animar al sistema de justicia penal de un Estado de Derecho debe ser una ideología que esté en concordancia con la que caracteriza al Estado de Derecho en el sentido anteriormente expuesto, máxime que en la mayoría de las veces la caracterización del Estado depende mucho del tipo de su sistema penal.

En términos generales, puede decirse que el sistema de justicia penal de un Estado de Derecho debe respetar, por una parte, la concepción que la propia Constitución encierra en torno al hombre, al hombre como "persona", como "fin en sí mismo", como un ser "racional", "libre" y "capaz", respecto de quien habría que reconocer una serie de características inherentes a su naturaleza humana, características que, a su vez, determinarán los contenidos conceptuales y el sentido de diversas categorías que se manejan en todo el sistema penal.

En el sistema de justicia penal de un Estado de Derecho el *ius puniendi* es limitado, y esa limitación obedece fundamentalmente al reconocimiento y respeto de los derechos humanos que ha de prevalecer. En virtud de que el *ius puniendi*, o sea la potestad o el poder penal, o el "Derecho a castigar", es ejercido por cada uno de los órganos que estructuran el Estado, en su respectivas intervenciones, en atención al principio de división de poderes, al de reserva y al de legalidad, la limitación rige para todos los órganos del Estado.

Entre los principios que informan el sistema de justicia de un Estado de Derecho, que se hacen valer ahora y que seguramente se pugnarán por ellos en el futuro, se mencionan los siguientes:

- a) Principio de legalidad;
- b) Principio de legitimidad;

²⁵ Moisés, Moreno Hernández, "Realidad y ficción en materia de justicia de menores (en México)" en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas* (México, D.F., Año IV, núm. 10 enero-abril 1989, UNAM.). Pp. 181 y ss.

²⁶ Cfr., Moisés, Moreno Hernández, *Algunas bases...*, pp. 117 y ss. ; E. R. Zaffaroni, op. cit., pp. 11 y ss.

-
- c) Principio de intervención mínima o de *ultima ratio*;
 - d) Principio del bien jurídico;
 - e) Principio de acto o de conducta;
 - f) Principio de tipicidad;
 - g) Principio de culpabilidad;
 - h) Principio de presunción de inocencia;
 - i) Principio de racionalidad de las penas y de las medidas de seguridad;
 - j) Principio de jurisdiccionalidad;
 - k) Principio del previo y debido proceso;
 - l) principio de defensa, entre otros.²⁷

Un tipo de sistema de justicia penal como el señalado, que es ampliamente respetuoso de los derechos del hombre y, por ello, que le establece límites precisos al ejercicio del *ius puniendi*, no obstante que sus rasgos se han venido diseñando desde hace más de 200 años -al igual que ha sucedido con el Estado de Derecho-, es por el que en la actualidad se orienta gran parte de las propuestas, pues es el que más se acomoda al ideal del Estado democrático de Derecho.

En virtud de que un tipo de sistema penal así es el que proporciona mayor seguridad para el reconocimiento y respeto de los derechos del hombre frente al propio Estado, será por el que seguramente en el futuro se pague. Pues se considera que será el sistema penal que no instrumentalice o mediatice al hombre, sino el que lo considere como persona, como "fin en si mismo" y en torno al cual se explique que la existencia misma del Estado y del Derecho, por el que se siga optando. Conforme a esa concepción, tanto el Estado como el Derecho, y el propio sistema de justicia penal, deben estar al servicio del hombre y no para servirse del hombre.

²⁷ Vid., G. Bettiol, *Instituciones de Derecho penal y procesal*, (Barcelona, 1977); G. Rodríguez Mourullo Rodríguez, *Derecho Penal. Parte General* (Madrid, Civitas, 1978). Pp. 18; Moisés, Moreno Hernández., *Algunas Bases...* pp. 119.

3.2 Características del Sistema Penal Mexicano

Al tenor de nuestra Constitución política, el Estado mexicano es un Estado de Derecho, por concurrir en él los ingredientes que así lo caracterizan. Además, su soberanía "reside esencial y originariamente en el pueblo", quien "tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno", por lo que también se trata de un Estado democrático de Derecho, en que la soberanía popular aparece como un principio de legitimidad del ejercicio del poder.

En el plano formal, por tanto, se encuentran reconocidos los principios de división de poderes, de reserva, de legalidad y de legitimidad, derivándose de la base de la soberanía popular que el Estado mexicano deberá encaminar su actividad a crear y asegurar las condiciones de existencia que satisfagan las necesidades del grupo de individuos que le dieron origen; condiciones que se traducen o deben traducirse, en el bienestar social, la paz social, la justicia, la seguridad jurídica, etcétera, encontrándose aquí también la función de proteger los bienes jurídicos de los individuos y de la colectividad, para posibilitar la vida ordenada en comunidad.

Ahora bien, sí formalmente hablando ése es el modelo de Estado que se deriva de la Constitución, a él debe estar vinculado un determinado sistema jurídico y un determinado sistema penal, pues cada modelo de Estado supone una determinada y peculiar fundamentación política del sistema penal.

Ahora cuál es la situación actual del sistema penal en México, para determinar si se encuadra o no en los moldes característicos de un sistema -más o menos ideal- de un Estado de Derecho. Para ello, debe verse primero en el plano puramente formal, es decir, legislativo, y después en el de su aplicación práctica.

En el plano legislativo se tiene, en primer lugar, la Constitución política, misma que, además de diseñar el modelo de Estado nuestro, también contiene una serie de principios fundamentales de carácter penal que sirven para orientar el sistema penal y la actividad los órganos estatales en el ejercicio de su poder punitivo. En ellos se encuentran plasmados la mayoría de los principios rectores antes señalados; así sucede, por ejemplo, con los principios de legitimidad, de legalidad, de jurisdiccionalidad, de bien jurídico, de acto, etcétera. Si bien el principio de culpabilidad no está considerado expresamente como criterio limitador de la pena, también puede deducirse del espíritu de la Constitución, así como el principio de inocencia y otros. También se consagra una serie de garantías procesales para los inculcados, como son las de defensa, de no incomunicación, de no declaración forzada, de libertad bajo fianza, de publicidad de la audiencia, etcétera, así como reglas para la organización del sistema penitenciario y criterios a seguir en el nivel de ejecución penal.

Esos mismos principios y garantías no siempre son debidamente respetados en las leyes secundarias. Así sucede, por ejemplo, que tanto en el Código Penal como en el de Procedimientos y en el de ejecución de las penas se encuentran disposiciones que recogen principios que contradicen al de culpabilidad. En efecto, la peligrosidad del autor ha sido durante muchas décadas el criterio determinante para la individualización de la sanción penal, según nuestra legislación secundaria; consecuentemente lo que se retribuye es precisamente la peligrosidad. La existencia en la parte especial del Código Penal de figuras delictivas, en las que no se hace la descripción precisa y clara de la materia de la norma, conlleva la violación al principio de legalidad. La presencia de múltiples figuras, donde el bien jurídico no es de los que requiere la intervención del Derecho penal o se trata de cuestiones meramente morales, es transgresión a los principios de intervención mínima y del bien jurídico. Existe, por otra parte, una gran tendencia a la criminalización, producto de una desenfadada inflación legislativa, y que no es más que un abuso del poder punitivo del Estado. El principio de acto se ve igualmente violado, al consignar el legislador en la ley casos en los que no se sanciona al individuo por lo que hace, sino por lo que es, como es el ser vago o mal viviente, que se relaciona con el criterio de la peligrosidad. En el Código de procedimientos penales subsisten aún disposiciones que no garantizan que todo ciudadano cuente con la defensa necesaria y adecuada y que no será privado de su libertad y demás bienes de manera arbitraria. En las leyes de ejecución de sanciones se consagran, a su vez, criterios que definitivamente se manifiestan en transgresiones de los derechos del hombre.

Por lo que hace a la realidad práctica, que se refiere a la funcionalidad de los diferentes órganos del Estado, es este aspecto el que mayores observaciones críticas ha tenido.

La policía, sobre todo la preventiva (sin desdeñar por supuesto a la judicial), se ha ganado a pulso una muy desprestigiada imagen; el grado de corrupción que ha logrado es realmente preocupante, pues ello se traduce fundamentalmente en abusos de poder y extorsiones y, consecuentemente, en constantes transgresiones de los derechos humanos.

La práctica común revela que el poder judicial carece de autonomía real, lo que repercute en desmedro de una auténtica administración de la justicia, ya que con ello la imparcialidad se desvanece y entra en juego el principio de oportunidad. A ello hay que agregar que no todos los encargados de administrar justicia poseen la adecuada conciencia de su misión y la sensibilidad para juzgar a los hombres, que en definitiva son iguales que él. No es raro que con frecuencia la justicia penal sea administrada por los secretarios o escribientes. Hay aún prevalencia de los criterios positivistas en el arbitrio para la individualización de la pena o de la medida de seguridad basado (como se ha dicho) en la idea de la peligrosidad, que a su vez a determinado la existencia de la retención o la del aumento de pena por reincidencia.

Toda vez que el sistema penal mexicano tiene aún como columna vertebral a las penas privativas de libertad, la ejecución de éstas, en muchos de los casos, suele tener un lugar en

condiciones inhumanas, no obstante los considerables esfuerzos para subsanarlo que se iniciaron desde la década de los setentas y que ya en las últimas reformas penales se ha recurrido a los sustitutivos de la prisión. A la prisión preventiva se le usa en exceso, convirtiéndola en auténtica pena, pena sin la previa comprobación de sus presupuestos.

En México, como en la casi generalidad de los países latinoamericanos, ha privado desde hace ya algunas décadas (al menos en el plano formal) la tendencia del defensismo social como movimiento político criminal, que es continuación del viejo positivismo italiano y postula la ideología del tratamiento, misma que ha alcanzado amplia acogida a nivel formal y que en cierta medida ha logrado influir en la forma de pensar y actuar de algunos hombres incrustados en la maquinaria del sistema penal, independientemente de su funcionalidad en la práctica. Se trata, por supuesto, de una tendencia que no es muy compatible con la seguridad jurídica sino que es más propicia para las violaciones de los derechos humanos, por lo que tampoco resulta compatible con los principios del Estado de Derecho. Por otra parte debe resaltarse que en la realidad actual la ideología del tratamiento se ha convertido en una mera "utopía", si se toma en consideración la forma de funcionar de los sistemas penitenciarios; cuando más, sólo constituye una actitud declaratoria.²⁸

Con lo dicho, difícilmente podemos afirmar que la política criminal mexicana posea una clara fisonomía propia; más bien es heterogénea e incoherente, pues en ella encontramos tanto aspectos que apoyan fuertemente el retribucionismo como los que proclaman el defensismo social. Consecuentemente, la política criminal mexicana lejos de revestir características de una política propia de un Estado democrático de Derecho, contiene todavía rasgos marcadamente autoritarios en diversos ángulos, resaltando los que tienen que ver con la fase persecutoria de los delitos y con la ejecución penal.

Por otra parte las medidas políticas que se adoptan carecen de coherencia en virtud, de que en la mayoría de los casos son aisladas; no siempre son producto de un previo conocimiento de la realidad y de una previa planeación, como tampoco lo son de una visión integral del problema.

Toda vez que en el punto anterior se ha concluido que la política criminal mexicana no posee una fisonomía que se encuadre totalmente en el modelo de Estado que se ha preestablecido, se impone ahora ir señalando (lo que inicialmente se ha propuesto) algunos de los criterios que puedan servir de base para la política criminal del Estado mexicano y la forma de cómo ellos se manifiestan o deben manifestarse en el ejercicio del poder que corresponde a cada órgano del Estado.

²⁸ Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Política Criminal Latinoamericana* (Buenos Aires, Hammurabi,) p. 121; Roberto Bergalli, *Readaptación Social por medio de la ejecución penal* (Buenos Aires, Depalma, 1976) Hilde Kaufmann, *Principios para la reforma de la ejecución penal* (Buenos Aires, Depalma, 1977).

De antemano se deja por sentado, que los principios que se han señalado como propios del sistema penal de un Estado de Derecho son los que aquí se postulan; el sistema penal mexicano debe edificarse sobre la base del Estado democrático y de Derecho. En consecuencia, la concepción filosófica a seguir es aquella que contempla al hombre como persona, como un ser racional, en torno al cual se reconoce una serie de características inherentes a su naturaleza humana; no el hombre como instrumento del Estado, sino el hombre que tiene (o debe tener) a su servicio al Estado y al Derecho, como creaciones que son de aquel para su beneficio. El que entre esta concepción y lo que realmente sucede haya un gran abismo, es algo de lo que el mismo hombre es conciente y por su allanamiento lucha; y a medida que los hombres están más consientes de ello, podrán estar en mayores posibilidades de exigir su observancia.

Con base en lo anterior, el Derecho penal mexicano debe ser un instrumento al servicio del hombre para proteger sus intereses y no para servirse de él. Con base en esto, también, el Derecho penal -y por tanto el Estado- debe estar sujeto a una serie de límites, para que se mantenga el reconocimiento y respeto de esa concepción del hombre y de todo aquello que le es inherente. El Derecho penal mexicano, por ello, no debe ser un arma del Estado que éste utilice en contra de los individuos o de la sociedad, sino un instrumentó para protegerlos.

En el Estado mexicano, el ejercicio del *ius puniendi* debe estar limitado, y lo debe estar precisamente por el reconocimiento y respeto de los derechos humanos; debe estar regido fundamentalmente por los principios de legitimidad y de legalidad, entre otros. En el sistema penal mexicano no debe tener cabida el principio de oportunidad, por muy útiles que sean en determinado momento las medidas penales, si con ello se propicia inseguridad jurídica y se transgreden los derechos humanos. Pero ese reconocimiento de las garantías no sólo debe traducirse en un mero reconocimiento formal, al plasmarlo en la ley, sino además (y esto es lo que más interesa) que haya observación real de las mismas; lo que deberá pugnarse, sobre todo, en el concreto ejercicio del *ius puniendi* por otra parte de cada uno de los órganos del Estado.

Ese respeto y protección efectiva de los derechos humanos, debe ser previsto por todo el orden jurídico, pero fundamentalmente por el Derecho penal, que es donde mayor injerencia tiene los bienes más importantes del hombre. Es aquí donde la afirmación de los derechos del hombre frente al Estado se hace siempre ineludible y lo especialmente en el caso límite del individuo acusado o condenado.

Por eso todos los principios limitadores del *ius puniendi*, deben manifestarse en los distintos niveles del ejercicio de esta facultad punitiva por parte del Estado. Pues es necesario que los "derechos humanos", además de ser objetivos situados en el plano formal, en el plano del deber ser, se den también en el plano de la realidad práctica.

De esta manera, si la función del Derecho penal es proteger bienes jurídicos, esa exigencia debe observarse desde el momento mismo de configuración del proceso de formación de las leyes

penales, limitando al legislador en su valoración que se hace o debe hacer previamente a la configuración de los tipos y las punibilidades. Asimismo, se observará en la etapa de la individualización judicial de la pena, en el sentido de que el juzgador debe constatar, al individualizar la ley frente al caso concreto y previamente a la concretización de la amenaza penal, la existencia de la lesión o puesto en peligro de uno de esos bienes jurídicos que ya el legislador ha considerado en la ley, entre muchos otros requisitos. Lo propio sucederá con el principio de acto, con el de culpabilidad y con los demás que son afines.

Seguramente muchas de estas categorías serán cuestionadas desde la perspectiva de su comprobación empírica, y por virtud de la imposibilidad de esa comprobación algunos las rechazarán, como sucede con el principio de culpabilidad. En efecto, la doctrina jurídico penal que postula el principio de culpabilidad presupone la existencia de la libertad del hombre, pues sólo una concepción del hombre que lo considera un ser libre puede explicar los conceptos jurídicos, que en sí encierran también valores éticos. Si bien en la doctrina actual se cuestiona el principio de culpabilidad, esgrimiéndose que "no existe una prueba decisiva en el sentido de una comprobación empírica", es igualmente cierto que tampoco las posiciones alternativas han sido probadas con exactitud. Ante esas discusiones, se piensa que en primer término debe determinarse que es lo mejor para el individuo y para a la colectividad, cuestión que habrá que decidir sin duda afirmando la existencia de la libertad humana; es decir (como lo sugiere Armin Kaufmann), "habrá que sustituir el rigor de la prueba por la medida de la plausibilidad de la argumentación", que significa dar preferencia a la libertad del hombre.

A nivel de la individualización legislativa. Por lo que hace a la individualización que corresponde al órgano legislativo, éste debe ajustarse a lo que la Ley Fundamental señala para el proceso de formación para las leyes penales, siguiendo el procedimiento previamente establecido. Pero, a su vez, para que este órgano pueda establecer o precisar el marco de legalidad al que habrá de ajustarse el órgano jurisdiccional, en cumplimiento del principio de legalidad *nullum crimen nulla poena sine previa lege*, también estará limitado en el momento de sus regulaciones.

Aun cuando se ciña al procedimiento constitucionalmente señalado, el legislador no debe dar origen a leyes indeterminadas, abiertas o confusas, ni tener como objeto de sus regulaciones lo que se le antoje. Debe, por una parte, dar origen a regulaciones (tipos y punibilidades) lo suficientemente claras y precisas, para que pueda derivarse de ello amplia seguridad jurídica para los individuos.

Por otra parte, como materia de prohibición o de preceptuación de las normas penales, el objeto de sus regulaciones sólo lo pueden ser las conductas humanas (acciones y omisiones), las que deben ser tomadas por el legislador tal como se dan en la realidad, es decir como estructuras compuestas tanto de ingredientes subjetivos como objetivos. Como consecuencia de esto, las normas penales no pueden prohibir meros resultados a formas de ser o estado de la persona.

Además el legislador penal, con base en las funciones que están reservadas al Derecho penal, como recurso de *ultima ratio*, de lo que aquél debe estar consciente, sólo debe incluir en sus regulaciones aquellas conductas que realmente lesionen o pongan en peligro, "bienes jurídicos", individuales o colectivos; pero no cualesquiera bienes, sino sólo aquellos que sean los más fundamentales para la vida ordenada en comunidad y respecto de los cuales el Estado no pueda lograr su protección adecuada a través de otros medios jurídicos no penales. Esto implica que el legislador, previamente a la creación de las normas o reforma de las leyes, debe tener un conocimiento amplio de la realidad donde legisla, estar consiente que hay un bien jurídico que proteger y es necesario hacerlo a través del Derecho penal. Aquí se planteará el legislador, dependiendo de la visión que de la realidad tenga, la necesidad de un proceso de criminalización o descriminalización.

Por lo que hace a las sanciones, éstas deben ser igualmente precisadas y evitar toda indeterminación. Debe de señalar también que es lo que con ella se persigue, para que ello sirva de pauta al juzgador y al ejecutor, así como los criterios que debe seguir el juzgador al individualizarlas, los que a su vez, estarán acordes con los demás principios. Asimismo, debe de evitar señalar penas infamantes o que denigren la dignidad humana. Sólo debe fijar penas racionales, que implican tener en consideración la importancia del bien jurídico, la gravedad del hecho, entre otros presupuestos.

De esencia, al Derecho penal corresponden el efecto preventivo y retributivo. En su aplicación concreta, debe procurarse que ese efecto sea logrado de manera relacional. Solo así puede legitimarse el recurso de la pena. La idea de la retribución justa resulta imprescindible para la legitimización de la pena.

Individualización judicial: el juzgador, por su parte, cuando es su turno de intervenir, debe igualmente sujetar su proceder a lo que la ley previamente ha señalado, en acatamiento precisamente al principio de la legalidad.

El juzgador penal sólo podrá intervenir cuando se trate de conocer de hechos que previamente han sido descritos por la ley como delito es decir, de hechos relevantes para el Derecho penal que, por ello, han lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos que el legislador ha querido proteger a través de las normas penales. Es al juzgador a quien, conforme al principio de la división de poderes, está reservada la facultad punitiva de conocer de estos hechos y determinar si es o no aplicable la ley penal al caso concreto.

Para determinar si efectivamente se ha cometido un hecho de los que la ley describe, deberá el juzgador seguir el procedimiento que la ley previamente ha establecido y cumplir con todos los requisitos que ella señala. Dicho procedimiento, a su vez debe de estar diseñado de tal manera que sea una vía adecuada para que en él, en el ejercicio de *ius puidendi* judicial, el inculpado o procesado tenga todas las posibilidades de defensa y garantía de todos los demás

derechos que la misma Constitución le reconoce o confiere, y el juzgador pueda realmente administrar justicia, aplicar la ley con racionalidad.

En este interés del procedimiento penal, el juzgador tendrá que determinar si efectivamente se dan o no los presupuestos mínimos de la pena o de la medida de seguridad: injusto y culpabilidad, para que, si se dan, pueda aplicar racionalmente la consecuencia jurídica. El límite racional de la consecuencia jurídica estará primordialmente determinado por la gravedad o cuantía del injusto y por el grado de culpabilidad. Por lo que hace a las medidas de seguridad, el presupuesto mínimo para la determinación de su aplicación debe de ser la existencia del injusto; el que a su vez podrá hacerse acompañar de algún otro requisito, que determinará el tipo de medida a aplicar, que no necesariamente tiene que ser la peligrosidad. Los contenidos conceptuales de cada uno de estos presupuestos, serán precisados por la dogmática penal (y la jurisprudencia), y en la medida en que cada uno de ellos se reconozca un mayor contenido o un contenido igualmente más racional, conforme a la naturaleza de los mismos, habrá mayor seguridad jurídica para los individuos.

De la misma manera que el legislador no puede, o no debe, tomar en sus regulaciones conductas en las que no se reconocen su estructura interna tal como se da en la vida real, -para evitar que sus regulaciones sean falsas-, tampoco el juzgador podrá o deberá aplicar en el caso concreto una sanción si previamente no ha constatado la existencia de una conducta con tales características.

Los principios de acto, de tipicidad y de culpabilidad, así como los que se derivan de los contenidos de cada una de esas categorías, son los que norman o deben normar el ejercicio de la facultad punitiva que corresponde al juzgador; y con base en esto y a otras consideraciones, debe rechazarse del sistema penal mexicano la figura de la retención, de la reincidencia como causa de agravación de la pena, y consecuentemente, de la peligrosidad como criterio manipulador de la suerte de la libertad de los hombres. Ello entraña, igualmente, revisar otros institutos, como la libertad preparatoria, la suspensión condicional de la condena, la sustitución penal, etcétera, para determinar su conformidad o no con la ideología constitucional.

En la aplicación de la ley penal, el juzgador debe estar en la posibilidad de evitar que ésta siga siendo un instrumento de denominación y de reafirmación de las diferencias sociales y procurar, en todo caso, que las desigualdades provocadas por otros factores se vean neutralizados y, en lo posible lograr un mayor equilibrio en esa lucha desigual entre el Estado y el hombre.

La dogmática penal mexicana (como la dogmática penal en general) debe ser un instrumento que señale los caminos más adecuados tanto al legislador como al juzgador, para que en el ejercicio de las funciones que a ellos corresponde, pueda derivarse seguridad jurídica para los individuos. Como método científico, además de precisar los contenidos conceptuales de los

distintos objetos de regulación y plantear el orden para su análisis frente a las distintas categorías penales, intervendrá para fijarle límites a los órganos del Estado en sus respectivas intervenciones.

4. Principios Rectores del Derecho Penal Mexicano

4.1. Planteamiento General

Al ser el Derecho penal un instrumento político-criminal del Estado, puede revestir diversas características, según como sea concebido y utilizado por el propio Estado. Éste puede utilizarlo "al servicio" del hombre o "para servirse" del hombre; la cuestión será, por una parte, precisar cuál es la función que dentro del sistema jurídico y como medio de control social le corresponde al Derecho penal y, por otra, determinar los límites entre una y otra forma de utilización de ese instrumento, pues los argumentos que se den para una o para otra puede conducir a equívocos. Por tratarse de un instrumento del Estado, éste le puede imprimir las características que desee, de suerte que puede colocarlo en los extremos de un sistema penal democrático o en los de un sistema penal autoritario, o bien lograr un punto intermedio. El Derecho penal, en todo caso, cualesquiera que sean sus rasgos característicos, será un indicador importante para caracterizar al conjunto estatal, es decir, al Estado, como un Estado democrático o como un Estado autoritario, independientemente de otros indicadores.

En efecto, dentro del conjunto de medidas o estrategias político-criminales, que el Estado puede adoptar para luchar contra el delito, pueden encontrarse aquellas que tienen un carácter eminentemente represivo, así como aquellas que son de índole preventiva, o bien las que pueden cumplir una función mixta, tanto preventiva como retributiva, pudiéndose, a su vez, observar la prevalencia de alguno o de otro tipo de política criminal, según el carácter predominante de las medidas. El Estado puede partir de la idea de que una política criminal eminentemente represiva es la que puede garantizar el combatir adecuadamente la delincuencia y lograr establecer la paz y la seguridad públicas, por lo que el único instrumento para ello lo sería el Derecho penal (entendido éste en el sentido más amplio, abarcador no sólo del Derecho penal sustantivo, procesal y ejecutivo, sino también de los otros sectores del sistema de justicia penal). Dentro de esta concepción cabrían, a su vez, múltiples posibilidades político-criminales, como son: creación de nuevas figuras delictivas; incremento de las penas existentes; aumento de las causas de agravación de las penas; disminución de las posibilidades de defensa; reducción de beneficios para cierto tipo de delitos; ampliación de la oportunidad en la actuación del ministerio público y de sus auxiliares, en detrimento de ciertos derechos, como sería el de defensa; mayor número de policías, ministerios públicos, jueces, etcétera, propiciando cantidad y no calidad; mayores facilidades para aseguramiento y decomiso de bienes; mayores obstáculos a la libertad provisional bajo caución; no uso de alternativas a la prisión preventiva y a la pena de prisión; creación de más centros de reclusión y, entre éstos, de aquellos de máxima seguridad (que parecen obedecer a la idea de una crueldad extrema, sin que con relación a ellos haya pronunciamiento alguno de los organismos de derechos humanos); persecución y sanción a fiscales y jueces que parezcan

benévolos con los delincuentes, entre otras. En fin, endurecimiento de todas las medidas penales. Dentro de esta misma concepción se pueden ubicar también aquellas tendencias hacia la implantación de la pena de muerte y la adopción de otras medidas irracionales, así como, por supuesto, las medidas de excepción que para cierto tipo de delincuencia, como es por ejemplo la llamada "delincuencia organizada", limitan la observancia de las garantías que la Constitución prevé para todo tipo de procesado; limitación que, de considerarse necesaria, se puede ir ampliando a un mayor número de delitos, de suerte que puede llegar a convertirse en la regla.

Un sistema penal con estas características definitivamente no puede merecer el calificativo de "sistema penal democrático", sino más bien de sistema penal autoritario o totalitario, en el que los integrantes de la sociedad viven bajo la amenaza penal o, si se quiere, bajo el "terror penal" como única forma de imponer una convivencia social, so pretexto de que todo ello es para su mejor protección y, por tanto, que las medidas son totalmente justificables; los derechos humanos tendrían aquí poca importancia y no constituirían un factor que limitara la facultad punitiva estatal.

Por el otro extremo se encontraría el sistema penal democrático, el que obedece a una política criminal igualmente democrática, que no concibe al Derecho penal (y a toda medida represiva) como la panacea, es decir, como el primero y único recurso de que el Estado puede echar mano para el logro de sus fines. Por el contrario, para este tipo de sistema penal y de política criminal el Derecho penal constituye sólo uno de los tantos recursos institucionales que el Estado puede utilizar para el logro de determinados fines, como es la protección de bienes jurídicos-individuales y colectivos y, de esa manera, coadyuvar en el mantenimiento de la vida ordenada en comunidad. En este tipo de sistema, por tanto, el Derecho penal no es el primero y único recurso sino el último, por lo que el Estado debe hacer uso de otros antes de acudir a él. Por otra parte, dentro de una concepción democrática, el Derecho penal no es concebido como un instrumento de sujeción del hombre, sino como un instrumento al servicio del hombre, individual o grupalmente considerado.

El Derecho penal con las características anteriormente señaladas parte, por supuesto, de una determinada concepción del hombre, quien es el centro de atención y el principal destinatario de las normas penales, así como de una determinada concepción del Estado mismo. El hombre, aquí, no es concebido como una cosa o un instrumento que el Estado puede utilizar para el logro de sus propios fines, sino como una persona, como un fin en sí mismo, como un ser libre y capaz;²⁹ pues sólo una concepción así puede servir para legitimar el Derecho a castigar (*ius puniendi* estatal) y para justificar que el Estado le pueda exigir al hombre que ajuste su conducta a

²⁹ Cfr., Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho penal, parte general* (Buenos Aires, Ediar, 1977) p. 206; Martín Buber, *¿Que es el hombre?*, (México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1964); Moisés Moreno Hernández, "Algunas bases para la política criminal del Estado Mexicano", en *Revista Mexicana de justicia*, (México, D.F., Procuraduría General de la República, núm. 2 Vol. III, abril-junio, 1985). P. 117.

los contenidos de las normas que él da origen, o a imponerle sanciones por no haber ajustado su conducta a tales exigencias normativas. Es partiendo de una concepción así que puede hablarse de derechos que son inherentes a su naturaleza humana, los que, a su vez, pueden constituir un importante criterio de delimitación del poder penal (o derecho a castigar) que tiene el Estado.

Conforme a lo anterior, el *ius puniendi* estatal no puede ser un poder ilimitado ni puede ejercerse arbitrariamente, sino que encuentra límites precisos, a los que debe mantenerse fiel, a menos que quiera caer en los extremos propios de un poder autoritario o absolutista. Esos límites se derivan del reconocimiento de diversos principios que lo orientan, sean de carácter formal o de índole material, así como de la aceptación de ciertas estructuras lógico-reales o lógico-objetivas de sus propios objetos de regulación.³⁰

Una parte central de esta aportación es destacar cuáles son algunos de tales principios y determinar cómo se receptan y operan en el Derecho penal mexicano.

Ahora bien, ¿por cuál de estos sistemas penales habrá que optar? ¿Hacia dónde se orientan las actuales tendencias político-criminales? ¿Cuál es el tipo de sistema penal que consagra nuestra Constitución política? ¿Riñe la observancia de los principios propios de un Estado democrático de Derecho con la idea de la funcionalidad del sistema penal?

Pareciera incuestionable que, ante la disyuntiva Derecho penal democrático o Derecho penal autoritario, la balanza debiera sin más inclinarse por la primera alternativa, toda vez que se trata de la concepción que parte del reconocimiento de la dignidad del hombre,³¹ la que, por ello, constituye el eje de las diversas manifestaciones del Derecho penal. El hombre, como destinatario de las normas penales, querrá seguramente que se le respete su dignidad humana y que no se le reduzca a una mera cosa o instrumento que pueda ser utilizado para otros fines, por lo que seguramente optará preferentemente por sistemas democráticos.

Pero debe admitirse que, ante interrogantes como éstas, las respuestas no siempre son uniformes; así como han habido y siguen habiendo manifestaciones -que sin duda son las más- a favor de sistemas democráticos, también las han habido y las hay que se pronuncian por la vigencia de sistemas autoritarios o totalitarios, lo que seguramente es atribuible a la propia naturaleza del hombre. Muestras de ello abundan en la historia de la justicia penal; un ejemplo claro se observó durante la época del Nacional Socialismo en Alemania, como sistema autoritario de gobierno que fue, en la que hubo también juristas, sobre todo en el ámbito del Derecho penal, que se formularon la interrogante: ¿Liberales oder autoritaeres Strafrecht? (¿Derecho penal liberal o Derecho penal autoritario?), motivado principalmente por el tipo de sistema de gobierno que en

³⁰ Cfr., Radbruch, Welzel, *Derecho injusto y Derecho nulo*, (Madrid, 1971); Ernesto, Garzón Valdés, *Derecho y naturaleza de las cosas*, (Córdoba, 1971); E.R: Zaffaroni, *op. Cit.*, p. 208.

³¹ Cfr., Ángel Garronera Morales, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho* (Madrid, Tecnos 1992)

aquel entonces existía y no tanto por la gravedad del problema de la delincuencia común o tradicional. Ante tal disyuntiva, dichos autores (de la llamada Escuela de Kiel) se inclinaron por un "Derecho penal autoritario" y procuraron establecer las bases para ello. Pero esa forma de pensar no está ausente en nuestros días; de ahí que la lucha por uno u otro sistema continúa.

Conforme a lo anteriormente dicho, habrá que diferenciar una política criminal que admite límites de otra que no los admite en el ejercicio del *ius puniendi* estatal; es decir, habrá que distinguir políticas criminales que en sus diversos niveles y aspectos respeten ampliamente los derechos humanos y, por tal razón, respondan más a las exigencias de un Estado democrático de Derecho, y políticas que se aparten de esas directrices y exigencias, en las que la consideración de los derechos humanos no constituya de manera alguna un criterio limitador de dicho *ius puniendi*, y se correspondan más a un Estado autoritario o absolutista.

De esos tipos extremos de política criminal, que por supuesto ninguno se manifiesta en su forma pura en los tiempos modernos, podríamos decir que la actual tendencia internacional dominante, al menos en el plano teórico, se pronuncia por la vigencia de una política criminal más acorde a las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho, que sea por ello ampliamente respetuoso de los derechos humanos, esto es, de una política criminal que se ajuste a los lineamientos y directrices marcados por las constituciones políticas de tales tipos de estados, así como por los instrumentos internacionales que sobre esta materia se han aprobado por la mayoría de los países del mundo (como son, por ejemplo, el "Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos" y la "Convención Americana Sobre derechos Humanos", entre otros).

Cabe destacar, en primer lugar, que desde la década de los cincuenta, después de los horrores de la II Guerra Mundial, se inició un movimiento político-criminal en el plano internacional, sobre todo en los países de Europa occidental, cuya tendencia se caracterizó por buscar que los sistemas de justicia penal, particularmente en su aspecto legislativo, se ajustaran a las exigencias del Estado democrático de Derecho, que es el tipo de Estado que se ha considerado como ideal, por garantizar mayormente el reconocimiento y respeto de los derechos del hombre, planteándose la necesidad de observar ciertos principios o criterios orientadores, que establecen límites precisos a la potestad punitiva del Estado en cada una de sus manifestaciones y garantizan de mejor manera los derechos de los individuos frente al propio Estado. Se trata de una tendencia político-criminal que se desarrolla fundamentalmente en el plano teórico, pero que trata de incidir directa y determinadamente en las tomas de decisiones de los diversos órganos del Estado, principiando por las que corresponden al órgano legislativo a la hora de dar origen a las leyes penales, es decir, que tienen que observarse en el proceso de creación de las normas penales.

A raíz del movimiento anteriormente señalado, surgieron diversos proyectos de reformas y diversas legislaciones penales -sobre todo sustantivas o materiales- que fueron objeto de transformaciones importantes en cuanto a su orientación filosófica y política. Muestra de ello lo son

los proyectos alemanes y austriaco de la década de los sesenta y el Código Penal alemán de 1975, que en gran medida han inspirado a las modernas legislaciones penales de otros países del mundo.

Dicho movimiento también se manifestó en el ámbito latinoamericano, como se desprende de las ideas que animaron el desarrollo del proyecto de Código Penal Tipo Latinoamericano, iniciado en 1962 en Santiago de Chile o del proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963 y las reformas que en las décadas siguientes se han puesto en vigor en México, como las de 1984 al Código Penal Federal, en las que las aportaciones y el impulso de García Ramírez tuvieron mucho que ver y las de 1994; todas ellas, sin duda, representan una orientación filosófica y político-criminal muy diferente a la seguida por el Código Penal de 1931, en su versión original, y que encuentran sus primeras manifestaciones en el anteproyecto de Código Penal de 1979 para el Estado de Veracruz y luego en el nuevo Código Penal de dicho Estado de 1980 entre otros.

Lo anterior, que se limita solamente a destacar lo que ha sucedido en el campo de la legislación penal sustantiva, es incuestionable que representa un importante avance en el desarrollo político-criminal de nuestro país, pero que habrá necesariamente que ponerlo en la balanza, en la que también habrá que considerar los contenidos que implican retrocesos (como algunas de las reformas introducidas en 1996), así como muchos otros aspectos que se han originado en el ámbito de la política criminal y de la justicia penal, para tener una idea más clara de lo que realmente ha sucedido en esta materia y vislumbrar lo que puede suceder en el presente siglo.

El balance, sin embargo, se limita en esta ocasión únicamente a la consideración de la legislación penal sustantiva; pero, además, sólo desde la perspectiva de los diversos principios fundamentales que la rigen, para determinar hasta qué punto las orientaciones político-criminales características de estados democráticos de Derecho han sido receptadas en ella, o si son otros los criterios que en ella rigen.

Dentro de la experiencia democrática española, como en la mayoría de las democracias contemporáneas, el Programa penal de la Constitución sirve de partitura para la composición de los límites en el ejercicio del *ius puniendi* estatal. Cuyo conjunto de principios que, acuñados por la doctrina penal contemporánea, traducen los postulados que sustentan y limitan el sistema punitivo, a tales principios se les conoce como "principios constitucionales en materia penal" y comportan una seria predeterminación del diseño del poder penal del Estado. Algunos han recibido expresa consagración en la Constitución española, como los de legalidad y resocialización; otros, por el contrario, aparecen difusamente reconocidos en el texto constitucional. Siendo objeto de una labor de definición progresiva por parte de la doctrina y del Tribunal Constitucional Español, en estos

últimos se percibe con mayor énfasis la realidad inmanente de ese "Programa penal de la Constitución", pues su origen se vincula directamente al sistema de valores que ella proclama.

No sería posible -ni deseable- considerar que tales principios puedan figurar en un catálogo cerrado; mejor sería hablar de una lista abierta cuya definitiva concreción reclama un contacto constante y dinámico con los valores constitucionales. No obstante, sí puede decirse que en el momento actual sería irreconocible como democrático un sistema punitivo que no asumiera sin ambages las garantías de legalidad, lesividad, Intervención mínima, culpabilidad y resocialización.

Algunos autores han procedido a clasificar estos principios atendiendo a diferentes criterios. Así, en la Constitución se define a España como Estado social y democrático de Derecho, por ende, se podrían incluir en cada una de estas notas otros tantos principios, vinculándolos al modelo liberal o intervencionista, respectivamente. Desde otra perspectiva, es dable distinguir entre principios formales y materiales, marcando con ello la línea separatoria entre las garantías referentes a la cobertura legal de la criminalización y las que afectan al desenvolvimiento del *ius puniendi* y su proyección sobre el individuo y la comunidad.

Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, la lesividad del hecho. (Teoría Constitucional del Interés Jurídico-Penalmente relevante). La norma jurídico penal tiene asignada una función tuteladora o de protección de intereses vitales para una convivencia pacífica de los que formamos parte del orden social. El orden jurídico proporciona instrumentos de coerción punitiva contra los desvíos graves respecto a las pautas de conducta imperantes en una sociedad y en un momento determinados. La propia evolución del Derecho penal así lo indica.

Ahora bien, esa apelación meramente referencial a un concepto central en nuestra disciplina tiene que fundamentarse como es debido ya que tiene un considerable peso en la literatura penal, de que la Constitución cumple al respecto un papel esencial.

En primer lugar, debe analizarse la configuración constitucional del principio de lesividad y, en segundo lugar, el debate doctrinal sobre los criterios delimitadores del bien jurídico y si se puede optar o no por un concepto "constitucional" del mismo.

La necesidad de vincular la protección penal a la noción de bien jurídico es tan antigua que Armin Kaufmann ha llegado a decir que desde hace unos cien años "ya no se discute seriamente en la ciencia penal", afirmación que puede parecer un tanto apresurada si observamos lo ocurrido en la primera mitad del siglo en Alemania o incluso más tarde cuando en los años sesenta se debatía la reforma. En efecto, todavía el Proyecto gubernamental de 1962 ponía en cuestión la sentencia de Kaufmann al sostener que "si bien en la mayor parte de los casos las normas penales sirven a la tutela de bienes jurídicos ello no excluye que puedan conminarse penalmente determinadas formas de comportamiento especialmente reprobables desde el punto de vista ético, execrables para el común sentir, incluso si de su realización no se deriva inmediatamente la lesión de un bien jurídico". Son sobradamente conocidas las críticas que esta propuesta suscitó entre el

grupo de penalistas que apoyó el Proyecto Alternativo, cuyas ideas quedaron recogidas en el artículo 2-1, al afirmar que " las penas y las medidas sirven a la protección de los bienes jurídicos y la reinserción social del autor" . Tampoco calaron esas concepciones en buena parte de la doctrina española, mereciendo destacarse la rotunda afirmación de Barbero Santos -todavía en plena dictadura sobre el papel del Derecho penal en el Estado democrático: "El Derecho penal futuro renunciará a convertirse en instrumento para la imposición de ideologías políticas o concepciones morales que impidan una organización pluralista de la sociedad [...] Si se pretendiera mediante la pena promover las virtudes individuales se estaría exigiendo al Derecho algo que excede por entero de sus posibilidades [...] Las penas estatales son ontológicamente inválidas como medio de perfección moral".

Debe advertirse, no obstante, que el debate sobre la constitucionalización del principio de lesividad ha tenido un claro acento italiano. La doctrina transalpina se ocupó durante los años sesenta de determinar el alcance de la declaración de impunidad del delito imposible que realiza el artículo 49.2 de su texto punitivo, conectándola con una figura específicamente asignada a la criminalización del delito político (el "attentato") y en general con la tipificación de delitos de peligro abstracto. La ponencia presentada por M. Gallo al X Congreso de la A.I.D.P. (1969) auspiciaba un cambio del escenario de debate situándolo por encima de la legislación ordinaria, pues al castigarse conductas carentes de peligrosidad real y en las que solo concurriría -si acaso una cierta peligrosidad social del autor se estarían difuminando -decía Gallo- las diferencias que la Constitución italiana establece entre penas y medidas de seguridad. Cuatro años más tarde, Franco Bricola daría el impulso definitivo a esta línea interpretativa en su "*Teoría generale del reato*", punto de referencia inexcusable cuando se aborda el problema de la lesividad del hecho punible. Bricola asume el pensamiento de Gallo, pero añade otros argumentos constitucionales para apoyar esta garantía democrática: el "dogma del hecho" (en relación con el principio de legalidad), la recepción del principio "*cogitationis poenam nemo patitur*", la responsabilidad penal personal y, en fin, el significado histórico del tránsito desde un Estado autoritario en el que el principio del bien jurídico se había transformado en violación de un deber y la lesividad en desobediencia a la norma.

En esta tesitura, Mantovani quien ha ofrecido el argumento de mayor éxito a la jurisprudencia constitucional de su país y también a la española, opina que, el principio de ofensividad o lesividad del hecho punible representa una derivación de la exigencia constitucional de proporcionalidad, que reclama una afectación real de intereses con relevancia constitucional para justificar la limitación de derechos fundamentales que es propia de la sanción punitiva. Llamó la atención sobre el hecho de que esta línea de pensamiento nos sitúa en el punto de contacto entre el postulado de la exclusiva protección de bienes jurídicos y lo que podríamos denominar "teoría constitucional del bien jurídico"; en suma, si el sistema penal está vinculado a la protección

de intereses relevantes por exigencia constitucional dichos intereses han de tener necesariamente un reconocimiento -más o menos explícito en la propia Constitución.

En este sentido ha afirmado Rudolphi que la norma fundamental es la clave que permite superar la dicotomía entre un concepto teleológico de bien jurídico (positivo, pero vacío y puramente formal) y un concepto liberal (con contenido, pero previo al Derecho positivo). En efecto, el autor se pregunta si no sería posible reunir ambos aspectos del bien jurídico pleno de contenido con el fin de obtener de esta forma un concepto de bien jurídico pleno de contenido y sin embargo jurídicamente obligatorio (y no sólo político-jurídico). Ello sería posible, en su opinión, "si fuera factible deducirlo de las prescripciones jurídicas positivas que son previas a la legislación penal pero obligatorias para ésta [...]. Tales decisiones valorativas, previas y obligatorias para la legislación penal, no pueden deducirse, como por ejemplo en la época del iluminismo, de alguna norma de un derecho natural suprapositivo, ni tampoco como lo ha hecho von Liszt, de las relaciones sociales preexistentes. Tales decisiones valorativas sólo pueden estar contenidas en nuestra Constitución, y yo soy de la opinión enfatiza Rudolphi de que nuestra ley fundamental las ha decidido al afirmar que la República Federal Alemana es un Estado de Derecho". El influjo de la Ley Fundamental alcanza incluso a autores -como Amelung- que rechazan cualquier límite inmanente al concepto de bien jurídico, pues para cerrar el paso a conductas socialmente "disfuncionales", pero carentes de lesividad real, invocan concretos valores como la dignidad de la persona y la autonomía individual, que sustraen directamente de aquélla.

Como es sabido las teorías constitucionalistas del bien jurídico no gozan, por regla general, de gran predicamento, algunos hablan inclusive, del "desencanto" que están produciendo en los últimos años, por su incapacidad para superar esencialmente, tres objeciones. En primer lugar, se achaca a esas teorías su débil fundamentación en el entendido de que la función primordial que la Constitución no es regular el comportamiento de los ciudadanos entre sí, sino establecer las claves fundamentales del ejercicio del poder político". En segundo lugar, desde el punto de vista de la utilidad que la referencia constitucional, se suele advertir que la flexibilidad y ambigüedad propias del texto constitucional no permiten "concretar" el "interés protegido". En tercer lugar, desde una perspectiva político-criminal, son varios los autores que la condenan estimando que si se afirma la existencia de un catálogo cerrado de bienes jurídicos en la Constitución se estaría vulnerando al propio tiempo el principio básico del pluralismo, que llevaría a centrar en el consenso político las decisiones sobre qué debe protegerse, sin que ello sea fruto de una cristalización jurídico-formal de catálogos constitucionales.

La primera crítica es infundada pues si bien es cierto que las, Constituciones no se promulgan con la finalidad de ofrecer al legislador penal un catálogo de bienes jurídicos, resulta

asimismo indudable que su función es la de consolidar "normativamente" el orden de valores imperante en la sociedad en un determinado momento. Como se ha visto, el concepto de "relevancia constitucional" es lo suficientemente amplio como para acoger intereses quizá no percibidos en su día ni siquiera por los propios constituyentes.

Por lo que se refiere a la segunda de las críticas que ha sido expuesta, no va dirigida únicamente contra un concepto de bien jurídico de índole constitucional, sino contra cualquier concepto de bien jurídico. Es cierto que la protección de nuevos intereses (los denominados por Sgubbi, "intereses difusos") plantea un difícil reto al Derecho penal de nuestros días, debido esencialmente a los obstáculos que se interponen a la hora de expresar en la ley las modalidades de agresión a dichos bienes pero ello no impide que la labor creadora de la doctrina intente superar la dificultad añadiendo ulteriores exigencias.

Por último, la crítica dirigida a la teoría constitucional del bien jurídico como "espacio cerrado" que no deja lugar al consenso propio de una sociedad pluralista creo que resulta acertada y, al mismo tiempo, considero que puede ser superada. En realidad se está señalando no tanto un defecto como la parquedad de la expresión "relevancia constitucional", pues es cierto que la política criminal de un país no puede quedar cerrada por la voluntad de los constituyentes que propende a la longevidad, y es cierto también que el consenso debe jugar un papel decisivo a la hora de señalar en cada momento las directrices delimitadoras de la política criminal. Pero con ello, no se está invalidando el apoyo constitucional del bien jurídico, sino advirtiendo la necesidad de añadir al mismo un requisito ulterior y que podríamos denominar: la necesidad de la intervención penal. En este sentido hace ya algunos años se refería Arroyo a la doble fundamentación del bien jurídico en la Constitución y en el consenso. Precisamente esa es la idea que late en el fondo de las posiciones de algunos penalistas españoles que en los últimos años sin rechazar la "relevancia constitucional" del bien jurídico añaden, sin embargo, el criterio de la necesidad de protección penal del mismo.

Por otra parte, y "descendiendo" de la teoría a la praxis, existen dos datos a tener muy en cuenta a la hora de valorar la teoría constitucional del bien jurídico. En primer lugar, basta echar una ojeada a la literatura penal española de los últimos años relativa a la Parte Especial del sistema punitivo para darse cuenta de que los autores buscan generalmente el enclave constitucional del bien jurídico penalmente protegido. En segundo lugar, la realidad demuestra que el proceso de reforma penal que actualmente se desarrolla en España cuenta como criterio guía con el orden de valores de la Constitución. Así, por ejemplo: ya en la Reforma de 21 de junio de 1989 se introdujo, con cuño legal, el bien jurídico "Libertad sexual", repudiándose la rúbrica que se refería a la honestidad, sin duda, por su falta de reflejo en la Constitución, pero donde aparece palmariamente la Constitución como marco de referencia para la protección penal es en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1992, donde se afirma:

Las obligaciones y limitaciones constitucionales la defensa de los derechos y deberes de todos en los conflictos más graves cristaliza en el Código penal [...] La selección de bienes jurídicos objeto de tutela penal ha partido del marco constitucional de los derechos y libertades fundamentales. El marco constitucional es, pues una referencia inicial que permite hacer la siguiente y fundamental conservación: que en todos y cada uno de los bienes jurídicos que tutela el código penal encuentran base institucional y lo que es mas importante, que no hay ni un solo delito en el que no sea dable apreciar la vinculación con un valor constitucional declarado.

Principio de Intervención Mínima. Posición del Derecho Penal en el Conjunto del Derecho Sancionador Estatal. Estrechamente ligado al anterior, suele fundamentarse este principio en la convicción de que el Derecho penal no sólo no puede emplearse en defensa de meros intereses minoritarios y no necesarios para el funcionamiento del Estado de Derecho pues entonces no merecen ser protegidos con tan graves medidas coercitivas, con independencia de que se trate de intereses sumamente respetables, sino que ni tan siquiera es adecuado recurrir al Derecho penal y a sus gravísimas sanciones si existe la posibilidad de garantizar una tutela suficiente con otros instrumentos jurídicos no penales. La lógica del Estado democrático -ha escrito recientemente Politoff- sólo puede tener como horizonte a la reducción del sistema penal: "la criminalización es admisible sólo cuando se demuestra inevitable", lo cual no quiere decir que en todos los campos haya que operar con la lógica de la descriminalización, pues es bien cierto que existen algunas áreas que están demandando una intervención hasta ahora inexistente, se trata en suma, de garantizar la legitimidad y la eficacia de la intervención penal.

Desde luego el problema no es nuevo, como lo pone de manifiesto el hecho de que uno de los Manuales más recientes sobre la Parte General del Derecho penal apele a la construcción elaborada M.E. Mayer para exponer los criterios de "control", de la intervención penal que permiten calificarla de "mínima". Ahora bien, al mismo tiempo debe ponerse de manifiesto que la importancia adquirida por este principio limitador del poder punitivo en los últimos años exige una aclaración previa sobre su actual alcance. Actualmente el principio de intervención mínima se ha colocado en el centro de la tensión entre Estado democrático y Estado social, desplegando en la Legislación penal contemporánea una función casi catárquica.

Tras el influjo de la descriminalización que marcó en buena medida la política criminal de la posguerra (situación a la que se corresponde una intervención mínima) desde hace más de diez años se observa un significativo giro en sentido contrario. Este último fenómeno, al que Hassemer ha denominado "*dialéctica de modernidad*", explica que el Derecho penal se haya convenido en un medio de arreglo de conflictos cuyas notas diferenciales con otros instrumentos aptos para el mismo fin se han esfumado casi por completo, convirtiéndose, pese a sus severos instrumentos represivos, en una ley blanda (Soft Law). Consecuencia de ello es -en las palabras de Hassemer- que el Derecho penal esté ampliando actualmente su capacidad, procurando desembarazarse del

"lastre liberal" que resulta molesto para el cumplimiento de su nueva tarea; tarea que, en buena medida, ha transformado al Derecho penal en un instrumento simbólico, apto para satisfacer más la "imagen" que la "realidad" de la protección de intereses de nuevo cuño.

Por el contrario, el Principio del Estado Democrático tiene como seña de identidad más genuina la reducción de su aparato coercitivo hasta el mínimo indispensable. En su nombre se arbitran políticas despenalizadoras que colocan en el centro del debate el alcance de la relación entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador, cuya importancia se ve ampliada en los últimos años; de paso se asiste a la progresiva fusión de ambos aspectos del Derecho estatal sancionador bajo principios de actuación similares y, en fin, a la demanda sancionadora procedente de los órganos de la Comunidad Europea, que deliberadamente prescinden de exigir uno u otro tipo de sanciones contra comportamientos que atenten contra sus intereses, singularmente de índole económica. Paralelamente, se observa -sobre todo en Italia, como ha denunciado Palazzo- una suerte de "feudalismo penal", caracterizado por el desmembramiento de la legislación punitiva en otras tantas leyes sectoriales, provocando hipertrofia e inestabilidad legislativa y originando una más que justificada desconfianza sobre la supervivencia de la vigorosa obra codificadora de la época contemporánea.

Estamos inmersos, en una etapa caracterizada por una política criminal ambivalente o "bipolar", orientada de una parte hacia una prudente descriminalización en el campo del Derecho penal clásico y, de otra, hacia una evidente criminalización de comportamientos que hasta ahora permanecían en el ámbito del Derecho penal accesorio. Con ello se quiere poner de relieve que uno de los signos definitorios del Derecho penal "moderno" es la atención creciente hacia la protección de intereses jurídicos de naturaleza colectiva (demanda generada por el Principio de Estado social), pero que en buena medida incurre en lo que se ha dado en llamar "Derecho penal simbólico", debido a su escasa eficacia para dirigir los procesos sociales en el sentido aparentemente elegido y que es el único que legitima la intervención penal crítica que se inscribe en el marco del denominado "Derecho penal orientado a las consecuencias", manifestación de la nueva tendencia de nuestra disciplina a vincularse a otras que se hallan extramuros de ella y en general, a la comprobación (*out pat*) del rendimiento que ofrece. Y no se trata de negar sistemáticamente la protección penal a estos intereses; sólo se quiere indicar que el peligro de perversión del concepto de bien jurídico es elevado, debiéndose atender siempre a criterios de racionalidad y manteniendo como objetivo último la protección de intereses individuales y no de meras "funciones".

Una de las vías elegida por la doctrina para "remodelar" el sistema penal de acuerdo con los postulados del Estado democrático es la invocación del denominado "Derecho penal mínimo", orientación que no ha contado con demasiados seguidores y cuya seña de identidad consiste en poner de manifiesto la correlación entre una selección rigorista de los bienes jurídicos a proteger y

la progresiva reducción de las penas más aflictivas -sobre todo la pena de prisión-, bajo el doble lema "menos delitos" (el sistema punitivo provoca problemas mayores de los que pretende resolver) y "menos cárcel" (la pena es violencia institucional).

Pues bien pese a todos los problemas que en la actualidad presenta el principio de intervención mínima y que en España se manifiestan de manera muy clara en el proceso de reforma del Código penal que ha permanecido abierto desde hace lustros encauzando las tensiones entre la descriminalización (comenzada sobre todo con la reforma de 1989) y la satisfacción de demanda de introducción de nuevas formas de delincuencia pese a todo ello los expertos consideran que los criterios expresados por M.E. Mayer siguen siendo efectivamente fiables para abordar y solucionar tan compleja problemática. Esos criterios son:

1° El merecimiento de protección del bien jurídico.³²

2° La necesidad de protección penal de dicho bien. Se ha referido Mir recientemente, con notable éxito a la imperiosa obligación de distinguir entre bien jurídico y bien jurídico penal. La doctrina -dice- no ha contemplado normalmente este último concepto, sino que se ha limitado a referirse al bien jurídico, sin más. Por otro lado, advierte que no basta con que un bien posea suficiente importancia social (y relevancia constitucional) para reclamar su protección penal; es preciso que no sean suficientes para su tutela otros medios de defensa menos lesivos; si basta con la intervención administrativa, o la civil no habrá que elevar el bien a rango de bien jurídico penal. Dicho con otras palabras la admisión de un bien jurídico en el ámbito penal no se debe efectuar siguiendo únicamente el criterio de la importancia del bien, sino teniendo en cuenta al mismo tiempo la gravedad de los ataques que se pretenden prevenir; lo cual conduce, por cierto, a desdibujar un tanto la distinción previa: el bien jurídico penal no es cualitativamente distinto del bien jurídico, sin más. Planteando el problema de este modo no es difícil situar esta propuesta de Mir en línea con la doctrina dominante, que considera la simple cualidad del bien jurídico como un criterio ineficaz para llevar a buen término una política criminal "distributiva" entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador sobre todo en el área conflictiva de los bienes jurídicos de naturaleza nueva.

Este carácter "mínimo" o subsidiario de la intervención penal nos sitúa, desde otro ángulo en el clásico postulado de la fragmentariedad del Derecho punitivo, que exige justamente que los bienes merecedores de protección penal sean tutelados -por regla general de manera "fragmentaria", es decir, únicamente contra las modalidades de agresión más graves y relevantes, rechazando una tutela abrumadora o "totalitaria" y, por ello, también, uniforme e indiferenciada. En definitiva, el principio de fragmentariedad impone que el Derecho penal siga siendo un archipiélago

³² *Vid. Supra*, P.p. 34 ss.

de pequeños islotes en medio del gran océano de lo penalmente indiferente (aún siendo jurídicamente relevante).

3° Capacidad de protección penal. Lo que hace referencia a la eficacia de la intervención. La utilización del Derecho penal como instrumento de control social con el presunto afán de resolver conflictos allí donde su eficacia se muestra escasa o nula carece completamente de sentido, siendo además denunciable por auspiciar el asentamiento de mecanismos de control meramente "simbólicos", pero aptos para enturbiar el normal desarrollo de esos conflictos.

Ahora bien, debe aclararse inmediatamente que el criterio de la eficacia carece por sí mismo de legitimidad para autorizar la intervención penal; ese es el tono con que debe interpretarse la afamada frase de Von Liszt: "El Derecho penal es la barrera infranqueable de la Política criminal", a lo que habría que añadir: "en el marco de la Constitución y de los principios legitimadores del sistema penal".

Principio de Culpabilidad. El lugar preeminente que ha pasado a ocupar en la literatura penal de los últimos años el llamado "principio de culpabilidad" muestra de la crisis en que dicho principio se halla inmerso. A esa situación se ha llegado a causa del cuestionamiento previo del propio concepto de culpabilidad, que de algún modo ha "arrastrado" en su caída en desgracia al principio que lleva su nombre. Han pasado "sólo" treinta años desde que Arthur Kaufmann sentenciara que "la culpabilidad es presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal" y, sin embargo, ello no es hoy generalmente aceptado. Al ponerse en cuestión el axioma del libre albedrío del hombre, subrayándose la imposibilidad de su demostración, el problema de la búsqueda de un fundamento a la imposición de la pena estatal ha variado su ángulo de enfoque desde el plano metafísico, hacia el plano social de la función del Derecho penal en la comunidad. No es este el momento de plantear y resolver desde una perspectiva propia esta cuestión, tarea que debe ubicarse justamente en el entorno de la culpabilidad como elemento del delito. Lo que sí corresponde dilucidar aquí es hasta qué punto la "crisis" del concepto clásico de culpabilidad (incluso adoptándose nuevas denominaciones, tales como "responsabilidad" o "atribuibilidad") puede desplazar asimismo al principio de culpabilidad del lugar que ha ocupado siempre: en el frontispicio de las garantías penales.

A este respecto, cabe hacer la siguiente matización: el principio de culpabilidad acompañará en su suerte al concepto de culpabilidad en la medida que se conciba aquel como fundamento de la pena y del mismo *ius puniendi*. Por el contrario, si se considera exclusivamente como un principio limitador de la potestad punitiva aún cabe la posibilidad de que se mantenga en pie sin que le afecten sustancialmente los severos embates a que se ve sometido el concepto de culpabilidad, entendido al modo de Arthur Kaufmann.

Como ejemplo de la "confusión" reinante entre uno y otro, basta citar la autorizada opinión de Jescheck, quien afirma en su Tratado: "El principio de culpabilidad significa que la pena criminal

debe sólo fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a su autor. Del principio de culpabilidad se desprende en primer lugar, que toda pena supone culpabilidad y, en segundo lugar que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad". El Tribunal Constitucional alemán deriva el principio de culpabilidad no sólo de los principios generales del Estado de Derecho material, sino además específicamente de la obligación de respetar la dignidad humana. Dicho brevemente -y nada menos que por JAKOBS-: "la prohibición de vulnerar la dignidad debe limitar la optimización de la utilidad de la pena". Entendido el principio de este modo, la culpabilidad sitúa el sistema penal en un plano estrictamente ético cuyo centro se halla ocupado por el hombre como sujeto de responsabilidad moral con capacidad de autodeterminación hacia el mal o hacia el bien. Desde este prisma, el principio de culpabilidad adolece de una dinámica autónoma frente a la caída en desgracia del paradigma del libre albedrío, al que acompañaría fielmente.

Debe destacarse sin embargo, que incluso en sectores doctrinales que rechazan esa fundamentación de la pena se ha proclamado la necesidad de mantener en pie el principio que nos ocupa, pero exclusivamente con el carácter de límite de la intervención punitiva situándose la fundamentación de la culpabilidad en otro lugar; justamente en el de la función preventiva de protección de bienes jurídicos, tal y como se ha explicado ya.

Principio de Resocialización. Función Constitucional de la Pena y de la Medida de Seguridad. Las Alternativas a la Prisión. Para apreciar en su justa medida la orientación constitucional hacia la reeducación (y la barrera que supone frente a las ideas retributivas) basta echar un vistazo a las posiciones del Tribunal Constitucional germano sobre la reclusión perpetua. Se afirma que dicha instancia no puede decidir la disputa teórica sobre los fines de la pena,³³ sin embargo, frente a una cuestión tan delicada, del Alto Tribunal no tiene inconveniente en invocar el parágrafo 20.1 de la Constitución (que fundamenta el alcance de la pena privativa de libertad) para advertir que sería contrario al mismo excluir "a priori" la posibilidad de que los condenados a tan terrible sanción pudiesen beneficiarse de la libertad condicional tras haber cumplido una parte del tiempo de condena. Según el Tribunal Constitucional Federal, esa pena destruye la personalidad y con ello la dignidad del recluso, por lo que debe considerarse absolutamente excepcional.³⁴

Esta reflexión permite sugerir que la fundamentación de la pena en la denominada "prevención general positiva" no puede llamar a engaño; pese a presentarse como doctrina valorativamente "neutral", bajo ese maquillaje resplandece el más puro retribucionismo; la pena se fundamenta en la inobservancia de los valores dominantes; lo cual no se debe confundir con las posibilidades de limitar la prevención (es decir, la protección de bienes jurídicos) recurriendo al

³³ Vid. Tiedemann, *Constitución y Derecho penal*, p.155

³⁴ Cfr. Tiedemann, "Constitutionnalisierung de la "matière pénale" en Allemagne", en *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, 1994-1 p.4

criterio del consenso social sobre dichos valores; criterio que sirve para referirse al modo en que los valores constitucionales sirven de guía para la selección de los intereses merecedores de tutela penal.

Pero si la pena cumple en sí misma (como realidad normativa) una función preventiva las teorías de la unión (y muy especialmente la "teoría dialéctica de la unión" propugnada por Roxin) permiten introducir en las fases sucesivas de la "funcionalización" de la pena intereses de otro tipo y, singularmente, intereses preventivo-especiales. Es evidente, el gran valor de la declaración contenida en el artículo 25.2 de la Constitución Española es que introduce un alto grado de "permeabilidad" a esos intereses en las fases de imposición y ejecución de la pena. Que ello es cierto en la última de las fases señaladas aparece claro para la totalidad de la doctrina. Que lo sea también en la fase de imposición, no recibe tan amplio consenso pero sí posturas fundamentadas a favor.³⁵

Por lo tanto en esa declaración radica la fundamentación constitucional del sistema de alternativas a la prisión previsto en el nuevo Código Penal español. En efecto, su Exposición de Motivos declara que "se propone una reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna"; los artículos 80 y ss. perfilan un sistema de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (con posibilidad de asignar al reo determinadas obligaciones, lo que diferencia radicalmente esta institución de la hasta ahora vigente) y de sustitución de la misma bien por arresto de fin de semana, bien por la pena pecuniaria. El legislador ha tenido especial cuidado de permitir la suspensión cuando se trate de toxicómanos, eludiendo los requisitos generales de manera que puedan acceder a ella incluso los reincidentes. Por todo ello bien puede decirse que el nuevo texto legal abre un abanico de posibilidades a los jueces para que sus decisiones puedan estar guiadas por la mejor adecuación a la futura reinserción social del condenado. Como contrapartida, el artículo 78 permite al Juez o Tribunal acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en la sentencia, sin perjuicio de lo que a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente. Con ello se ha pretendido dar pábulo a las demandas de determinados sectores sociales que, movidos por explicables deseos de venganza tras la perpetración de crímenes horrendos han requerido al legislador un endurecimiento del régimen de cumplimiento; lo grave es que el legislador haya atendido esa demanda. Únicamente la posibilidad que se ofrece al Juez de Vigilancia Penitenciaria de volver al régimen general a la vista de la evolución del tratamiento puede salvar a este precepto de una palmaria tacha de vulneración del artículo 25.2 de la Constitución Española.

³⁵ Vid. Córdoba, *La Pena y sus Fines en la Constitución*, cit. *Passin*.

Principio de Legalidad. Según la doctrina dos son los fundamentos de este principio: el político-criminal y el político-democrático. En relación con el primero, se advierte que el principio de legalidad está llamado a cumplir una función motivadora sobre la generalidad de los ciudadanos, o lo que es lo mismo; éstos sólo pueden recibir el mensaje normativo cuando dicho mensaje aparece clara y públicamente expresado en una disposición cuya vigencia, además, sea anterior a la propia comisión del hecho, pues en otro caso la función de "advertencia" se perdería por completo. Ahora bien como ya se explicó, dicha fundamentación empobrece las garantías individuales por cuanto la motivación deseada por el legislador puede provenir de disposiciones en las que la determinación de la conducta brille por su ausencia, como ha ocurrido, por cierto, con la denominada "legislación de la emergencia". Por otra parte, la susodicha fundamentación se muestra incapaz de explicar por qué debe limitarse la utilización de las "leyes penales en blanco", so pena de vulnerar las garantías del ciudadano, ya que la función político-criminal se cumple con rigor, en su caso, tanto si en la disposición aparece una norma con rango de ley como si lo hace en otra de carácter reglamentario.

Estas cuestiones, y otras, reciben por el contrario una explicación coherente si el fundamento del principio de legalidad se sitúa en la perspectiva del Estado de Derecho y, más concretamente, en el principio de división de poderes, cuyo alcance del contenido garantista de la legalidad penal se reconoce en una doble exigencia; garantía de legitimación y garantía de seguridad. Ambos aspectos se tuvieron muy en cuenta por los revolucionarios de 1979, que no demandaban solamente la intervención de la Asamblea Nacional para regular los delitos y las penas, ni tampoco se limitaban a denunciar la aplicación arbitraria del Derecho por parte de los jueces del Antiguo Régimen. En realidad, su crítica al sistema penal anterior cubría por igual, y conjuntamente, ambas direcciones, convergiendo en un postulado superior y de trascendental alcance; la interdicción de la arbitrariedad del Estado en el ejercicio de la potestad punitiva. Desde el punto de vista de la división de poderes, esa convergencia aparece significativamente condensada en la expresión que utiliza la doctrina italiana aludiendo al "*monopolio de criminalización*" atribuido al poder legislativo.

4.2 Principios Rectores del Derecho Penal Mexicano

Al hablar de los principios rectores de la legislación penal mexicana se centra el análisis en la legislación penal sustantiva. Resulta conveniente hacer alguna referencia breve sobre la vinculación ideológica que ha tenido la legislación penal en nuestro país y el estado que guarda en el momento actual, tomando como punto de referencia al Código Penal que rige en el ámbito federal, que data de 1931. Este código aparece casi quince años después de que entró en vigor la Constitución política y a la fecha cuenta ya con más de setenta años de vigencia; durante ese tiempo ha sido objeto de múltiples críticas y transformaciones, las que se han acentuado en los últimos años y de alguna manera han tenido que ver con su propia ideología.

Por lo que hace a la orientación filosófica y política de ésta, la legislación penal habrá que recordar lo que señalaron sus autores, quienes, al plantearse la cuestión de si el Código Penal a que darían origen debería o no estar vinculado a una determinada orientación filosófica y política, afirmaron que dicho código no tenía por qué vincularse a alguna de las orientaciones en aquel entonces en boga,³⁶ en virtud de que, seguramente, ninguna de ellas proporcionaba soluciones adecuadas a los problemas que se planteaban al Derecho penal. Ellos pensaban, por tanto, que podrían dar origen a un código penal totalmente desvinculado de orientaciones filosóficas y políticas; lo que, por supuesto, no podría en modo alguno considerarse factible, ya que es difícil dar origen a un código sin tomar en cuenta antecedentes y elaboraciones teóricas existentes. La prueba de ello es que, en contra de lo afirmado por ellos, dieron origen a una legislación penal en la que de ninguna manera está ausente la consideración de tales orientaciones, según puede constatar de sus contenidos. En aquel entonces revestía gran novedad en nuestro país como en casi todos los países de América Latina, lo que se había dado en llamar la lucha de escuelas; por una parte estaba la escuela positivista y, por otra, la llamada escuela clásica, de cuyos pensamientos los penalistas y, sobre todo, los legisladores se han visto ampliamente influidos. Ante las alternativas que ellas planteaban, si bien el legislador de 1931 estableció que ninguna de ellas podría servir de base para la legislación penal mexicana, lo cierto es que, como se ha dicho, del análisis del contenido del Código Penal de 1931 se encuentra que el legislador necesariamente tuvo que tomar en cuenta tanto las elaboraciones teóricas de la escuela clásica como las de la escuela positivista, las que, a su vez, se encuentran vinculadas con concepciones filosóficas y políticas determinadas, que tienen que ver con los límites del poder punitivo del Estado y con el reconocimiento y respeto de los derechos del hombre.

³⁶ Luis Garrido y J.A. Ceniceros, *La ley penal mexicana*, (México 1934); A. Teja, Zabre, "Exposición de motivos del código penal de 1931" en *leyes penales mexicanas*, (México, D.F., INACIPE, 1979). Pp. 289; Celestino Porte Pettit, *Evolución penal en México* (México, 1965).

Es incuestionable que los criterios desarrollados por la escuela clásica limitan en mayor medida el *ius puniendi* estatal y garantizan con mayor amplitud los derechos del hombre, como se observa de los principios que se fueron acuñando desde la segunda mitad del siglo XVIII, que se corresponden con la nueva concepción del Estado, que es el Estado de Derecho, o más concretamente del Estado democrático de Derecho; entre tales principios resaltan: el principio de legalidad, el principio de legitimidad, el principio del bien jurídico, el principio de acto, el principio de culpabilidad y el de presunción de inocencia.³⁷ Los criterios planteados por la escuela positivista, en cambio (entre los cuales se encuentran el de autor en vez del de acto, y el de peligrosidad o temibilidad, en lugar del de culpabilidad), se corresponden más con un sistema penal de un Estado autoritario o totalitario, en virtud de que (por partir de una concepción distinta del hombre) no garantizan una mayor limitación de la potestad punitiva, sino que posibilitan su ejercicio ilimitado, y tampoco reconocen ni respetan de manera considerable los derechos del hombre. Tiene, por ello, importancia el determinar cuáles fueron las influencias que estas corrientes de pensamiento tuvieron en nuestra legislación penal y como ellas han ido modificándose en los últimos tiempos.

No hay duda que el Código Penal federal de 1931 receptó en sus aspectos fundamentales, de manera prioritaria, las orientaciones de la escuela positivista; lo que quiere decir que el legislador de entonces no tomó tanto en consideración los lineamientos filosóficos y políticos que se desprenden de la Constitución política, sino que se guió más por las corrientes de pensamiento que estaban de moda, no obstante que no compaginaban con la ideología constitucional. En efecto, la Constitución política de 1916/1917 establece los lineamientos político-criminales de cómo debe ser el sistema de justicia penal en nuestro país; en ella se establecen criterios que deben regir a la legislación penal y, por tanto, orientar los contenidos del Código Penal. Esos lineamientos o directrices nos indican que la legislación penal mexicana debe revestir características propias de un sistema penal de un Estado democrático de Derecho, ya que es este tipo de Estado el que diseña la Constitución (artículo 40).³⁸

Del análisis del contenido original del Código Penal de 1931, sin embargo, encontramos la presencia de una serie de principios o criterios que no se corresponden con aquellos lineamientos constitucionales, sino con los de un sistema penal de un Estado autoritario, como sucede, por ejemplo, con la regulación del "principio de presunción de intencionalidad", del "principio de peligrosidad" o "temibilidad", así como de la "reincidencia como causa de agravación de la pena" y de la "retención", entre otros, observándose una gran dicotomía entre la ideología de la

³⁷ G. Bettiol, *Instituciones de Derecho penal y procesal* (Barcelona, Bosch, 1977), p. 95; G. Rodríguez Mourullo, op. cit. Pp. 49y ss.; Rivacoba y Rivacoba "La reforma penal de la Ilustración", en *doctrina penal* (año 11, núm, 41 – 44, Depalma, Buenos Aires, 1988)pp.231 y ss. ; E.R. Zaffaroni, *manual de Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 1977)pp. 221y ss.

³⁸ Moisés, Moreno Hernández, "El sistema de Justicia penal en México", en *Aequitas, Revista Jurídica del Poder Judicial de Sinaloa* (Sinaloa, Segunda época, núm. 21, agosto 94) pp. 3 y ss.

Constitución y la ideología originalmente dominante de la legislación penal sustantiva, como veremos más adelante.³⁹ Pero debe señalarse previamente que el mencionado Código Penal ha sufrido en los últimos quince años importantes modificaciones que han afectado directamente su original orientación filosófica y política y la han acercado más a la ideología constitucional, como se desprende de las reformas experimentadas en 1984 y 1994.⁴⁰

En efecto, con las mencionadas reformas se ha logrado paulatinamente: a) erradicar el "principio de presunción de intencionalidad", que contenía el original artículo 9 de Código Penal, y dar entrada al principio de presunción de inocencia; b) desechar el criterio de la *ignorantia legis non excusat* y del *error iuris nocet* que parten de la idea de que todo individuo, por el hecho de vivir en sociedad, conoce la ley y, consecuentemente, nadie puede alegar ignorancia o desconocimiento de su existencia o de sus alcances; c) se regula por primera vez, como consecuencia de lo anterior, la situación del "error", particularmente la del llamado "error de Derecho", como causa de exclusión o de atenuación de la responsabilidad, permitiendo ahora distinguir entre "error de tipo" y "error de prohibición" vencible e invencible (artículo 15, fr. VIII); d) se introducen sustitutivos de la pena de prisión, como son el trabajo en favor de la comunidad, el tratamiento en libertad y la semilibertad (artículo 27 y 70); e) se excluye la regulación de la retención, así como la de la reincidencia como causa de agravación de la pena; f) se regula expresamente el principio de culpabilidad, como criterio determinante para la individualización de la pena, desechándose el de la "peligrosidad" o "temibilidad" del sujeto (que preveían los artículos 52 y 12 del Código Penal); g) se establecen las bases para la punición de la omisión impropia o comisión por omisión (artículo 7), reforzándose con ello el principio de legalidad; h) se precisan los alcances y requisitos de la conducta dolosa y de la conducta culposa (artículo 9), con lo que se supera el problema que origina la existencia de los "tipos abiertos"; i) se precisa la regulación de la tentativa punible y se prevén los casos de impunidad producidos por el "desistimiento" o el "arrepentimiento activo" (artículo 12); j) se establece una delimitación más clara de las diferentes formas de "autoría y participación" y se plasma como principio el de que "cada uno de los intervinientes responderá en la medida de su propia culpabilidad", además de prever una penalidad menor para el cómplice, para el auxiliador posterior al hecho en virtud de promesa anterior y para la llamada "autoría indeterminada" o "complicidad correspectiva" (artículo 13); k) se introducen en el catálogo de "causas de exclusión del delito" nuevas circunstancias, como son: la "falta de algún elemento del tipo penal" (o atipicidad), el "consentimiento del ofendido o del

³⁹ Cfr. Luis de la Barreda, "Los Jinetes de la peligrosidad", en *Revista Mexicana de Justicia* (México, D.F., Núm. 4, Vol. V, octubre-diciembre 1987). Pp. 21 y ss.

⁴⁰ Luis de la Barreda, "Los jinetes de la peligrosidad", en *Revista mexicana de justicia* (México, D.F., Procuraduría General de la República, núm. 4 Vol. V, octubre-diciembre 1987). Pp. 21 y ss.; Moisés, Moreno Hernández, "derechos humanos y legislación penal sustantiva" en *Revista mexicana de justicia* (México, D.F., Procuraduría General de la República, núm. 4 Vol. V, octubre-diciembre 1987). Pp.99

legitimado para otorgarlo", el "error de tipo", el "error de prohibición" y la "no exigibilidad de otra conducta", y se precisan los alcances y requisitos de otras (artículo 15). Asimismo, l) se adopta un criterio mixto en cuanto a los objetivos que deben plantearse a la hora de la individualización de la pena, que son fines de justicia, de prevención general y prevención especial (artículo 51); m) en observancia al "principio del bien jurídico" y al de "intervención mínima" o de *ultima ratio* del Derecho penal, se ha experimentado un proceso de "descriminalización" o "destipificación" y de "despenalización" de ciertas conductas (por ejemplo: injurias, golpes simples, ataque peligroso, vagancia y mal vivencia, etcétera), aunque también se observa, y sin duda con mayor intensidad, el nada deseable proceso inverso.

Principio de legalidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*). Conforme al principio de legalidad, plasmado en el artículo 14 constitucional, el Estado en ningún caso podrá imponer pena o medida de seguridad alguna si no es por la realización de una conducta que previamente ha sido descrita en la ley como delito o sin que la sanción esté igualmente establecida en la ley, expresada en la fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Este principio exige no solamente que los órganos del Estado ajusten el ejercicio de su poder a lo establecido por la ley, sino también que la propia ley penal que se origina en el ejercicio de ese poder penal esté diseñada con claridad y precisión, de suerte que de su contenido se derive seguridad jurídica para los individuos.

Puede afirmarse que, con ciertas salvedades de origen, este principio se observa ampliamente en la legislación penal sustantiva, tanto por el hecho de contener todo un catálogo de delitos y de penas, como por el de describir de manera clara y precisa la materia de regulación de la norma penal y la amenaza penal. Cabe señalar, sin embargo, que con relación al Código Penal federal eran aplicables, por una parte, aquellas aseveraciones de la doctrina de que la existencia de ciertos tipos abiertos planteaba la no observancia plena del principio de legalidad, porque gran parte de la materia de regulación penal se encontraba sin describir legalmente; tal era el caso de los delitos culposos, que hasta principios de 1984 no se encontraban precisados los requisitos que debería tomar en cuenta el juzgador para afirmar su existencia y sancionarlos. Con las reformas al Código Penal que entraron en vigor en abril de 1984 se subsanó este problema, al establecerse en el párrafo segundo del artículo 9° lo que debe entenderse por una conducta culposa y los requisitos necesarios para ello; aunque de todos modos la fórmula general permite que sea el juzgador el que determine, por ejemplo, en qué consiste el "deber de cuidado" que el sujeto debía observar en el caso concreto y si hubo o no violación del mismo. Obedeciendo también a exigencias de seguridad jurídica, con las reformas de 1994 se adoptó como criterio político-criminal el del *numerus clausus* respecto de la punibilidad del delito culposo, como se precisa en el párrafo segundo del artículo 60.

Lo propio puede decirse con relación a los delitos impropios de omisión, también llamados delitos de comisión por omisión, toda vez que esa forma de realización no se encontraba

expresamente establecida en la ley, por lo que se afirmaba la violación del principio de legalidad si en un caso concreto un juez imponía a alguien una pena por la no realización de una determinada conducta para la evitación del resultado típico; lo que, aun cuando no había sido observación recurrente de la doctrina penal mexicana, igualmente se subsanó con la reforma de 1994, que incluyó un párrafo segundo al artículo 7° del Código Penal federal, en el que se precisa, por una parte, que el resultado típico también será atribuible al que omita impedirlo sólo "si tenía el deber jurídico de evitarlo" y, por otra, se establece la "fuente" de ese deber de actuar, que puede ser la ley, un contrato o el propio actuar precedente del sujeto; asimismo se establece que la responsabilidad penal solamente se dará si se trata de "delitos de resultado material", todo lo cual encierra sin duda mayor seguridad jurídica.

Pero lo mismo puede afirmarse por lo que hace al delito doloso, si bien con relación a él la doctrina penal no ha cuestionado su legalidad en cuanto a los requisitos que lo conforman, pues de acuerdo con la regulación original el Código Penal federal tampoco contenía disposición alguna que indicara qué debía entenderse por una conducta dolosa, que pudiera servir al juzgador para que en el caso concreto afirmara su existencia y le impusiera pena; cuando más el artículo 8° establecía que los delitos pueden ser "intencionales" o "no intencionales", sin dar mayores detalles respecto de sus requisitos. En cambio, el artículo 9° indicaba que en todo caso la "intencionalidad delictuosa se presume", lo que posibilitaba que en la mayoría de los casos se sancionara al delito doloso sin haber acreditado la existencia del dolo, pues correspondía al inculcado la carga de probar lo contrario, es decir, de probar su inocencia; si no lo hacía, se confirmaba su intencionalidad delictuosa y, consecuentemente, su culpabilidad, aun sin determinar en qué consistía aquella. Igualmente con la reforma de 1984, ante las observaciones críticas que se formularon, se superó formalmente este problema, ya que se precisó en el párrafo primero del artículo 9° qué es una conducta dolosa y cuáles son los requisitos que deben concurrir para su afirmación, precisándose, además, el objeto del conocimiento como uno de los aspectos de la conducta dolosa y posibilitándose la distinción entre el dolo directo y el dolo eventual según la intensidad de la voluntad del sujeto; fórmula que todavía alcanzó una mayor precisión con la reforma de 1994 al mismo artículo 9°.

En atención a las exigencias del principio de legalidad, se realizaron otras importantes modificaciones al Código Penal. Tal es el caso de las reformas (de 1985 y 1994) en torno a la regulación de la tentativa (artículo 12), a la autoría y participación (artículo 13) y al concurso de delitos (artículo 18), cuyas fórmulas se ven ampliamente precisadas, así como el de la inclusión de nuevas causas de exclusión del delito y la reformulación de otras (artículo 15). A ello obedece también el que a ciertas penas y medidas de seguridad se le hayan determinado sus límites de

duración (artículo 24-50 bis) y se hayan precisado los requisitos que el juzgador debe tomar en cuenta para la individualización de las penas y medidas de seguridad (artículo 51 y 52).

Existen muchos otros aspectos que considerar, tanto del Código Penal como de las leyes penales especiales, sobre todo los relacionados con el diseño y estructura de los tipos penales, en donde es más frecuente la no observancia de las exigencias del principio de legalidad, que establecen que los tipos deben describir con toda claridad y precisión, y en lo posible de manera completa, la materia de regulación de la norma penal; pero tratarlos ahora rebasaría los límites de este trabajo. Sin embargo, con lo señalado puede afirmarse que, en términos generales, la legislación penal sustantiva observa ampliamente el principio de legalidad; por lo que puede decirse que, desde la perspectiva de este principio, en gran medida se ajusta a la ideología de la Constitución, posibilitando un ejercicio limitado del poder penal del Estado y garantizando los derechos de los individuos frente a aquél, como lo exige el sistema penal de un Estado democrático de Derecho.

Pero esto que puede afirmarse en el plano estrictamente formal no implica necesariamente que también así suceda en el plano material, es decir, en el de la realidad práctica de la aplicación de la ley a los casos concretos, aunque así debiera ser; pues, como se ha señalado, entre los planos formal y material existe un gran abismo, una amplia desconexión. Y esto último tiene mucho que ver con la forma de actuación de los órganos encargados de aplicar la ley como son el Ministerio Público y el órgano judicial y a los criterios de interpretación que utilizan, que con frecuencia corresponden más a otras épocas y no van con el real sentido de la ley, o por razones diversas se distorsiona dicho sentido. La situación se agrava si a ello agregamos la existencia de leyes penales obsoletas, que continúan tejidas en torno a principios y supuestos de otras épocas y no se ajustan al desarrollo de los cambios sociales o al ritmo de los tiempos.

Principio de Tipicidad. Derivado del principio de legalidad se encuentra el de la existencia previa de los tipos penales, los que tienen la función de describir la materia de regulación de las normas penales, es decir, de describir la conducta que la norma penal prohíbe u ordena, y que constituye un requisito necesario para poder hablar de delito. Y para poder hablar de pena, uno de sus primeros y necesarios presupuestos lo es precisamente la tipicidad, o sea, la concretización de los elementos del tipo penal, que exige que el órgano encargado de aplicar la ley acredite la existencia de tales elementos típicos y considere únicamente como delito al hecho que reúna dichos elementos señalados en la descripción legal y así poder concretar la amenaza penal. Por razón de este principio, se prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio de persona alguna; asimismo, queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata (artículo 14 constitucional).

La observancia del principio de tipicidad a nivel formal es obvia si se toma en cuenta los propios contenidos de la ley, de donde se desprende que no podrá afirmarse la existencia del delito si no se acredita la existencia de los elementos del tipo, como puede derivarse de la interpretación lógica de los contenidos de los artículos 7, 8, 9 y 15 del Código Penal, sobre todo de este último, cuya fracción II expresamente establece que no habrá delito si "falta alguno de los elementos del tipo del delito de que se trate". A tales contenidos habrá que agregar el de los artículos 122 y 168 de los códigos de procedimientos penales (distrital y federal), que nos indica en forma detallada cuáles son los elementos del tipo penal que general y específicamente deben acreditarse para afirmar la existencia del delito de que se trate. Tales contenidos, que son producto sobre todo de las reformas de 1984 y 1994, establecen límites precisos a la potestad punitiva del Estado y proporcionan mayor seguridad jurídica a los individuos; por lo que debe exigirse su observancia cabal a los órganos encargados de su aplicación y no se desvirtúe su sentido.

Caben, sin embargo –hasta antes de la reforma constitucional de 1999–, los mismos reparos que con relación al principio de legalidad, por la estrecha relación que entre estos principios existe; pues es precisamente respecto de las exigencias de este último que el órgano del Estado, sobre todo el encargado de la investigación de los delitos y del ejercicio de la acción penal, se apartaba mayormente de su cumplimiento; los múltiples casos consignados por el Ministerio Público, en que se negaba la orden de aprehensión solicitada por él, son claras muestras de la no observancia del principio de tipicidad por el órgano acusador, no obstante exigido en el artículo 16 constitucional y, por ello, ser una garantía individual. La dificultad de ajustarse a esta exigencia motivó que desde el ámbito del Ministerio Público surgiera el señalamiento de que la propia disposición constitucional constituía un obstáculo para el debido cumplimiento de la función persecutoria y combatir la impunidad; planteándose, por ello, reformas a la Constitución, para "flexibilizar los requisitos que establece el artículo 16 constitucional para obtener una orden de aprehensión" y hacer "más eficiente la actuación de, los órganos de procuración de justicia". Contra esta propuesta, ya se pronunciaron oportunamente los juristas nacionales, al calificarla de insatisfactoria y desalentadora, y expresar que la Constitución "no es, ni ha sido nunca, el obstáculo para la seguridad pública"; que, en cambio, "la subsistencia del apartado de garantías, de las formas procesales y de las exigencias sustantivas que la Constitución alberga es perfectamente compatible con la seguridad pública y con la justicia"; por lo que, -se cuestiona- "antes de cambiar la Constitución que ya modificamos en 1993, 1994 y 1996- ¿no será razonable aplicarla y ver qué pasa?; ¿no será que el problema está en otras partes, que no son la Constitución ni sus normas reglamentarias?"; no obstante se reformó en el año de 1999.

Principio de Intervención Mínima del Derecho Penal. También conocido como principio de *ultima ratio* o principio de subsidiariedad, plantea que el Derecho penal sólo debe ser utilizado como recurso de *ultima ratio*, cuando otros medios resultan ineficaces; impone la necesidad de

agotar previamente recursos no penales, cuyas consecuencias sean menos drásticas, pero que pueden resultar más eficaces que las penales para la protección de bienes jurídicos. Este principio vincula tanto al legislador, a la hora de creación de las normas penales, como al juzgador, al momento de aplicar la ley a los casos concretos; pero también alcanza al órgano ejecutivo, tanto por lo que hace a la actuación del Ministerio Público en el ejercicio de su función persecutoria, como con relación a la fase de ejecución penal.

Considerando este principio, pero vinculado siempre con otros que más adelante se plantean, se han adoptado ciertas medidas en la legislación penal que muestran su aceptación o no. Ciertamente, desde las reformas que entraron en vigor en 1984 hasta las de 1994, se ha operado un proceso de descriminalización y despenalización de ciertas conductas, como por ejemplo: injurias, golpes simples, ataque peligroso, disparo de arma de fuego, vagancia y mal vivencia, ciertos casos de desobediencia y resistencia de particulares, oposición a que se ejecute alguna obra o trabajos públicos, entre otros, por considerar que tales conductas o situaciones pueden ser atendidas adecuadamente por otras áreas del Derecho, atendiendo a su trascendencia y a la importancia de los bienes jurídicos. A esa idea también obedece el que a ciertos tipos penales se les haya establecido mayores exigencias para que la conducta pueda ser penalmente relevante; el que las sanciones por delitos culposos sólo se impondrán para determinados casos señalados en el artículo 60 del Código Penal; el que se haya aumentado el número de los delitos perseguibles por querrela de parte ofendida; el de establecer sustitutivos a la pena de prisión; el ampliar las posibilidades para obtener la libertad provisional bajo caución y, consecuentemente, limitar el uso de la prisión preventiva (como se derivó de la reforma de 1993 a la fracción I del artículo 20 constitucional); entre otras medidas que incuestionablemente responden a exigencias político-criminales modernas.

Pero al lado del proceso anteriormente descrito, debe resaltarse que, al menos en lo que va de los últimos quince años de reforma a la legislación penal, la tendencia prevaleciente es contraria a la del principio de intervención mínima, pues cada vez se observa una mayor intervención del Derecho penal y, en lugar de ser éste el último recurso, se le ha convertido en el primero y casi único recurso de que el Estado hace uso para el logro de sus objetivos. En efecto, el proceso de "criminalización" de nuevas conductas ha sido mucho más intenso que el de "destipificación" en el periodo que se menciona, habiéndose originado el delito de trata de personas (artículo 205); los delitos cometidos por servidores públicos, que comprenden el peculado, el cohecho, la concusión, tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito, entre otros (artículo 212-224); los delitos cometidos contra la administración de justicia, que cada vez han ido incrementándose (artículo 225); el ejercicio indebido del propio Derecho (artículo 226); retención indebida de pacientes, recién nacidos y cadáveres (artículo 230); incumplimiento de deberes alimentarios (artículo 236 bis); tráfico de menores (artículo 336 bis); fraude mediante libramiento de

cheques (artículo 387 frac. XXI); administración fraudulenta (artículo 388); extorsión (artículo 390); lavado de dinero (artículo 400 bis), delitos electorales (artículos 401-413), entre muchos otros. Lo propio puede decirse con relación al constante incremento de las penas, que revelan un gran endurecimiento del Derecho penal; el volver a ampliar el uso de la prisión preventiva (como sucede con las reformas al artículo 20 constitucional de 1996), etcétera. Es, por ello, hora de que se reflexione sobre la función que efectivamente le corresponde cumplir al Derecho penal y sobre si debe constituir el único recurso que el Estado puede utilizar o éste debe contar con otras alternativas político-criminales.

Mientras el Estado haga menos uso del Derecho penal y acuda a alternativas menos represivas, como son las medidas de prevención general y, dentro de éstas, las de carácter no penal, será caracterizado cada vez más como un Estado democrático de Derecho.

Principio del bien jurídico. Por lo que hace a este es igualmente esencial de todo sistema penal en un Estado democrático de Derecho, el rige tanto a la actividad del juzgador como a la del legislador; se establece, por una parte, que en ningún caso deberá imponerse pena alguna si no es por la realización de una conducta que haya lesionado o, por lo menos, puesto en peligro un determinado bien jurídico; premisa que, por otra parte, a nivel legislativo, exige al legislador que en sus regulaciones penales no deberá prohibir u ordenar conductas si no existe de por medio un bien jurídico que proteger. Es decir, los tipos penales sólo se justifican en la medida en que con él se trata de proteger un determinado bien jurídico. Por ello, la consideración del bien jurídico constituye la razón de ser de los tipos penales y de todo el Derecho penal.⁴¹

En efecto, este principio tiene que ver nada menos que con la función que tiene el Derecho penal, que es la protección de bienes jurídicos, sean individuales o colectivos. Pero, por otro lado, no cualquier bien jurídico justifica la intervención penal para su protección, sino únicamente los bienes jurídicos que son de fundamental importancia para la vida ordenada en comunidad, cuya protección no puede lograrse por otro medio jurídico; bienes de poca importancia, por tanto, deben ser atendidos por otra área del Derecho distinta a la penal; lo que está acorde con la exigencia del "principio de intervención mínima" del Derecho penal, de que a éste no se le debe utilizar para cualquier fin. De ahí que estos dos principios tienen una muy estrecha vinculación y conjuntamente determinan seguir un proceso de criminalización y penalización o uno de descriminalización y

⁴¹ Armin, Kaufmann, "La misión del Derecho penal", en *política criminal y reforma del Derecho penal*, (Bogotá, Temis, 1982) pp. 118 y ss.; H.H. Jescheck, (trafacht im Dienste der Gemeinschaft, 1980); K, Amelug; Rechtsgüterschutz und schutz der Gesellschaft, (Frankfurt 1972); M. Polaino Navarrete, *El bien jurídico en el Derecho penal*, (Sevilla, universidad de Sevilla, serie de Derecho, núm 19, 1974) Rudolphi, H. J. "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", En *nuevo pensamiento penal* (año 4, núm. 7 julio-septiembre, 1975, Depalma, Buenos Aires) pp. 329 y ss. Moisés, Moreno Hernández, "Penalización y despenalización en la reforma penal: importancia del principio de bien jurídico en la creación de los tipos penales", (en *Criminalia*, año LIX, núm 2, México, mayo-agosto, 1983) p. 66-70; Raúl Peña Cabrera, "Bien jurídico y relaciones sociales de producción", en *Debate Penal*, Año 1, Núm. 2, mayo-agosto, (Lima, Perú, 1987) P.133 y ss.

despenalización de determinadas conductas, dependiendo de las exigencias que la realidad social vaya planteando, como se ha dicho en el punto anterior.⁴² Pero también la consideración de los bienes jurídicos tiene la función de precisar los contenidos de los tipos penales, determinando las formas de su afectación y demás requisitos que servirán de presupuesto para la sanción penal, así como las formas de reacción frente a los comportamientos que los afecten.

De la revisión de los contenidos de la parte especial del Código Penal se ha podido constatar la existencia de tipos penales, en los que el bien jurídico no es de aquellos cuya lesión o puesta en peligro dificulte la vida ordenada en comunidad, por lo que podrían muy bien ser protegidos por otra área del Derecho. Como se ha mencionado anteriormente, esta consideración determinó que diversas figuras delictivas salieran del Código Penal, pero en su lugar un mayor número de otras fueron introducidas, sin que para ello se haya partido de la idea de que sólo los bienes de fundamental importancia deben ser protegidos por el Derecho penal. Tampoco ha sido ese el criterio que ha determinado la agravación de la pena en ciertos casos, o que se nieguen beneficios procesales o penitenciarios en otros. Existen, por otra parte, diversos tipos penales en los que no resulta fácil determinar cuál es el bien jurídico que se trata de proteger, y otros en donde se trata de bienes difusos o colectivos,⁴³ como es el caso de los delitos ambientales o los que ahora se hacen valer en materia de delincuencia organizada, sin contar muchos otros que se encuentran en la llamada legislación penal especial.

Principio de Acto (*nullum crimen sine conducta*). Este principio precisa que las normas penales únicamente pueden prohibir u ordenar conductas humanas (acciones u omisiones)⁴⁴, por lo que al sujeto sólo se le podrá imponer una pena o medida de seguridad "por lo que él hace" y no "por lo que él es", se rechaza, por tanto, que las normas prohíban u ordenen meros estados o situaciones de la persona o formas de conducir su vida. Un ejemplo claro de no observancia de este principio y, por tanto, de la adopción de un criterio propio de un "Derecho penal de autor", no obstante lo previsto por el artículo 7° del Código Penal, lo constituye la regulación de la "vagancia y mal vivencia", que afortunadamente ha salido ya del código con las reformas de 1994. Ciertamente, la importancia político-criminal que tiene el párrafo primero del artículo 7°, además de hacer referencia al principio de legalidad, es plasmar el "principio de acto", al establecer que el delito sólo lo puede ser una acción o una omisión; lo que sin duda garantiza que a nadie se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por su mera situación personal o forma de conducir su vida. La cuestión de determinar en qué sentido habrá que entender a la acción y a la omisión es

⁴² Moisés Moreno Hernández, *Penalización y Despenalización...*, op. cit. Pp. 66 y ss.

⁴³ Juan Ramírez Bustos, "Los bienes jurídicos colectivos", en *Control Social y Sistema Penal* (Barcelona, PPU, 1987). Pp. 181 y ss.

⁴⁴ Hans Welzel, *El nuevo sistema de Derecho penal*, Barcelona, 1964, p. 30; Armin Kaufmann "La función del concepto de acción en la teoría de delito", en *Revista Jurídica Veracruzana* (Jalapa, Universidad Veracruzana, núm. 1-2, 1974) pp. 51 y ss.

un problema que corresponde esclarecerlo a la dogmática penal; pero es en ese punto donde tiene importancia el criterio dogmático que se siga, pues de él dependerá que se limite o no la potestad punitiva del Estado.

En la tradicional práctica judicial mexicana ha prevalecido todavía hasta ahora la llamada "concepción casualista" en torno al concepto de acción, por lo que se ha entendido a ésta como un mero proceso causal ciego carente de sentido, en el que la voluntad, si bien es componente esencial de la acción, sólo es tomada en su aspecto externo (manifestación de la voluntad) como factor desencadenante del proceso corporal, mas no como factor de dirección, lo que propicia que el ejercicio del poder penal se extralimite. A esa concepción obedece que con relación al "cuerpo del delito", sólo se hayan considerado elementos de carácter objetivo o externo, dejando todo lo subjetivo para el ámbito de la culpabilidad, como se planteó por la doctrina penal más tradicional. Los avances que la dogmática penal ha experimentado en los últimos cincuenta años poca consideración habían encontrado en nuestra doctrina y jurisprudencia penales, sobre todo por lo que hace a las aportaciones de la concepción formal de la acción, que plantea una reestructuración del concepto de delito y la reubicación sistemática del dolo y la culpa, que ahora forman parte del tipo penal y no de la culpabilidad.

Las reformas introducidas en 1994, sobre todo al Código de Procedimientos Penales (federal y distrital), adoptan sin duda un criterio dogmático más moderno, como se observa de los artículos 168 y 122, respectivamente, de los mencionados códigos, que representan mayores y más precisas exigencias para poder afirmar la existencia de la tipicidad y de la culpabilidad, y que ahora obligan a la jurisprudencia y a la doctrina a actualizarse; actualización que es ineludible, dado que tales nuevos contenidos implican mayor seguridad jurídica.

Principio de Culpabilidad y de Presunción de Inocencia. Conforme a este principio "a nadie se le impondrá pena alguna si no se demuestra previamente su culpabilidad"; por otra parte, "la medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto", esto es, el límite de la pena no deberá rebasar el límite de la culpabilidad; lo que quiere decir que la culpabilidad constituye tanto el fundamento como el límite de la pena. Estrechamente vinculado con este principio se encuentra, también, el "principio de presunción de inocencia", que atribuye al órgano del Estado la carga de probar la culpabilidad del sujeto autor de la conducta antijurídica, y que mientras aquél no demuestre su culpabilidad se le tendrá por inocente.

El principio de culpabilidad, que es columna vertebral del moderno Derecho penal, no se encuentra establecido expresamente en la Constitución política, sí en cambio en instrumentos internacionales que México ha suscrito, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración de San José, que en términos del artículo 133 de la Constitución política constituyen la ley suprema de toda la nación, por lo que podría ser alegado a favor del inculpado. En la versión original del Código Penal de 1931 tampoco le plasma de manera expresa el principio

de culpabilidad, ni como fundamento ni como límite de la pena; por el contrario, se adopta el principio de peligrosidad o de temibilidad, como se desprende sobre todo del artículo 52 de dicho Código Penal, que se refiere a las reglas generales de aplicación de las sanciones.

Como en otras ocasiones se ha afirmado con insistencia, el criterio de la peligrosidad o temibilidad, cuyo contenido conceptual no ha sido hasta ahora suficientemente esclarecido por los especialistas, es más propio de un Derecho penal de corte autoritario y se convierte en un instrumento muy peligroso en manos de los juzgadores, por lo que no se ajusta a la ideología constitucional.⁴⁵ Sin embargo, rigió en nuestro sistema de justicia penal durante más de sesenta años, y sólo gracias a las observaciones críticas de los últimos tiempos es que por fin fue desechado de nuestra legislación penal, regulándose en su lugar de manera expresa el principio de culpabilidad, como puede observarse sobre todo de los nuevos contenidos de los artículos 12, 13 y 52 del Código Penal a raíz de las reformas que entraron en vigor en 1994.

En el plano formal, por tanto, el principio que ahora rige es el principio de culpabilidad, tanto en su función fundamentadora como en su función limitadora; limita el poder penal del Estado y garantiza la observancia de los derechos del hombre. Ahora bien, la cuestión de saber qué debe entenderse por "culpabilidad" corresponde a la dogmática penal; pero es en torno a esto que habrá que señalar que la dogmática ha elaborado diversos conceptos de culpabilidad, a los que le ha atribuido una determinada y diferente estructura, cada una de las cuales tiene que ver también con una determinada concepción del hombre y del Derecho penal y, por tanto, con los alcances que a éste se le da. Por lo que igualmente habría que ver cuál de esos distintos conceptos es el que puede garantizar una mayor limitación del poder penal del Estado y garantizar de mejor manera los derechos del hombre. Es con relación al problema de la culpabilidad donde es particularmente exigible una muy estrecha vinculación entre dogmática penal y política criminal; estableciéndose que el criterio dogmático más adecuado para que cumpla con esa función limitadora es el elaborado por el sistema finalista, dada su vinculación filosófica y política; por lo que en ese sentido habría que entender los contenidos de la ley que hacen referencia a la culpabilidad.

Pero, igualmente, no puede afirmarse lo mismo con relación a la situación práctica; en la aplicación concreta de la ley por parte de los juzgadores no existe todavía claridad respecto de lo que es la culpabilidad y de cual es su contenido conceptual, en virtud de que no se ha dado una estrecha vinculación entre la dogmática penal y la política criminal; por lo que su manejo, salvo ciertas excepciones, no es aún adecuado y consecuencia se piense que con las reformas sólo le ha producido un cambio de nomenclatura y que, por ello, se le puede seguir manejando como si se tratara de la peligrosidad o temibilidad.

⁴⁵ Moisés, Moreno Hernández, "Orientaciones político criminales de las recientes reformas al Código penal...", op. cit. del mismo; "El sistema de justicia penal del Estado mexicano", op. cit.

Por cuanto hace al principio de presunción de inocencia, tampoco se encuentra plasmado expresamente en la Constitución política; pero puede afirmarse que es el que se corresponde con la ideología constitucional, que alienta la existencia de un Derecho penal propio de un Estado democrático de Derecho; lo que se refuerza con las previsiones contenidas en instrumentos internacionales suscritos por México. La legislación secundaria, en cambio, adoptó otros criterios totalmente opuestos, como puede observarse del original contenido el artículo 9 del Código Penal federal, seguido por todos los códigos penales estatales, que establece el principio de presunción de intencionalidad. En efecto, dicho artículo 9 decía expresamente que en todos los casos "la intencionalidad delictuosa se presume salvo prueba en contrario", e inmediatamente señalaba que "la presunción a que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias. Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo, en general, intención de causar daño; II. Que no se propuso causar el daño que resultó; III. Que creía que la ley era injusta, o moralmente lícito violarla; IV. Que creía que era legítimo el fin que se propuso; etcétera". Es decir, que aun cuando el sujeto demostrara no haber actuado intencionalmente de todos modos se presumirá tal intencionalidad, como se desprende de las diversas acciones que contenía el mencionado artículo. Según la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia en materia penal han hecho de los contenidos de los artículos 8 y 9 del Código Penal federal, en ellos se hace referencia a la "culpabilidad"⁴⁶, en virtud de que para ellos dolo y culpa eran partes integrantes de la culpabilidad; por lo que el seguir dicha interpretación conducía a admitir que lo que se presumía era precisamente la culpabilidad del sujeto. Lo que sin duda es una interpretación equivocada del contenido de dicha disposición, en cuanto a la ubicación sistemática que se le da a esos elementos subjetivos, pero que de todos modos conduce a afirmar la contravención al principio de presunción de inocencia, además de afectar al propio principio de culpabilidad.

El reconocimiento del principio de presunción de intencionalidad, por otra parte, traía como consecuencia que se le negara toda relevancia penal a diversos tipos de error, sobre todo al llamado "error de derecho" y, consiguientemente, que se negara en muchos casos la posibilidad de demostrar la inocencia o inculpabilidad del sujeto, por partirse del dogma *ignorantia legis non excusat* y *error iuris nocet*, que es la negación de todo poderío eximente al llamado "error de derecho". Este dogma, que parte de la idea de que por ser las leyes comunes para todos, todo el mundo tiene la obligación de conocerlas, como miembro que es de la comunidad social, realmente choca contra los principios de equidad, como lo ha señalado ya la doctrina penal, pero también choca con la realidad social y con la policroma y desigual conciencia jurídica que priva en nuestro

⁴⁶ Sergio Treviño Vela, op. cit., Islas Olga y Ramírez Elpidio, "El error en el modelo lógico del Derecho penal", en *Derecho penal contemporáneo* (México D.F.; núm. 38 mayo y junio, Fac. de Derecho de la UNAM, 1970).

medio; por lo que tampoco resulta compatible con la ideología constitucional, como también lo hemos destacado en diversas ocasiones.

No obstante todo lo anterior, la negación formal del "principio de presunción de inocencia" se mantuvo durante más de cincuenta años de vigencia del Código Penal de 1931. Fue hasta con las reformas de 1984 al artículo 9 que se desechó el mencionado principio de presunción de intencionalidad de la legislación penal sustantiva; en su lugar se precisó lo que debía entenderse por una conducta dolosa y por una conducta culposa y, consecuentemente, se reguló por primera vez al error como causa de exclusión de la responsabilidad, como se podía observar del nuevo contenido de la fracción XI del artículo 15 del Código Penal federal. Con ello, por lo tanto, se extrajo, o al menos se procuró extraer, a la legislación penal de la gran desconexión en que estaba con nuestra realidad social, y se liberó de la aberración en que se mantenía. Por supuesto, no debe pasarse por alto que, además de la regulación del error en el artículo 15, que en realidad era suficiente para atender todo este problema, apareció también la del artículo 59 bis, que se limitaba sólo al llamado error de derecho, pero que únicamente le reconocía efecto atenuante no obstante ser también un error invencible; por otro lado, al establecer como condición que quien alegara dicha situación de error se encontrara en situación de "aislamiento social" o de "atraso cultural", dicha disposición venía a acentuar diferencias sociales al darle un trato más desventajoso a quienes se encontraban en situación de "aislamiento social" o de "atraso cultural".

Con las reformas de 1994, además de regularse expresamente "el principio de culpabilidad", se precisa la fórmula del error, permitiéndose la distinción entre error de tipo y error de prohibición y entre "error vencible" e "invencible", reconociéndole a este último todo el efecto excluyente que por naturaleza le corresponde y, por otra parte, se deroga el mencionado artículo 59 bis. De esta manera, la legislación penal adopta criterios político-criminales y dogmáticos adecuados a las exigencias de un Estado democrático de Derecho. Habrá sólo que pugnar, así como con relación a otros principios, porque este encuentre su realización efectiva en la aplicación concreta de la ley y contribuya realmente en la realización de la justicia material.

Pero ¿qué sucede actualmente en el plano de la realidad?, ¿podrá afirmarse que se acata ampliamente el nuevo criterio introducido a partir de las reformas de 1984? La respuesta a estas interrogantes desafortunadamente aún no puede ser afirmativa. A los diez años de vigencia de dichas reformas se constataba que parecía que no había sucedido mayor cosa en el ámbito legislativo, pues en la actuación del Ministerio Público y de la policía judicial no se observaba cambio sustancial alguno, toda vez que en la investigación de los delitos para los efectos del ejercicio de la acción penal se seguía partiendo de la presunción de intencionalidad. Al Ministerio Público le seguían siendo suficientes algunos datos de carácter objetivo del delito de que se tratara para presumir que el sujeto había actuado intencionalmente; por lo que la carga de probar lo contrario seguía correspondiendo al inculpado. Las prácticas tradicionales para la obtención de la

confesión en realidad no habían desaparecido, si bien disminuido relativamente; pero tal disminución era motivada más por la presencia de organismos gubernamentales y no gubernamentales, encargados de la observancia de los derechos humanos por parte de quienes tienen la función de perseguir los delitos, que por la exigencia misma de la ley penal. Esa práctica, que había sido propiciada por los propios criterios sostenidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que le habían dado mayor valor a las declaraciones vertidas primeramente ante la autoridad investigadora que las rendidas ante el juez, se había arraigado tan fuertemente que resultaba difícil desvincularse de ella, como se muestra actualmente en hechos que han calado en la conciencia de la opinión pública.

Sin embargo, el Derecho penal mexicano aún se encuentra distante de alcanzar la caracterización de un Derecho penal ajustado cabalmente a las exigencias de un sistema penal de un Estado democrático de Derecho. Y que esa distancia, no obstante lo oscilante que ha sido nuestra política criminal, en lugar de acortarse se agranda cada vez; sobre todo cuando se observa que, frente a una tendencia fomentada por cierto sector de la doctrina hacia la mayor observancia de los postulados constitucionales y de instrumentos internacionales y, por tanto, por la consolidación de sistemas democráticos y por una mayor observancia de los derechos humanos, se erige pujante la inclinación a la adopción de medidas de corte autoritario y, por ello, que permitan una mayor arbitrariedad en el ejercicio del poder penal, sin mayor consideración de los derechos humanos. Si bien esta tendencia no constituye la opinión dominante en el ámbito doctrinario, sino minoritaria, no debe ser soslayada, sobre todo cuando ella parece compaginarse más con la opinión oficial que se orienta en este sentido, o compartirse más por quienes tienen en sus manos las decisiones políticas, como se observa de algunas de las medidas político-criminales de los últimos tiempos, que tratan de justificarse destacando como pretexto el incremento de la delincuencia, el crecimiento de la impunidad, el desarrollo de la delincuencia organizada, cada vez más violenta y con recursos que colocan en desventaja a los propios órganos de control estatal, además de su internacionalización, que obligan a adoptar acciones y estrategias más eficaces que permitan al órgano investigador y acusador a ser más eficiente, aun cuando ello traiga aparejada la negación de ciertos principios garantistas.

Tiene, por ello, razón de ser el cuestionamiento: ¿Derecho penal democrático o Derecho penal autoritario? Y, ante esa disyuntiva, igualmente seguirá teniendo razón de ser la lucha por una u otra alternativa. Pero, como hemos afirmado, mientras el hombre, sobre todo el hombre común, no desee ser reducido a un mero instrumento del Estado, sino quiera seguir siendo considerado como una persona humana, como un fin en sí mismo, que es precisamente la concepción que orienta el espíritu de nuestra Constitución política, seguirá viva su aspiración porque cada día se reafirme su condición humana; y por tanto, su aspiración por la vigencia de

sistemas democráticos, que son los que pueden garantizar de mejor manera la observancia de sus derechos humanos y que se le atenderá adecuada y oportunamente, sin despotismo, sin prepotencia y sin discriminación. Esas aspiraciones mayoritarias del hombre difícilmente pueden ser satisfechas por sistemas autoritarios o dictatoriales, que no reconocen derechos del hombre ni permiten el desarrollo de libertades, o sólo los reconoce y permite en una mínima medida. Por tanto, el sistema de justicia penal por el que el hombre opte mayoritariamente será el sistema propio de un Estado democrático de Derecho, que es un sistema ampliamente respetuoso de sus derechos humanos y, por ello, que le establece límites precisos al ejercicio del poder penal estatal; se trata de un sistema que no instrumentaliza o mediatiza al hombre, sino que, lo considera como persona, como "fin en sí mismo". En una concepción así, tanto el Estado como el sistema de justicia penal y, por tanto, el Derecho penal, deben estar al servicio del hombre y no para servirse del hombre.

Es necesario, por ello, que el hombre esté consciente de su condición humana y de los derechos que le son inherentes, para que los haga valer. Pero también se requiere que el Estado los reconozca y garantice a través de cauces formales, que se derivan de los principios anteriormente mencionados; pero, además, que tales derechos y libertades se manifiesten también y sobre todo en el plano material, es decir, en el de la realidad social, de suerte que no se quede en pura utopía, aun cuando ésta la necesite el pueblo para alimentar sus aspiraciones.

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL HECHO PUNIBLE

1. La Pena, Concepto y Características

1.1 Concepto

Como ya se dijo, formalmente hablando, la pena es un mal que el legislador señala para quien cometa un hecho punible; y, desde un punto de vista material, supone toda una problemática en torno a su justificación, sentido y fin, sobre lo cual se han formulado diversas concepciones. Ahora, sin embargo, debe precisarse dicha noción y determinar cuáles son sus rasgos distintivos.

Sin duda alguna, la pena es la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta por el órgano jurisdiccional competente a la persona que ha realizado un hecho punible, acorde con las pautas legales correspondientes, ⁴⁷ tarea básica de la pena es la protección de los bienes jurídicos, a fin de asegurar la coexistencia humana en sociedad, lo cual no significa que se reduzca sólo a fines preventivos.

En el concepto anterior se dice, en primer lugar, que ella es privación o restricción de bienes jurídicos, pues supone que se coarten derechos personales, lo cual se traduce en el recorte de intereses tan vitales como la libertad, el patrimonio, la vida, el honor, etcétera; en segundo lugar, lo de impuesta por el órgano jurisdiccional busca llamar la atención sobre el hecho de que solo el juez legal o constitucional está autorizado para imponerla, de conformidad con los marcos legales previamente indicados por el legislador, acorde con el llamado principio de jurisdiccionalidad. Asimismo, en tercer lugar, se menciona a la persona que ha realizado un hecho punible, pues sólo aquellos comportamientos humanos constitutivos de conducta típica, antijurídica y culpable son merecedores de pena criminal, entendida en sentido estricto; y, para terminar, se insiste en que ello debe hacerse acorde con las pautas legales correspondientes porque la actividad del juzgador se encuentra demarcada por el legislador de tal manera que éste -al contrario de lo que sucede por fuera de los marcos jurídicos- debe observar toda una serie de postulados surgidos de las bases constitucionales del Estado social de Derecho conformado democráticamente, teniendo siempre como guía el respeto a la dignidad de la persona humana, la legalidad y la seguridad jurídica.

La infracción criminal determina, como consecuencias jurídicas, tres clases de sanciones: penas, medidas de seguridad y reparaciones. Las primeras caracterizan al delito, que es, por definición, el hecho conminado con una pena y dan nombre al Derecho penal. Al mismo tiempo, o

⁴⁷ Eugenio Cuello Calón, *La moderna penología* (Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1958). Pág. 16. Conceptos similares en Mappeli Caffarena y Juan Borja y Terradillos Basoco, *Las consecuencias Jurídicas del delito* (Madrid, Civitas, 1996). Págs. 29 y ss.; Alfonso Reyes Echandía, *La Punibilidad* (Bogotá Universidad Externado de Colombia, 1978). Pág. 15; el mismo: *Derecho Penal*, pág. 245; Emiro Sandoval Huertas, *Penología, Parte General* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984). Págs. 14 y ss.; Alfonso Ortiz Rodríguez, *La Punibilidad y las medidas de seguridad* (Medellín, Universidad de Medellín, 1984) pág. 31.

en sustitución de la pena, la infracción puede dar lugar a medidas de seguridad, cuya naturaleza es muy discutida, aunque, comúnmente, se admite su pertenencia al Derecho criminal. Finalmente, las sanciones reparadoras son de naturaleza civil, si bien, por ser consecuencia del delito, reguladas por el Código penal y ser impuestas en un mismo proceso juntamente con la pena, se incluye en los tratados de Derecho penal.

La pena es un mal que el Estado impone, por medio de sus órganos jurisdiccionales y con las garantías de un proceso destinado a este fin, al culpable de una infracción criminal como retribución de la misma y con la finalidad de evitar nuevos delitos.

- ◆ La pena es un mal, pues su contenido consiste en una privación de sus bienes jurídicos.

No es obstáculo a su naturaleza de mal que por alguno sea apetecida, ya que se da para seres psicológicamente normales, en los cuales actúa siempre como aflicción. Sostuvieron los correccionalistas que era un bien -o debía serlo- por estar ordenada para la mejora del delincuente. Pero que el fin sea bueno para éste no impide sea en sí misma un mal, en cuanto pérdida de bienes jurídicos, y como tal sea valorada por todo el mundo por quien la sufre, en primer término y por los demás. Sin esta significación perdería el carácter intimidante y ejemplar que es necesario para el cumplimiento de su función.

- ◆ Esa privación de bienes jurídicos es conminada, aplicada y ejecutada por el Estado.

En la época actual la pena es pública, y la venganza privada tiene la consideración de delito. La trascendencia de la reacción penal, que menoscaba los bienes más personales del hombre (libertad, honor, vida), hace precisas ciertas garantías: que la pena, los casos en que se aplica y los modos de ejecución se encuentren determinados en la ley, y que de su imposición se encarguen órganos jurisdiccionales por medio de un procedimiento ordenado a este objeto, el cual procura coordinar la eficacia en la averiguación del delito y del culpable con el respeto a los derechos de la persona humana.

- ◆ La pena es retribución del delito, lo cual implica que no pueda aplicarse sino a consecuencia del mismo y que se mantenga una cierta proporción entre la infracción y su castigo.
- ◆ La pena sirve, y en mayor o menor medida ha servido siempre, para contener la criminalidad, evitando, en lo posible, la realización de nuevos delitos.

Con la pena, como consecuencia jurídica del hecho, se inflige un mal al autor por causa de su conducta punible; dé allí que la pena es una desaprobación querida y consciente del hecho y del autor, En ella se expresa un juicio de desvalor ético-social. De esta proposición se deriva que la pena es un mal, que ese mal es retribución de otro mal causado por el penado y que esa pena-mal es un castigo querido.

- ◆ *Como mal.* La pena es un mal duro, para el delincuente. Implica, desde el punto de vista

material, una severa intromisión del Estado en los derechos de sus ciudadanos, una disminución de sus bienes jurídicos o una grave perturbación en su libre goce. Este carácter no depende de que la pena sea efectivamente vivenciada como tal por el delincuente, sino de que simbólicamente la intromisión coactiva del Estado en sus derechos represente un mal.⁴⁸ "Cualquiera que sea el objeto final por el cual se prescribe y aplica la pena, constituye un componente esencial de la razón por la que recurre a ella el colocar a sus destinatarios en una situación desagradable, o para decirlo crudamente, el someterlos a algún sufrimiento que la pena implica es un efecto intencional del acto de recurrir a ella ya sea que se le persiga como fin o como medio para otro fin.⁴⁹

Por el contrario, el sufrimiento de las personas sujetas a las llamadas medidas de seguridad, en tanto también implican privaciones o restricciones en el goce de bienes jurídicos es, a lo sumo, una consecuencia necesaria, pero no buscada cuya función no está relacionada con tal sufrimiento.⁵⁰ Se ha mencionado en este aspecto que si a las medidas de seguridad por hipótesis y suponiendo que ellos fuera posible se las despojara de sus aspectos desagradables, o sea las complementara con una compensación adecuada por el sufrimiento que implican, no por ello perderían su razón de ser; en cambio, en la pena, tales modificaciones afectarían radicalmente la razón misma de recurrir a ella.⁵¹

La pena es jurídicamente un *mal*, y no puede dejar de serlo, porque no se puede ofrecer un *premio* al delincuente futuro.⁵² Por eso, la primera característica distintiva de la pena reside en que es una manifestación de la coacción estatal que, en primer lugar, *persigue ocasionar un mal* a quien la padece. Toda vez que el mal-pena responde al mal-delito -en otras palabras, que se le *devuelve* al autor un mal por causa de su conducta punible-, algunos autores caracterizan a la pena como la *retribución de un mal*.⁵³ Esto es exacto porque la pena se aplica como consecuencia de un delito a quien se considera su autor, y la observación es válida tanto para quienes pretenden fundar la pena en la realización de una ecuación de justicia que se perfecciona con su sola imposición, como para quienes la legitiman sólo en cuanto se adecue a ciertos fines utilitarios. Aun quienes legitiman la pena sobre la base de un Propósito de prevención especial o general, no pueden negar que la pena constituye un mal que se le devuelve al delincuente, aunque mediante la imposición del mal, persigan algún bien.

- ♦ *Como desaprobación social.* La pena entraña una *desaprobación* del hecho y del autor, en

⁴⁸ Sebastián Soler, *Derecho Penal argentino*, 4ª ed., (Buenos Aires, Tea, 1973). t. II, p. 348.

⁴⁹ Carlos S. Nino, *Los límites de la responsabilidad penal* (Buenos Aires, Astrea, 1980). P. 203

⁵⁰ *Ibidem*, p. 203

⁵¹ *Ibidem*, p. 204

⁵² Soler, *op. cit.*, p. 348

⁵³ Soler, *op. cit.*, p. 348.

ella se expresa un *juicio de desvalor ético-social*. Existe una conexión entre pena y juicios de desaprobación moral y actitudes reactivas de resentimiento e indignación. La diferencia entre la pena y las demás medidas coactivas es que aquélla es un *instrumento convencional* para expresar el resentimiento o la desaprobación experimentada, ya por la autoridad punitiva misma o por aquellos "en cuyo nombre" se impone la pena.⁵⁴ Aquí no interesa que en el momento de su imposición se exprese realmente un sentimiento de indignación o censura. La declaración formal por la cual se impone una pena puede aparecer desconectada en absoluto de una exteriorización de reprobación, sin que ello le quite a la pena su carácter distintivo. Así se sostiene que lo distintivo es lo simbólico; la comunidad considera a la pena como un símbolo de la *indignidad* de los que la sufren: "la comisión de un acto moralmente reprochable, bajo ciertas condiciones, provoca juicios y reacciones adversos; cuando a esos actos siguen regularmente ciertas medidas distintivas, la gente asocia esas medidas con aquellos actos, hasta el punto de que el mero conocimiento de que alguien es objeto de una de tales medidas sin saber qué acto le diera lugar en concreto, provoca los mismos juicios y reacciones que se tienen en presencia de actos moralmente reprobables". En esto se funda el carácter distintivo de la pena: "Cuando ésta es desde el punto de vista externo similar a las medidas adoptadas en casos en que los sometidos a esas no suscitan, en general, resentimiento o indignación -como el confinamiento en hospitales psiquiátricos-, la asociación con la reprochabilidad del agente no se produce, aunque en el caso particular el acto que provocó la medida haya sido reprochable".⁵⁵

En otras palabras, cuando se aplica una pena, se identifica esta manifestación jurídica con un juicio de reproche; cuando se aplica una medida de seguridad, no se le vincula con ningún acto de reprobación del autor. Cuando se afirma que la pena representa una reprobación, un reproche, cuando se dice que contiene un juicio de desvalor, o bien ético-social, o bien jurídico respecto del autor, se dice, nada más y nada menos, que no es posible distinguir a las penas de los demás actos de coacción estatal, sino sobre la base de la censura simbólica que aquéllas contienen. Todavía no se dice nada, sin embargo, sobre su legitimación, es decir, sobre si está justificado formular un juicio de reproche.

Con lo dicho, están reunidos ya los elementos que caracterizan a la *pena como castigo*. Desde el punto de vista material, la pena constituye un castigo porque implica una intervención deseada en los bienes jurídicos vitales de quien debe padecerla -disminución o perturbación en el goce de un bien jurídico-, y porque ese mal querido expresa simbólicamente una conexión con un

⁵⁴ Nino, op. cit., p. 205.

⁵⁵ Nino, op. cit., p. 206.

juicio de desaprobación, o bien jurídico, o bien ético-social. Al respecto, cabe señalar que esta característica, que responde al *qué* y no al *por qué* de la pena, no es propiedad exclusiva de las llamadas teorías de la retribución. La pena sigue siendo un castigo aunque se conciba al servicio de la prevención de delitos.⁵⁶ El castigo es el *qué* de la pena. Aun quienes niegan toda importancia a las teorías retributivas para fundar el *por qué* de la pena, no le niegan a ésta el carácter de castigo.⁵⁷ Las teorías que no quieren ver en ésta un castigo ni siquiera desde el punto de vista descriptivo de la pena, terminan por no ver verdaderamente una pena sino algo distinto de ella. En realidad, cuando se aducen exclusiva y excluyentemente propósitos de reforma o incapacitación del delincuente para reincidir, los que así lo hacen suelen plantear su pretensión como una propuesta de reemplazar la pena por algo diferente.⁵⁸ Esto se vincula con el sustrato básico común a los abolicionistas, que si bien no rechazan completamente la aplicación de medidas compulsivas y gravosas, e incluso les asignan algunas de las funciones que se supone que son propias de la pena, rechazan, sobre todo, el simbolismo de reprochabilidad que a esta última le asigna la sociedad.⁵⁹

Queda así delineado el *qué* de la pena. La pena es un mal (pérdida de bienes) que se aplica como consecuencia de otro mal llamado delito. Pero con esto no se dice nada todavía acerca del *por qué*, es decir, de la justificación o legitimación de la pena. En efecto, parece irrazonable infligir un mal simplemente porque antes se ha causado otro mal.⁶⁰ Con ello se conseguiría sólo la duplicación de males.⁶¹ Por tal razón es de preguntarse: si el delito es un mal y el castigo también lo es, ¿por qué un acto que parece ser el mismo que otro acto, cuando es castigo no merece reprobación? Este segundo acto no merece reprobación porque el castigo es la reprobación misma, siempre y cuando la reprobación pueda estar justificada.

En los párrafos siguientes se plantea la problemática para determinar bajo qué presupuestos se puede legitimar o justificar la conminación y, luego, la aplicación de una pena. Es el problema de las llamadas teorías de la pena.

Al analizar las diversas teorías que tratan de explicar la reacción penal y su finalidad, surgen una serie de contradicciones que confunden y no permiten avanzar la teoría penológica. Bajo el término "pena", se incluían diferentes fenómenos, con legitimación, instancia, finalidad, principios y características diversas.

⁵⁶ Santiago Mir Puig, "El sistema de sanciones con relación al proyecto. C.P 1980", en *Revista Jurídica de Cataluña*, número extra, 1980, p. 121 y ss.

⁵⁷ Santiago Mir Puig, "Problemática de la Pena y seguridad ciudadana", en *Revista Jurídica de Cataluña*, nº. 11, ene-mar, 1981, p. 182

⁵⁸ Nino, op. cit., p. 204

⁵⁹ Nino, op. cit., p.256 y ss.

⁶⁰ Eduardo A. Rabossi, *La justificación moral del castigo* (Buenos Aires, Astrea, 1976). P. 21.

⁶¹ Baumann, Jürgen, "Culpabilidad y expiación, ¿Son el mayor problema del Derecho penal actual?", en *Nuevo pensamiento penal*, núm. 1, p. 22.

Era necesario distinguir, al menos, tres momentos diferentes en la reacción penal: el legislativo, al crearse la norma y la amenaza de sanción, a la que llamamos "punibilidad"; al judicial, al fijarse la pena, denominada por nosotros "punición"; y el momento ejecutivo, para el que dejamos el término "pena". En esta forma se superó el problema semántico, y de ahí se partió a analizar por separado: punibilidad, punición y pena, comprobando que se trata de fenómenos diferentes, logrando eliminar la retribución como función de la reacción penal. Para poder realizar el estudio a fondo, se tomaron en cuenta no solamente los fines o funciones, sino también otros elementos, como la legalidad, la legitimación, los límites y los principios. La legalidad hace referencia a la conformidad con un orden jurídico preestablecido, en tanto que la legitimación se relaciona con el valor intrínseco de la figura en estudio. Los límites nos indican las barreras que no pueden sobrepasarse, so pena de perder la legitimación. Los principios rectores básicos son también expuestos, sin intención de ser exhaustivos.

Como podrá observarse, debe haber coincidencia entre principios, límites, legalidad y legitimación con la finalidad o función, de lo contrario, al encontrar contradicción, es necesario hacer los correctivos correspondientes.

La punibilidad es resultado de la actividad legislativa, independientemente de quién o quiénes estén encargados de legislar en cada Estado, país o región. La punibilidad consiste en una amenaza de privación o restricción de bienes, que queda plasmada en la ley para los casos de desobediencia al deber jurídico penal.

La punibilidad es, por lo tanto, la posibilidad de sancionar al sujeto que realiza algo prohibido o que deja de hacer algo ordenado por la ley penal.

Para Luis de la Barreda es la "Conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste."⁶²

La actividad legislativa, y por lo tanto la punibilidad, se ven legalizadas, siempre y cuando se hayan seguido los procedimientos que impone la norma correspondiente (por lo general la norma constitucional). La legitimación existe, por el deber de tutela de los intereses sociales que el gobierno tiene frente a la comunidad. Pero además, solamente es legítima la punibilidad, si en el mundo fáctico se presenta una efectiva amenaza o un real daño a los bienes, si de hecho se presentan las conductas antisociales, y no hay más remedio que recurrir a la amenaza. Es decir, que deben haberse agotado todos los demás medios preventivos (jurídicos y no jurídicos) antes de llegar a la punibilidad, de lo contrario no estará legitimada. En cuanto a la finalidad (o función) de la punibilidad, no puede ser otra que la Prevención General. Ésta consiste en el evitar determinadas conductas antisociales gracias a la intimidación que produce la amenaza contenida en la norma

⁶² Luis de la Barreda, *Justicia Penal y derechos Humanos* (México, D.F., Porrúa, 1997). P. 79

penal. La Prevención General se entiende y se explica en su mayor amplitud en el momento legislativo, además, en la punibilidad no se encuentran funciones secundarias como en la punición y en la pena, lo que nos hace ver con cierta claridad, que efectivamente se trata de tres circunstancias diferentes con finalidad diversa.

Pero además, no se puede olvidar la llamada "prevención general positiva", pues aquí la punibilidad tiene una clara función de declaración y afirmación de valores, y su jerarquización por medio de la amenaza, para que la comunidad reconozca y respete los bienes tutelados. La determinación de la punibilidad debe obedecer a claros criterios cualitativos y cuantitativos. Desde el punto de vista cualitativo, la punibilidad debe ser idónea para la prevención, es decir, debe ser la adecuada para cumplir con su finalidad. Cuantitativamente, debe regir la magnitud del bien tutelado y la forma y calidad del ataque a éste. De aquí, que la punibilidad tenga marcados límites, los cuales están determinados en primer lugar por la legitimación y la necesidad, y en segundo lugar por los derechos humanos y por el bien protegido. Aunque el término derechos humanos pudiera ser muy amplio, y en ocasiones ambiguo, no cabe duda que es de gran utilidad para señalar un límite del cual no puede pasar la amenaza, dicho en otra forma, la conminación no puede consistir en privación de bienes que pudiera violar los derechos humanos. Es importante señalar esto ya que la protección de los derechos humanos debe surgir desde la punibilidad, para evitar la posibilidad al juez y al ejecutor de tener base legal para violarlos. En cuanto al bien protegido, éste nos indica los límites de la amenaza, pues en forma alguna puede romperse la proporción, no podría amenazarse con la muerte a quien robara. Es indudable que el fin (la prevención general) no justifica los medios (la crueldad, la desproporción, la violación de los derechos humanos).

La punibilidad debe seguir ciertos principios rectores, además de la legitimidad y la legitimación, que son la necesidad, la generalidad, la abstracción y el monopolio juspuniendi.

- a) Principio de necesidad. La amenaza debe ser indispensable, ya lo decía la asamblea constituyente Francesa del 89: "La ley no debe establecer más que penas estrictamente necesarias".

Es mas, ni siquiera debe legislarse si no se han agotado otras medidas de prevención. Desde este punto debe considerarse al Derecho penal como un mal necesario en el sentido de que sólo debe existir cuando es verdaderamente indispensable y la norma penal sólo debe crearse cuando sea necesaria para asegurar las condiciones que hagan posible la convivencia social.

El principio de necesidad es uno de los pilares de la Penología y de la Política Criminológica, y no debe concretarse, como veremos más adelante, al momento legislativo, ya que deben buscarse sistemas que lleven a juicio tan sólo los casos en que sea indispensable, y que no se pene a delincuentes en los que no sea estrictamente necesario.

- b) *Principio de generalidad.* La punibilidad debe ser general, es decir, la amenaza de

privación o restricción de bienes debe ser dirigida contra todo aquel que viole la norma. No se conmina a un individuo en particular, sino a todos en lo general.

c) *Principio de abstracción*. La punibilidad no se refiere a un caso concreto, sino a la totalidad de los hechos que tengan lugar durante su vigencia.

d) *Principio del monopolio del jus puniendi*. Sólo el legislador puede establecer la punibilidad y esto significa dos cosas: primera, que el juez o el ejecutor no pueden crear punibilidades; segunda, que los particulares no poseen la reacción penal en ninguna de sus fases, y por lo tanto no pueden punibilizar una conducta.

La punición es la fijación de la concreta privación o restricción de bienes al autor del delito. Es decir, la punición es la concreción de la punibilidad al caso individual, y da al infractor la calidad de merecedor de la sanción correspondiente, en función de haber realizado la conducta típica. La punición se da en la instancia judicial, y es el momento en el cual el juez dictamina que el sujeto es merecedor de la privación o restricción de bienes señalada en la punibilidad. La legalidad la obtiene la punición al seguir el proceso tal y como lo garantiza la Constitución, o la norma máxima del lugar. Además, para ser legal, la punición debe ser el final de una serie de normas procesales previamente establecidas.

La legitimación de la punición está condicionada a la efectiva comisión del delito por el sujeto, ya que de no existir el hecho, o si el sentenciado no lo cometió, la punición podrá ser legal, al haber cumplido los requisitos de legalidad, pero en forma alguna podrá ser legítima (*nulla poena sine crimine*). La finalidad o función de la punición es el reafirmar la Prevención General, es decir demostrar que la amenaza contenida en la punibilidad no era vana. A diferencia de la punibilidad en la que la única función es la Prevención General, en la punición hay una función secundaria que es la prevención especial. Al concretar la punibilidad, se demuestra a un sujeto en particular que la amenaza era cierta, y por lo tanto se le intimida mayormente para evitar su reincidencia en el delito.

En cuanto a los límites de la punición, éstos deben estar ya marcados en la punibilidad, recalcando lo dicho sobre derechos humanos y bien tutelado, pues no puede sobrepasar dichos límites. Otro límite, en el que ponen especial énfasis los juristas es la culpabilidad, es decir, la punición no puede rebasar el grado de culpabilidad del autor del delito. "La culpabilidad por el hecho, por la conducta realizada, conduce a que el sujeto no sea utilizado, al imponérsele una pena, para los fines de otros, sino que se le confirme su calidad de individuo capaz de asumir derechos y obligaciones efectivamente".⁶³ La culpabilidad sería un límite superior, es decir el juez no puede punir por arriba de la culpabilidad pero sí puede hacerla por debajo de ella, tomando en cuenta la parte de responsabilidad que corresponde a la sociedad.

⁶³ Luis de la Barrera Solórzano, "Punibilidad, Punición y Pena. Congreso Mexicano de Derecho penal", *Revista de Justicia*, (México, D.F., Procuraduría General de la República, 1983) p. 108.

La punición tiene una serie de principios rectores, que son:

a) *Principio de necesidad*. No se debe sentenciar cuando no sea estrictamente necesario. Este principio es claramente seguido en ciertos países en los que hay la suspensión de sentencia, y dejar la ejecución pendiente en tanto el sujeto no reincida y cumpla ciertos requisitos. En otros sistemas, el principio debe interpretarse como "no se debe enjuiciar a menos que sea necesario", ya que no es posible suspender, pues se tiene que llegar por fuerza a sentencia, sea absolutoria o condenatoria, una vez iniciado el juicio. En la moderna Criminología se ha pugnado por la "desjudicialización", y por evitar la saturación de los juzgados penales, utilizando figuras como la conciliación, el pago del daño, el perdón del ofendido, etcétera.

b) *Principio de personalidad*. La punición sólo puede recaer sobre el sujeto culpable de una infracción penal, y no puede ser trascendente. Por punición trascendente se entiende aquella que se aplica no sólo al delincuente, sino también a personas inocentes (familiares, amigos, esclavos, subordinados). La no trascendencia de la punición está consagrada en la mayoría de las legislaciones, aunque en el mundo fáctico la estigmatización de los familiares del sujeto punido es una realidad preocupante.

c) *Principio de legalidad*. La punición debe estar previamente determinada en la ley (*nulla poena sine lege*). Esto significa que el juez no puede inventar puniciones, tiene que atenerse al repertorio previsto. Además, la punición sólo puede aplicarse por una conducta previamente estipulada por la misma ley (*nullum crimen sine lege*).

d) *Principio de competencia judicial*. Solamente la autoridad judicial debería imponer las puniciones. Las excepciones van haciéndose tan numerosas que este principio va peligrando. Es absurdo que una misma autoridad tenga las atribuciones de establecer punibilidades, imponer puniciones y ejecutar las penas. La teoría de la división de poderes se ve agredida por la tendencia a establecer tribunales administrativos, dependientes del Ejecutivo pero con funciones judiciales.

e) *Principio de defensa*. Reconocido internacionalmente, el principio de defensa es básico para la punición, y ésta sólo tendrá validez si el sujeto tuvo oportunidad y amplitud de defensa. El sistema inquisitorial se ve invalidado por carecer de este principio.

f) *Principio de particularidad*. A diferencia de la punibilidad que es general, la punición sigue el principio de particularidad, y se aplica a un caso concreto, especial, único.

La pena es la efectiva privación o restricción de bienes de que se hace objeto al sujeto que ha sido sentenciado por haber cometido un delito. La pena es, pues, la ejecución de la punición, y se da en la instancia o fase ejecutiva. Por lo general, es la autoridad administrativa la encargada de la ejecución, aunque pueden mostrarse variantes según los diferentes ordenamientos jurídicos. La legalidad la encuentra la pena, en primer lugar, en la sentencia condenatoria. En principio basta que el juez haya dictado legalmente la sentencia para que la pena sea legal, pero ya en ejecución propiamente dicha, es necesario el cumplimiento de las normas de Derecho Ejecutivo Penal. Para

que la pena sea legítima, es necesario que haya existido previamente la comisión del delito por el sujeto penado.

Lo anterior es claro en los casos de error judicial, en que se ha condenado a un inocente; la pena es legal, ya que está amparada por una sentencia, pero no es legítima, pues el sujeto no cometió el hecho. En algunos países procede el "indulto necesario" para remediar estos casos, en otros se habla de "reconocimiento de inocencia". "A la pena nadie está obligado hasta ser condenado" decía Vitoria, y este principio no debe olvidarse, principalmente por las injusticias que se cometen en prisión preventiva. No se puede aplicar una pena (ni a título de tratamiento) si el sujeto no ha sido previamente oído en juicio y ha tenido oportunidad de defenderse. La finalidad de la pena es, principalmente la Prevención Especial, es decir, va dirigida básicamente a impedir que el sujeto en cuestión reincida, y se justificaría como instrumento de repersonalización de individuo. En este caso va implícita una segunda finalidad de Prevención General, que al sancionar al delincuente se refuerza la intimidación de la colectividad, y se ejemplifica a los demás para que se abstengan de violar la norma. Los límites de la Pena, al igual que los de la Punibilidad y de la Punción, los determinan los derechos humanos en primer y principal lugar. En este punto es necesario recalcar la idea de respeto a los derechos humanos, ya que es en la ejecución de las sanciones, principalmente en la pena privativa de libertad, en donde mayores violaciones han encontrado. Para los juristas, la Pena debe tener como límite máximo la culpabilidad del sujeto.

Los principios rectores de la pena son:

a) *Principio de necesidad.* Como en los casos anteriores el principio de necesidad es fundamental para entender la moderna Política Criminológica en todas sus partes, incluida, desde luego, la Política Penológica. En este caso, el principio de necesidad indica que sólo se debe privar o restringir de bienes a título de pena, en casos en que sea indispensable. Lo que nos da la pauta en el principio de necesidad es la finalidad o función de cada momento o instancia, en este caso, la pena no se ejecuta si no es indispensable para la Prevención Especial y si no se altera seriamente la Prevención General. Los avances en este terreno han sido notables, y han aparecido instituciones como la libertad condicional, la libertad bajo palabra *Parole, probation, sursis*, condena condicional, etcétera, que suspenden o interrumpen la pena privativa de libertad.

b) *Principio de personalidad.* Solamente al culpable de la infracción puede ejecutarse, la pena no puede ser trascendente. Actualmente las penas ya no son trascendentes, al menos desde el punto de vista jurídico, pero penológicamente no cabe duda de que la pena trasciende, principalmente a la familia que se ve estigmatizada, empobrecida, lastimada, abandonada. Una de las misiones más importantes de la penología moderna debe ser la búsqueda de las penas no trascendentes.

c) *Principio de individualización*. No puede ejecutarse a todos por igual, aunque dos sentencias sean iguales, en el momento de la ejecución deben tomarse en cuenta las peculiaridades individuales del reo.

d) *Principio de particularidad*. Se sanciona a un sujeto en particular y determinado, no es como la Punibilidad, que sigue el principio de generalidad.

1.2 Características

Los autores clásicos acostumbraban a tratar en este lugar las condiciones que deben reunir las penas. La doctrina conserva actualidad con alguna adición que responda a nuevas exigencias de los tiempos modernos.

La pena ha de ser:

- *Personal*. Sólo puede aplicarse al culpable del delito. La enérgica negación de su trascendencia a los familiares del reo -trascendencia que encontramos en el antiguo régimen como medio de intensificar el poder intimidante- ha sido proscrita de la sociedad contemporánea.
- *Necesaria y suficiente*. Se aplicará sólo en cuanto sea necesaria y en la medida en que lo sea. No debe olvidarse que la pena más cruel no es la más grave, sino la más inútil, la que encierra un sufrimiento ineficaz.
- *Pronta e ineludible*. Especialmente desde Beccaria se viene insistiendo en que lo más intimidante para el criminal no es la gravedad del castigo, sino la seguridad de ser inevitable.
- *Popular*, o sea respondiendo a las exigencias de la opinión, como ya ha sido explicado.
- *Proporcional al delito*, en virtud del principio de retribución firmemente arraigado en la conciencia colectiva.
- *Individualizada*. Dentro de la elasticidad que debe darse al concepto de proporción al delito, la pena debe adaptarse a la capacidad criminal del reo para corregirla o evitarla lo más posible.
- *Legal (nulla poena sine lege)*, pues su contenido de ataque a los bienes jurídicos más personales del hombre exige garantía.

Como resultado de la noción anterior, así como de los diversos postulados que la inspiran, se le pueden atribuir a la pena los siguientes rasgos.⁶⁴

1. Legalidad. Pues tiene que sujetarse en todo al principio de la legalidad [*nulla poena sine lege*], en los planos de las garantías sustanciales (no hay pena sin ley escrita, estricta, cierta y previa), procesales (no hay pena sin debido proceso judicial y si no es impuesta por el juez natural) y de ejecución penal (no hay pena sin adecuado tratamiento penitenciario y asistencial, de carácter humanitario y resocializador); cúmulo de garantías reconocidas por el orden jurídico. De esta manera, pues, la pena se debe imponer según lo ordenado en la ley y sustrayendo sus preceptos a la arbitrariedad de los juzgadores, tornándose en innegable soporte para la seguridad jurídica.

⁶⁴ Eugenio Cuello Calón, op. cit., Págs. 16 y ss. Alfonso Reyes Echandía, *La Punibilidad*, Págs., 44 y ss.

2. Humanidad. Dado que se inspira en el principio del respeto a la dignidad de la persona humana, erigido en columna vertebral del Estado de Derecho, que expresamente prohíbe el sometimiento de los ciudadanos a desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, así como a las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; no hay, pues, pena sin consideración de la persona como un ser humano, porque ella no puede afectar al sujeto en su dignidad como *ser social* que es⁶⁵, tal como se ha dicho al aludir a la característica anterior. Por ello, retornando a las palabras de un conocido teórico del Derecho penal contemporáneo, cabe decir: "un Estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes".⁶⁶

3. Judicialidad. Así mismo, como consecuencia de lo expresado, la imposición de la pena está reservada a los órganos jurisdiccionales competentes, a los tribunales de justicia, que deben aplicarla solo cuando medie la comisión de un hecho punible por parte del agente, con miras a mantener las bases del orden jurídico y a lograr el aseguramiento de la vida comunitaria; además, esa imposición se debe hacer siguiendo el rito procesal ordinario y brindándole al reo todas las garantías que el Estado de Derecho le asegura. Así las cosas, no son penas judiciales (lo cual no significa que no sean penas⁶⁷) las impuestas por órganos no investidos de la potestad de administrar justicia, por grupos de personas que pretendan arrebatarle al Estado el monopolio en el ejercicio de la fuerza y -desde luego- por particulares; por ello, la mayor muestra de descomposición que pueda dar una organización estatal es la administración de penas con desconocimiento de la sagrada misión de los dispensadores de justicia, o su conversión en seres anónimos cuya identidad se ignora (los llamados "jueces sin rostro"), como era frecuente en los tiempos de la Inquisición en la época medieval, y lo es ahora en el ordenamiento patrio ante la vigencia de una justicia despersonalizada y manipulada impuesta por jueces que ocultan su cara al reo, en lo que constituye un episodio más de claudicación ante las presiones extranjeras que han venido financiando lo que se ha dado en llamar un "fortalecimiento de la justicia".

Ahora bien, el hecho de que la ejecución de las penas esté confiada a un órgano administrativo no les quita su carácter judicial, dado que en cualquier forma todo este proceso está sometido a la vigilancia del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, sobre cuyos hombros descansa dicha responsabilidad por expreso mandato legal; es más, se ha previsto un control estricto por parte del ministerio público el cual puede intervenir de manera amplia.

⁶⁵ Juan Bustos Ramírez, *Manual de Derecho penal*, parte general, 3ª ed. (Barcelona, Ariel 1989). Pág. 386; José Miguel Zugaldía Espinar, *fundamentos de Derecho penal*, 3ª ed. (Valencia, Tirant lo Blanch, 1993). Págs. 254 y ss.

⁶⁶ Cfr. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal contemporáneo*, Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, et. al. (Madrid, Trotta, 1995). Pág. 396

⁶⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, "Las penas crueles son penas" en DPC (Santa Fe de Bogotá, RDV impresores, 1993). Págs. 31 y ss.

4. Proporcionalidad. Pues debe corresponderse con la gravedad y entidad del hecho cometido, de tal manera que las sanciones graves se destinen para los hechos punibles más atroces y las más leves para los de menor rango; justamente, una de las conquistas del moderno Derecho penal, desde la época de Beccaria, es el rechazo a la imposición de sanciones iguales a infracciones a la ley penal de diversa gravedad. En otras palabras, la proporcionalidad tiene que ser tanto de índole cualitativa -pues a infracciones de diversa naturaleza se les debe castigar con penas diferentes- como cuantitativa -en tanto que a cada hecho punible le debe corresponder una sanción que se compadezca con su importancia"-;⁶⁸ por ello, un Derecho represivo gobernado por los postulados demoliberales debe llevar a cabo la cuantificación penal a partir de dos pilares básicos: *la gravedad del injusto* cometido (expresión del principio de lesividad) y *el grado de culpabilidad* (emanación del postulado de culpabilidad). Desde luego, contra este rasgo de la pena se alzan las penas draconianas y ejemplarizantes que se imponen con la pretensión de reprimir ciertas formas de delincuencia, olvidando que el principio de proporcionalidad representa el límite lógico al poder punitivo en el Estado de Derecho, derivado del concepto retributivo de pena.⁶⁹

Aludiendo a esta característica de la pena, producto del imperio del principio de culpabilidad, ha dicho la jurisprudencia constitucional: "la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer es una cuestión que debe resolver en cada caso el juzgador. En esta tarea resulta obligado aplicar la pena consagrada en la ley de acuerdo con el grado de culpabilidad del sujeto. El juicio de proporcionalidad que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en la ley es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa. El actor, desde luego, no puede referirse a este examen individual de la sanción disciplinaria que se desenvuelve en el campo de la pura legalidad".

5. Igualdad. Se aplica a todos los infractores de la ley, sin hacer distinciones en consideración a su clase social, jerarquía, sexo, raza, nacionalidad, etcétera; este rasgo, sin duda, es emanación del principio de igualdad, el cual exige la misma protección y trato para todas las personas por parte de las autoridades del Estado. Como es de suponer, el tratamiento punitivo privilegiado para ciertas delincuencias como las atentatorias contra los bienes jurídicos de carácter colectivo, así como las discriminaciones de diverso orden, observadas en la práctica judicial, son claras transgresiones al postulado del cual emerge esta característica, sin la cual el Estado de Derecho no alcanza plena configuración; igualmente, desconocen este atributo de la pena estatal las sanciones impuestas en el anonimato, por jueces desconocidos, como acontece en el Derecho

⁶⁸ Zugaldía Espinar, op. cit., págs. 363 y ss.

⁶⁹ Ferrando Mantovanni, *Diritto penal*. Parte General, 2ª ed. (Padova, Cedam, 1988). Pág. 723; Juan Carlos Carbonell Mateu, *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1995). Págs. 208 y ss.

positivo cuando se trata de castigar ciertas delincuencias (tráfico de drogas, terrorismo, secuestro, etcétera).

6. Individualidad. En virtud de que la pena estatal es estrictamente personal y solo puede alcanzar a quien ha transgredido la ley penal, en su calidad de autor o partícipe, mas no a terceros, así se encuentren ligados con el sujeto activo del comportamiento punible por vínculos de amistad, credo político o religioso, sangre, afectos, etcétera. Ello es, ni más ni menos, consecuencia del postulado *nulla poena sine culpa* ya estudiado, objeto de reiteración por el legislador, cuando expresamente manda al dispensador de justicia tener en cuenta "la personalidad del agente" -no la *peligrosidad*, cosa bien distinta- como pauta para llevar a cabo la tasación correspondiente; y, desde luego, es el complemento necesario del principio de humanidad,⁷⁰ del cual surge la nota examinada más arriba. Naturalmente, solo algunas concepciones que hacen hincapié en la prevención como función de la pena pueden atribuirle como nota la necesidad, a partir de la peligrosidad.⁷¹

7. irrevocabilidad. Una vez impuesta debe cumplirse estrictamente sin que en principio sea susceptible de revocación o suspensión; desde luego, esto no significa que en algunas hipótesis previamente señaladas por el legislador no pueda suspenderse o revocarse la ejecución de la pena impuesta, atendiendo a diversas situaciones: piénsese en lo que sucede -por ejemplo- cuando se concede un subrogado penal (condena de ejecución condicional o libertad condicional); en la enfermedad mental sobreviviente del condenado; en los casos de amnistía e indulto; en la prescripción de la pena impuesta; en la sentencia de revisión; en la pérdida del carácter delictivo de un hecho por presentarse un tránsito de legislaciones; etcétera. En estos casos la revocabilidad o suspensión de la pena impuesta se justifica básicamente por razones de índole político criminal, aunque no son descartables los abusos por parte del legislador, como sucede en materia de amnistía e indulto, sobre todo cuando los detentadores de poder acuden a este tipo de medidas con pretensiones demagógicas y de carácter electorero: los ejemplos de países como Italia⁷² y Colombia, en los últimos años, son una buena muestra de ello.

8. Publicidad. Pues debe ser conocida por todos los ciudadanos, de carácter público, de tal manera que "la opinión se entere del comportamiento de sus jueces"; no en vano una de las funciones que se le ha asignado es la prevención general, lo cual no significa, por supuesto, que el codificador o el juez estén autorizados a utilizarla para escarmentar al reo o a la comunidad jurídica, cayendo en el terrorismo punitivo.

⁷⁰ Cfr. Mantovanni, pág. 724.

⁷¹ Cfr. Mapelli Caffarena/terrabillos Basoco, pág. 48

⁷² Cfr. La Crítica de Mantovani. Diritto penale, págs. 799, 780.

1.3 Clasificación de las Penas

Como la reacción estatal frente al fenómeno criminal asume diversas formas, debe hacerse una división de ella atendiendo a sus distintas manifestaciones. En efecto, las penas son susceptibles de clasificarse en cuatro formas distintas⁷³, como se verifica en seguida.

Dependiendo de la trascendencia que el legislador asigne al castigo, se suele hablar de penas *principales* y penas *accesorias*. Las primeras, como su nombre lo indica, se imponen de forma independiente sin sujeción a ninguna otra, de manera autónoma; así sucede con el presidio, la prisión, el arresto, la reclusión, o la pena de muerte, como lo muestran diversos ejemplos tomados del Derecho comparado. Las segundas, en cambio, no tienen existencia propia y únicamente se aplican acompañando a las principales a las cuales acceden, pudiendo ser aplicadas de manera sucesiva o simultánea como ocurre, verbigracia, con la restricción domiciliaria, la pérdida del empleo, la expulsión del territorio nacional, etcétera.⁷⁴

Se dividen en simples y compuestas. Las primeras se presentan cuando la ley penal respectiva solo prevé una pena como consecuencia jurídica aparejada al supuesto de hecho, como en el homicidio cuya pena es la prisión, o el favorecimiento de contravención castigado con multa; en cambio, las segundas se presentan cuando el legislador consagra varias penas aplicables de manera conjunta, alternativa o facultativa.

También, atendiendo a este mismo criterio delimitador, pueden clasificarse en divisibles e indivisibles. Las primeras son las que pueden fraccionarse cuantitativa o temporalmente, como la multa y la prisión, respectivamente; al contrario, las segundas no son susceptibles de escisión alguna, como la pérdida del empleo o la expulsión del territorio nacional imponible a extranjero.

Esto es, según el bien jurídico del cual se priva al condenado con la imposición de la pena, pueden dividirse así: extintivas, cuando ponen fin a la vida del condenado, esto es, la pena de muerte en sus diversas manifestaciones; corporales, si recaen sobre la complexión del sentenciado, sobre su integridad física, o le causan un dolor material, como los azotes, la mutilación, la ruptura de miembros, la tortura, la castración, etcétera;⁷⁵ infamantes, las que afectan el honor y la dignidad del reo, tales como la muerte civil, la expulsión del territorio nacional, la interdicción de derechos y funciones públicas, y la venganza pública. Así mismo, pueden ser *privativas de libertad* cuando suprimen de manera temporal o definitiva la libertad personal del

⁷³ Alfonso Reyes Echandía, *La punibilidad*, págs. 52 y ss.; Gerardo Landrove Díaz, *Las Consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed. (Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1984). Págs. 10 y ss.; Lorenzo Morillas Cueva, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito* (Madrid, Tecnos, 1991). Pág. 51; Juan Bustos Ramírez, *Manual*, pág. 387; Emiro Sandoval Huertas, "Las penas, las circunstancias...", en DPC, núms. 13/14, págs. 33 y ss.

⁷⁴ Cfr. Landrove Díaz, pág. 14.

⁷⁵ Cuello Calón, pág. 247; Landrove Díaz, pág. 26.

gobernado, mediante su internamiento en establecimientos penitenciarios -piénsese en el presidio, la prisión, la reclusión, o en el arresto; *restrictivas de libertad* cuando, como la denominación lo indica, limitan el Derecho a la libertad personal, especies de las cuales son el confinamiento, el destierro, la expulsión del territorio, la libertad vigilada, y la prohibición de concurrir a lugares públicos;⁷⁶ *interdictivas*, que consisten en privar al condenado del ejercicio de sus derechos civiles o políticos como la interdicción de derechos y funciones públicas, la pérdida o suspensión de la patria potestad, la prohibición de ejercer arte, profesión u oficio, o la llamada "muerte civil", que en el pasado equivalía a la pérdida total de los derechos;⁷⁷ y, para terminar, las *pecuniarias*, que afectan el patrimonio económico del condenado: la multa, el comiso o la caución, las cuales suponen el pago de una suma de dinero al Estado por parte del culpable a título de castigo, o la incautación parcial o total de su patrimonio.⁷⁸

Se pueden dividir en perpetuas y temporales: las primeras, como su nombre lo indica, solo se extinguen con la vida del condenado como la cadena perpetua o la privación de la patria potestad de manera indefinida; las segundas tienen una duración limitada, como el arresto hasta por ocho años -aunque en ningún caso suelen superar los cinco años- y la prisión hasta de sesenta años. Así mismo, se clasifican en *determinadas e indeterminadas*; por las primeras se entienden las ciertas o contempladas de antemano y de modo fijo en la ley, mientras que las segundas se imponen sin indicar su duración con antelación.⁷⁹ Como puede observarse, ambas divisiones coinciden.

Dos de las preocupaciones más comunes en los tratadistas son la individualización y la proporcionalidad de la reacción penal; el problema tiene solución siempre y cuando exista un arsenal suficiente vasto, con una variedad que permita escoger la sanción según la gravedad del delito, el daño causado, y de acuerdo con la personalidad del delincuente. Antes de emprender el estudio de las penas en particular, es necesario ver los intentos de clasificación que de las mismas se han hecho.

La reacción penal puede clasificarse de acuerdo a su autonomía, duración, divisibilidad, aplicabilidad, reo, fin y bien jurídico.

De acuerdo a su autonomía, la reacción penal debe dividirse en:

a) Principal: Es aquella que puede darse sola y no implica la existencia de otra pena, como ejemplo podemos mencionar: capital, privativas y restrictivas de libertad, pecuniarias, etcétera.

b) Accesoria: Que viene acompañando a la reacción principal y que es, de hecho, complemento de aquélla: inhabilitación para ciertos cargos, limitación en el ejercicio de algunos

⁷⁶ Morillas Cueva, op. Cit., pág. 64

⁷⁷ Morillas Cueva, op. Cit., pág. 66

⁷⁸ Morillas Cueva, op. Cit., pág. 69; Landrove Díaz, pág. 93

⁷⁹ Cuello, Calón, *La Moderna*, págs. 51 y 52

derechos, etcétera.

Aunque algunas reacciones accesorias son en mucho consecuencia de la principal, deben limitarse para evitar el problema de la pena doble o mixta, por su duración la reacción penal puede ser:

a) *Perpetuas*: Cuando el reo se ve privado para siempre de un bien jurídico (multa, muerte, cadena perpetua).

b) *Temporales*: Cuando la privación es pasajera (suspensión de derechos, cárcel, etcétera).

Las reacciones perpetuas representan, principalmente cuando son privativas de libertad, el fracaso de la prevención especial, son el pesimismo penal y la negación de la fe en el hombre.

Por su divisibilidad, o sea la posibilidad de ser fraccionadas, sea en cantidad, sea en tiempo, las reacciones son:

a) Divisibles (multa, prisión).

b) indivisibles (muerte, infamante).

Para la individualización, las sanciones deben ser, hasta donde sea posible, divisibles.

En cuanto a su aplicabilidad, y a los niveles de punibilidad, y punición clasificarse en:

a) *Paralelas*: Cuando se puede escoger entre dos formas de aplicación de pena (detención o prisión).

b) *Alternativas*: Cuando pueden elegirse entre dos sanciones de diferente naturaleza (multa, prisión).

c) *Conjuntas*: En las cuales se aplican varias sanciones o una presupone la otra (prisión más trabajo).

d) *Únicas*: Cuando existe una sola punibilidad y no hay otra posibilidad.

Como es fácil entender, lo ideal es que todas las punibilidades fueran alternativas para permitir al juez fijar la punición adecuada.

Tomando en cuenta al sujeto al que van dirigidas, las reacciones pueden ser de intimidación, de corrección y de eliminación, según Cuello Calón (que aquí confunde fin con sujeto) "se dividen las penas en penas de 'intimidación: indicadas para individuos no corrompidos, en quienes aún existe el resorte de la moralidad que es preciso reforzar con el miedo a la pena; penas de 'corrección' que tienden a reforzar el carácter pervertido de aquellos delincuentes corrompidos moralmente, pero reputados corregibles; y penas de 'eliminación' o de 'seguridad: para los criminales incorregibles y peligrosos a quienes es preciso, para seguridad, social, colocar en situación de no causar daños a los demás".⁸⁰

Atendiendo al fin que se proponen, las reacciones se dividirían en:

⁸⁰ Eugenio, Cuello Calón, *Derecho Penal*, 9ª ed. (México, D.F., Editora Nacional, 1973) P. 583.

a) *Reparatorias*: Buscan suprimir el Estado o acto antijurídico y reparar los daños causados.

b) *Represivas*: Su finalidad es exclusivamente retributiva.

c) *Eliminatorias*: Buscan más la desaparición del delincuente que la misma retribución.

d) *Preventivas*: Van hacia el tratamiento y la adaptación del criminal.

Como se ha visto, se debe preferir la sanción preventiva a las demás, sin que esto implique el olvido de la función de prevención general.

De acuerdo al bien jurídico amenazado (punibilidad), fijado (punición), o del cual priva, parcial o definitivamente al delincuente, la reacción se clasificaría como:

- | | |
|-----------------|------------------|
| a) Capital; | j) Centrifuga; |
| b) Corporal; | g) Laboral; |
| c) Infamante; | h) Pecuniaria; |
| d) Restrictiva; | i) Imaginaria, y |
| e) Centripeta; | j) Mixta. |

No hay duda que las sanciones se diferencian, en un principio, de acuerdo al bien jurídicamente tutelado, pues al imperar el talión, el reo se ve dañado exactamente en el bien que él dañó, y esto se va conservando durante mucho tiempo; y aún en nuestra época, el sentir popular lleva en mucho esta tónica, de pagar con un bien similar al que se agravió. La eficacia del talión se vio comprometida, en primer lugar, por haber bienes sociales que no tienen correspondencia con bienes individuales, como podría ser la "seguridad pública" o más claramente, la "estructura" o "seguridad" del Estado o de las instituciones nacionales.

En segundo lugar, existen delitos en los que repugna repetir el acto del autor en su contra, tal es el caso de los delitos llamados "sexuales", o los que llevan un profundo sentido religioso (sacrilegio). Por esto, no hay ya una exacta coincidencia entre el bien dañado por el criminal y el bien del que se priva a éste.

2 Fundamentos y Fines de la Pena

2.1 Fundamentos de la Pena

El ius puniendi también denominado Derecho penal subjetivo, relación punitiva, o subjetivización de la norma penal como prefiere la doctrina italiana- es la potestad radicada en cabeza del Estado en virtud de la cual este, revestido de su poderío e imperio, declara punibles determinados comportamientos que -por su especial gravedad- atentan contra la convivencia comunitaria y les impone penas y/o medidas de seguridad a título de consecuencia jurídica; por supuesto, tal despliegue de fuerza implica el ejercicio institucionalizado de la violencia (legítima) circunscrita a la esfera pena.⁸¹

Ahora bien, el contenido de tal categoría no coincide con el alcance que se le brinda en la teoría general del Derecho, para la cual se asimila a facultad jurídica (noción estricta), o a relación jurídica (noción amplia);⁸² como es apenas obvio, con este entendimiento del asunto sería absurdo hablar de un Derecho subjetivo radicado en cabeza del ente estatal que le permita ejercer la potestad punitiva: no se trata, pues, de un "Derecho subjetivo" en tal sentido,⁸³ pero sí de una potestad estatal trasunto del ejercicio soberano del poder que varía en su configuración - dependiendo de la forma de organización política vigente en cada comunidad-⁸⁴ y cuyos análisis y esclarecimiento son de suma trascendencia. Por ello, no tiene ningún asidero la afirmación - tributaria de una concepción política autoritaria- según la cual se trata de un problema prácticamente estéril, destinado quizá, tarde o temprano, a ser borrado de los libros de Derecho penal;⁸⁵ por el contrario: en la medida en que la sociología demuestra que el Derecho es un instrumento para disciplinar a los ciudadanos (un mecanismo de control social), se torna indispensable examinar este aspecto, referido más a temas políticos que filosóficos, lo cual demuestra que se trata de una cuestión previa ligada al ordenamiento constitucional amén de que es evidente que el Derecho penal objetivo no es otra cosa que la materialización del ius puniendi del Estado.⁸⁶

En las organizaciones políticas modernas -como acontecía ya en el Derecho romano- el sujeto que detenta la potestad punitiva es el ente estatal, aunque esta potestad tiene orígenes privados; en otras palabras, el Estado como organización política es un orden que regula,

⁸¹ Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Derecho Penal I* (Madrid, Tecnos, 1978). Págs. 91 y ss.

⁸² Cfr. Mir Puig, *Introducción*, págs. 113 y ss.

⁸³ Enrique Aftalión, Fernando García Olano, José Vilanova, *Introducción al Derecho*, 11ª ed. (Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1980). págs. 216 y ss.; Miguel Reale, *Introducción al Derecho*, 9ª ed. (Madrid, Pirámide, 1989). Págs. 68, 195 y ss.

⁸⁴ Juan Bustos Ramírez, *Introducción*, Pág. 20; Octavio de Toledo y Ubieta, *Sobre el Concepto*, Pág. 311.

⁸⁵ Giuseppe Maggiore, *Derecho Penal*, II, Traducción de Jorge Guerrero (Bogotá Temis, 1971). pág. 230

⁸⁶ Enrique Bacigalupo, *Principios de Derecho penal, Parte general*, 2ª ed. (Madrid, Akal, 1990). Pág. 16.

monopolizándolo, el uso de la fuerza,⁸⁷ de donde se desprende la facultad de acuñar los delitos y fijar las penas.⁸⁸ Naturalmente, en principio, tal atributo es absoluto e indelegable dado que lo ejerce el ente estatal por intermedio de los órganos expresamente asignados para cumplir dicho cometido (legisladores y jueces); no obstante, tal facultad es relativa cuando no se logra ejercer el monopolio de la fuerza, como sucede en comunidades que de manera preocupante- han visto renacer grupos de justicia privada, u organizaciones armadas que internamente les disputan esa potestad haciéndoles perder su legitimidad.

Interesa precisar aquí en qué se funda el poder del Estado gracias al cual puede ejercer la potestad punitiva, cuál es su principio o cimiento. Para una mejor comprensión, el asunto se puede reducir a dos preguntas: en primer lugar, ¿por qué se puede castigar o imponer sanciones penales (penas o medidas de seguridad)?; y, en segundo lugar, ¿por qué puede el Estado hacerlo?⁸⁹ Responder a la primera cuestión conduce al campo del fundamento material; y, a la segunda, al del fundamento político o formal.

1. *Material.* No existe una respuesta única con respecto al primero de los interrogantes planteados, en torno al cual concurre un conjunto muy amplio de posiciones susceptibles de ser reducidas a tres enfoques: el primero de estos considera que se puede castigar por la necesidad de realizar la justicia por medio de la pena, son las llamadas teorías absolutas; el segundo sostiene que se sanciona por la necesidad de proteger a la sociedad, como postulan las llamadas teorías preventivas; y el tercero afirma que se hace para realizar la justicia y proteger a la sociedad, son las teorías mixtas. Por ende, su fundamento es el Derecho penal subjetivo a partir de la función atribuida a las sanciones penales (penas y medidas de seguridad), funciones que varían según la concepción adoptada; por ello, pues, se habla de un fundamento funcional o material.

2. *Político o formal.* Para responder a la segunda cuestión tampoco existe una explicación unívoca, pues el sostén que se le ha dado al derecho de castigar ha evolucionado históricamente, dependiendo de la concepción política del ente estatal imperante en un momento determinado y de la estructura socioeconómica que lo sustente.⁹⁰

En efecto, en el *Estado absolutista*, dada su configuración, todo el poder y el control lo ejercía de manera omnímoda el Estado por medio del rey o monarca, representante de Dios en la

⁸⁷ Cfr. Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho*, traducción: Eduardo García Máynez (México, D.F., Textos Universitarios, 1969). Pág. 226

⁸⁸ Carlos Fontán Balestra, *Tratado de Derecho penal*, 2ª ed. (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970), Tomo I pág. 185

⁸⁹ Mir, Puig, *Introducción*, pág. 114, Bustos Ramírez *Introducción*, Págs. 17 y ss.

⁹⁰ Cfr. George H. Sabine, *Historia de la teoría política*, Traducción: Vicente Herrero, 2ª ed. (México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1984) págs. 113 y ss., 249 y s; Bustos Ramírez, *Manual*, pág. 40; Antonio García Pablos, *Derecho Penal. Introducción* (Madrid, Servicio de publicaciones, facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1995). Págs. 217 y ss.

tierra; el derecho de castigar se justificaba porque el ente estatal era el depositario de la voluntad divina que le confería, por ende, la potestad de reprimir el mal; de esta manera el *ius puniendi* daba origen al *ius poenale* (Derecho penal objetivo). Se trataba, pues, de una potestad punitiva de índole metajurídica y divina.⁹¹

En el *Estado liberal clásico*, una organización política no intervencionista, meramente guardiana, mínima, cuya única función era evitar la lucha de todos contra todos garantizando un hipotético contrato social y resguardando el orden social, se concebía de manera distinta la facultad de castigar: en virtud del contrato social (J. J. Rousseau, Th. Hobbes, CH. L. Secondat Barón de la Bréde y de Montesquieu, J. Locke) el ente estatal estaba legitimado para punir; solo el legislador podía imponer penas, pues era el único que poseía la representación de todos los hombres unidos por ese pacto.⁹² Por ello, se trataba de un *ius puniendi* de carácter metajurídico, ético social, fuera que se explicara a partir del Derecho natural, del utilitarismo, o bien con base en categorías racionales absolutas,⁹³ pero, a diferencia de la época anterior, el Derecho de castigar nacía del Derecho penal objetivo. Como es obvio, el pensamiento de la Ilustración dominaba toda la escena.

En el *Estado liberal intervencionista*, esto es, una organización política que abandonó su posición de mero guardián del orden e intervino en todos los procesos de disfunción social que reguló el mercado buscando la salvaguardia de la sociedad estructurada en torno a él, y persiguió la protección del conglomerado se concibió desde otra óptica el derecho de castigar. Para tal modelo, el ente estatal estaba obligado a ejercer la función punitiva en defensa de la sociedad, tanto de las garantías del posible delincuente como de los probables delitos que pudieran cometerse, los cuales debían ser prevenidos para salvaguardar los bienes jurídicos.

Por ello, para los voceros más destacados del Derecho penal de la época, la pena no era el medio más seguro para erradicar el delito, y de consiguiente debía ser complementada con las medidas de seguridad y la pena-fin, como lo propuso F. Von Liszt o, en la misma línea de pensamiento aunque adoptando una concepción contrapuesta, mediante la introducción de las medidas de seguridad, en opinión de C. Stooss. La degeneración sufrida por la concepción liberal intervencionista durante los regímenes autoritarios de comienzos del siglo XX, para los cuales el Estado se encarnaba en el jefe del mismo y el Derecho era un mero instrumento de sus designios, llevaría a un extremo ejercicio del *ius puniendi*, retornando así a la concepción absolutista,⁹⁴ con unos efectos políticos desastrosos que todavía se manifiestan en los países de la periferia.

⁹¹ Bustos Ramírez, ídem.

⁹² Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Traducción Santiago Sentís Melendo (Bogotá, Temis, 1987). Págs. 5 y 6

⁹³ Bustos, Ramírez, *Manual*, Pág.40.

⁹⁴ Bustos, Ramírez, *Manual*, pág. 42

Finalmente, bastante desdibujada aparece la potestad punitiva en el *Estado social y democrático de Derecho*, surgido tras la hecatombe propiciada por la Segunda Guerra Mundial y que planteó el renacimiento de los postulados del Estado de Derecho -en Alemania e Italia, básicamente-, configurando una organización política en la cual se mezclaban concepciones neoliberales, intervencionistas, corporativistas, etcétera, cuyo cometido era fijar unos límites claros a la intervención estatal, profundizando en los derechos humanos y legitimando su acción sobre una base democrática y participativa, reconociéndole una finalidad garantista al Derecho penal. No obstante, en esta forma de organización estatal el fundamento del Derecho de castigar radicaba tanto en la regulación de la vida social como en los principios consagrados en la Constitución, que son los propios del Estado democrático⁹⁵ aunque parece evidente que, según este punto de partida, el Derecho penal así esté rodeado de límites y garantías- sigue conservando una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política, y la pena sigue siendo una segunda forma de violencia paralela al delito.⁹⁶

Dado que la potestad de castigar no puede ser ejercida por el Estado de manera ilimitada, pues se caería en el abuso y la arbitrariedad, es indispensable imponerle a aquella, diversos controles o valladares que -a manera de barreras infranqueables- vengán a conjurar ese despliegue de coacción en el ámbito penal, dentro de unos marcos muy precisos. Por eso se habla de los límites del Derecho penal subjetivo, los cuales -a su vez- pueden clasificarse en dos grupos, dependiendo del fundamento asignado al mismo: materiales y formales.⁹⁷

1. *Derivados del fundamento material.* Estos controles se concretan en tres postulados: el de la necesidad de intervención, el de la protección de bienes jurídicos, y el de humanidad.

Acorde con el primero (el *principio de la necesidad de intervención*), la injerencia penal del Estado solo se justifica cuando es imprescindible para el mantenimiento de su organización política, dentro de una concepción hegemónica democrática, todo lo que vaya más allá de dicho confin -sea porque el bien jurídico pueda ser tutelado por otro mecanismo menos gravoso, o porque no requiera de tutela alguna-lo encauza por la vía autoritaria y termina, de manera inevitable, en la supresión de los fundamentos democráticos del Estado; así mismo, esa intervención debe ser la mínima posible por lo cual la consecuencia jurídica imponible (pena o medida de seguridad) solo puede ser también la menor de las probables. De ello se infieren dos consecuencias diferentes: en primer lugar, solo es viable recurrir al Derecho penal cuando han fracasado todos los demás controles, pues él es el último recurso que ha de utilizar el Estado habida cuenta de la especial gravedad que revisten las sanciones penales; esto es, el llamado carácter de *ultima ratio*. En segundo lugar, dada la importancia del control penal, no es factible

⁹⁵ Bustos Ramírez, *Introducción*, pág. 22; Mir Puig, *Derecho Penal*, pág. 103.

⁹⁶ Ferrajoli, *Derecho y razón*, pág. 21

⁹⁷ Cfr. García Pablos, *Derecho Penal* págs. 260 y ss.

utilizarlo frente a toda situación sino solo con respecto a hechos determinados y específicos, pues el Derecho punitivo no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino las que revisten mayor entidad; se habla, por tanto, de su carácter fragmentario.⁹⁸

El segundo de los principios mencionados, conocido como del *bien jurídico*, de lesividad, de ofensividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos, implica que el derecho punitivo no puede consagrar hechos punibles ni sanciones penales que no supongan la existencia de un determinado objeto de protección o "bien jurídico", pues su cometido no es defender ideas morales, estéticas o políticas, ni patrocinar actividades sociales concretas. En otras palabras dicho, la intervención punitiva solo es viable en relación con conductas que tengan trascendencia social y que afecten las esferas de libertad ajenas,⁹⁹ sin que le sea permitido al Derecho penal castigar comportamientos inmorales o antiestéticos, so pena de invadir los terrenos de la moral; ello, como se recordará es producto del pensamiento liberal ilustrado, a cuya sombra se gestó el concepto de bien jurídico.¹⁰⁰

Ahora bien, cuando se habla del "bien jurídico" se hace referencia a determinados valores sociales que, según la opinión del legislador, merecen especial protección, como sucede con la vida, el patrimonio económico, la integridad personal, el medio ambiente, el orden económico-social, etcétera. Esta noción fue formulada en 1.834 por J. M. F. Birnbaum (1.792-1.872), para quien los bienes jurídicos se encontraban más allá del Derecho, eran trascendentes, pues habían sido dados por la naturaleza y el desarrollo social, obligándose el Estado y el Derecho a reconocerlos; de esta manera, se entendía tal idea como toda lesión o puesta en peligro de un bien garantizado por el Estado e imputable a la voluntad humana, lo cual era producto de la concepción según la cual el hombre es el bien supremo.

A su turno, K. Binding (1.872) sostuvo que el bien jurídico se halla dentro de la norma jurídica, es inmanente a ella, entendiéndolo como todo aquello que a los ojos del legislador es de valor para el mantenimiento de la vida sana de la comunidad, de allí que se entendiera al Estado como el bien fundamental. En contraste con esta opinión, postulaba F. von Liszt que los bienes jurídicos eran intereses vitales para el individuo y la comunidad surgidos de la vida, y que era tarea del ordenamiento jurídico protegerlos; se retornaba, así, a una concepción trascendente del bien jurídico aunque orientada, esta vez, hacia la "política criminal".

Con el auge del nacionalsocialismo (1933-1945) se intentó borrar este concepto del ámbito del Derecho penal, pues se consideró como uno de los frutos del pensamiento liberal individualista,

⁹⁸ Cfr. Bustos Ramírez, Introducción, pág. 26; Mir Puig, Introducción, págs. 124 y ss.; Ferrajoli, Derecho y razón, pág. 465; Carbonell Matéu, pág. 206; Zugaldia Espinar, págs. 236 y ss. Distinguiendo entre el principio de intervención mínima y el principio de necesidad y utilidad de la intervención penal.

⁹⁹ Cfr. Alfonso Cadavid Quintero, Bases Metodológicas para la elaboración conceptual del delito imprudente (Salamanca; Universidad de Salamanca, 1996). Págs. 23 y 24;

¹⁰⁰ Cfr. Ferrajoli (op. cit., Págs. 468 y ss) quien con tal punto de partida, no duda en clasificar como "deprimente" la evolución posterior.

carente de toda utilidad, colocando en su lugar el entendimiento del Derecho como la violación de un deber, para dar primacía a nociones como el "sano sentimiento del pueblo", la "infidelidad al Derecho", etcétera De otro parecer, por la misma época, fue H. Welzel¹⁰¹(1939), quien rescató esta noción para el Derecho penal concibiéndola como todo Estado social deseable que aquel quiere resguardar de lesiones, entendiendo que el orden social es la suma de los bienes jurídicos; no obstante, no le brindó a esta idea el papel protagónico que le ha otorgado el Derecho penal actual, pues la redujo a una mera pauta interpretativa, partiendo del presupuesto de que la tarea del Derecho penal se reducía a la protección de valores ético sociales y, solo por inclusión, de bienes jurídicos. Se trataba, pues, de una concepción trascendente, como las de J. M. F. Birnbaum o F. Von Liszt.

Naturalmente, por oposición a las anteriores posturas, durante las últimas décadas han renacido las tendencias de carácter político criminal, sea que acudan a los ordenamientos constitucionales como fuente del bien jurídico, o a limitantes de tipo social a partir de explicaciones de índole sociológica (funcionalismo o interaccionismo simbólico).

Una versión de las primeras, ofrece M. Marx (1972), para quien el bien jurídico equivale a aquellos presupuestos que la persona necesita para su propia realización en la vida social, entre los cuales se mencionan, en primer lugar, la vida humana y la salud, etcétera a los que se añaden los de índole material (medios de subsistencia, alimentación, etcétera) e ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su desarrollo (el honor, la libertad individual, el pudor, etcétera). Al lado de estos recursos existenciales mínimos, o *bienes jurídicos individuales*, existen otros de *carácter comunitario*, estatal o colectivo como la salud pública, el orden económico social, la organización estatal, etcétera Ahora bien, según esta postura, que entiende el bien jurídico tanto en sentido formal como material, el fin del Derecho coincide con el encomendado al Estado: la dignidad humana, que no en vano aparece como el postulado básico de la ley fundamental en el Estado democrático de Derecho, por lo cual es fácil reconducir todos los bienes jurídicos a la Constitución, cuyo cometido es proteger al hombre.

Las posiciones del segundo orden son las político criminales de orientación social, cuya exposición resumida se dificulta porque se pierden en construcciones sociológicas de no fácil aprehensión, aunque su preocupación se centra en explicar el bien jurídico desde un plano democrático aunque no se logran establecer límites al mismo; no podía ser de otra manera, cuando se equipara este concepto a la "dañosidad social" (K. Amelung), o se hace equivalente a la "participación en la sociedad" (R. P. Calliess); o, finalmente, se sostiene que el cometido de esta teoría es sentar las bases de una política de bienes jurídicos, una teoría del bien jurídico orientada

¹⁰¹ Cfr. Hans Welzel, *Derecho Penal, Parte General*, Traducción: Carlos Fontán Balestra (Buenos Aires, Depalma, 1956). Págs. 15 y 16

a la praxis, que tenga como primera tarea desarrollar los conocimientos de la experiencia científica.¹⁰²

Desde luego, también con un punto de partida funcionalista, una corriente del Derecho penal contemporáneo descarta la importancia de la teoría del bien jurídico (G. Jakobs), colocando en su lugar -como lo hiciera el nacionalsocialismo, en cuyos teóricos se apoya la infracción de deberes como cometido de la norma penal, negándole contenido liberal a esta construcción. En efecto, no puede considerarse que el núcleo de todos los delitos sea la lesión de un bien jurídico. Tal conclusión se ha modificado en el sentido de que el núcleo de todos los delitos, solo debe hallarse en el incumplimiento de un deber. El Derecho penal protege, como condición de existencia de la sociedad, sólo la vigencia de las normas, esto es, la firmeza ante la defraudación de las expectativas y la dañosidad social; por ello, el hecho punible es un hecho no a causa de su repercusión en el mundo exterior sino porque pone en tela de juicio la validez de la norma".

Por supuesto, más allá de concepciones antiliberales como la acabada de mencionar, hoy es un hecho que la teoría del bien jurídico ha alcanzado un inusitado desarrollo, entendiéndose esta noción no solo desde un punto de vista formal -a partir del ordenamiento constitucional- sino materialmente desde una perspectiva social- teniendo en cuenta su incidencia en las esferas de libertad ajenas-, convirtiéndose en criterio rector para la construcción dogmática del Derecho penal, amén de pauta orientadora para la teoría de la interpretación de la ley penal; y, finalmente, en exigencia para el legislador y el juez al señalarles las directrices de su actividad. Por ello, se le asignan las siguientes tareas en primer lugar, sistematizadora, pues tanto el Código Penal como las leyes penales especiales al consagrar los diversos hechos punibles los describen y clasifican en atención a un determinado bien jurídico, el cual cumple un innegable cometido de sistematización del Derecho penal vigente y se constituye en concepto medular de la ciencia penal. Por ejemplo, en la Parte especial del Código Penal se encuentra el homicidio regulado en el título dedicado a los delitos contra la vida y la integridad personal; la falsedad aparece en el apartado correspondiente a los delitos contra la fe pública, etcétera, que se constituyen en los diversos "intereses jurídicos" tutelados por el legislador.

Así mismo, en segundo lugar, una función de orientación para la interpretación de la ley penal. Cuando se logra precisar cuál es el bien jurídico protegido al regular una determinada figura delictiva, la interpretación lógica con base en el elemento teleológico o finalista permite excluir del tipo penal las conductas que no lesionan o amenazan el interés jurídico tutelado por la ley (socialmente adecuadas), o -siendo típicas-la exclusión de la antijuridicidad por ser solo contrarias al ordenamiento en apariencia. Esto significa que tanto las *conductas inocuas* (la falsificación de un billete para jugarle una broma al amigo coleccionista, por ejemplo) como los comportamientos

¹⁰² Cfr. Winfried Hassemer y Francisco Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal* (Valencia Tiran lo Blanch, 1989). Págs., 193, 221 y ss, 245.

que implican una *lesión* insignificante para el bien jurídico (verbigracia, el hurto de una caja de cerillas de un supermercado), excluyen el injusto por no derivarse de ellos afectación para el bien jurídico protegido; la tutela penal no puede alcanzar nimiedades, pues tal cometido desbordaría los fines del Derecho penal mismo.

Finalmente, en tercer lugar, una función de *delimitación para el legislador y para el juez*. Para el primero, porque demarca la órbita de su intervención, permitiéndole actuar solo cuando sea imprescindible para la protección de los bienes vitales para la convivencia en comunidad; para el juez, puesto que debe tener el bien jurídico como criterio para medir la pena dentro de los marcos señalados por la ley, por lo cual *el grado de injusto* es una de las pautas de tasación de la sanción: a un injusto grave corresponde una pena grave (imagínese un homicidio agravado), a un injusto leve una pena leve (por ejemplo, el hurto de un radio reproductor de cintas). Naturalmente, esta exigencia se desprende no solo del Código Penal sino que es producto, como lógicamente debe serlo, de diversas consagraciones constitucionales.

De allí que, acorde con lo dicho, en el Derecho penal actual el bien jurídico se entienda en dos sentidos distintos: desde un punto de vista político criminal, como todo lo que merece ser protegido por el Derecho penal; y, desde el ángulo dogmático, como el objeto efectivamente tutelado por las normas vulneradas en concreto o, como dice la ley, el "interés jurídico tutelado". Ambas nociones están íntimamente ligadas, pues el Derecho positivo se inspira en determinados ideales político-criminales, de donde surge que el concepto político-criminal tiende a poseer un contenido muy cercano al dogmático, para quien sostenga la misma concepción político criminal que inspira el Derecho penal vigente, y al contrario; desde luego, en ordenamientos como el colombiano, es la propia Constitución Política del Estado la que se encarga de demarcar los límites precisos dentro de los cuales se mueve el concepto de bien jurídico.

El tercer axioma, que opera como barrera de contención al ejercicio de la potestad punitiva por parte del Estado desde un punto de vista material, es el postulado de humanidad. Según este principio debe preservarse a toda costa no solo la autonomía ética del ser humano -lo cual impide la tutela del Estado sobre el ciudadano-, sino la indemnidad personal de tal manera que los medios utilizados por el legislador no atenten contra la dignidad concreta de la persona.¹⁰³

Así las cosas, el ejercicio del *ius puniendi* debe estar sometido a unos controles tales que está absolutamente prohibido cualquier atentado contra la persona humana en todos los órdenes. Por ello, están prohibidas las sanciones penales (penas y medidas de seguridad) y los tratos crueles, inhumanos y degradantes; la desaparición forzada; los apremios, las coacciones, y las torturas. El valor de la persona humana, pues, se erige en un límite fundamental al poder punitivo

¹⁰³ Cfr. Bustos Ramírez, Introducción, Págs. 29 y 30.

gracias al cual se busca impedir que el Estado pisotee al ciudadano, perdiendo su legitimidad y poniéndose al mismo nivel de las delincuencias que busca erradicar.¹⁰⁴

Es tan importante este principio -erigido en la columna vertebral del moderno Estado de Derecho social y democrático- que desde el punto de vista histórico ha sido considerado como el motor que ha posibilitado la racionalización del Derecho penal y la evolución que ha experimentado a través del decurso de los siglos, aunque deben destacarse los grandes aportes del pensamiento ilustrado y del *ius naturalismo* para tales logros.¹⁰⁵

2. *Derivados del fundamento político o formales.* La intervención del Estado en ejercicio del Derecho de castigar está delimitada por el principio de legalidad de los delitos y de las penas, según el cual el ente estatal ha de tener unos controles muy precisos y claros en su injerencia sobre el ciudadano. A su vez, el objeto de los actos de intervención ha de ser tan detallado y específico, que no se debe prestar a equívocos entre los coasociados; y, por último, el gobernado debe tener la posibilidad real de conocer con toda claridad tanto el contenido de esos actos como su fundamento. De este postulado se deriva todo un cúmulo de garantías vitales para la seguridad jurídica que, en realidad, engendran una gama muy amplia de axiomas cuyos orígenes deben buscarse en el pensamiento penal ilustrado.

De la exposición anterior se colige, entonces, que la organización social no puede amenazar con sanciones penales conductas subjetiva y objetivamente indiferentes, pues la facultad punitiva tiene vallas infranqueables fijadas por los derechos de las personas (Declaración Universal de los derechos del Hombre).¹⁰⁶

En verdad, esta temática no ha sido tratada a profundidad por los estudiosos¹⁰⁷ ni por la jurisprudencia, que se han limitado a realizar alusiones esporádicas. Ello es consecuencia de que la teoría del Derecho penal se encuentra en plena formación y dicha problemática no puede concebirse de la misma manera que en las naciones europeas, donde el Estado ha evolucionado siguiendo unas directrices precisas, o por lo menos identificables con claridad. Sin duda, para abordar con éxito este asunto debería empezarse por precisar cuál es la verdadera configuración de la sociedad en la cual se vive, lo que no es tarea sencilla pues la organización social es una mezcla de componentes autoritarios y *demo liberales* que dista mucho de un auténtico Estado social y democrático de Derecho o, por lo menos, de un Estado democrático y participativo.

Como toda norma jurídica, la norma penal suele constar de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica, y tiene la forma de una proposición en la cual el supuesto va enlazado a la

¹⁰⁴ Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, págs. 395 y 396.

¹⁰⁵ García Pablos, *Derecho Penal*, pág. 293; Zugaldía, *op. Cit.*, pág. 254.

¹⁰⁶ Fontán Palestra, *Tratado*, t. I

¹⁰⁷ Cfr. Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal Fundamental*, 2ª ed. (Bogotá, Temis, 1986). Pág. 13.

sanción;¹⁰⁸ esta terminología es preferible a la de precepto y sanción, que recuerda la concepción monista de los imperativos de donde proviene. Sin embargo, a diferencia de otras reglas jurídicas, el supuesto de hecho de la norma penal aparece integrado por un tipo penal, a veces denominado impropriamente "hecho punible" o "delito"; por su parte, a consecuencia jurídica está conformada por una pena o una medida de seguridad.

Como se ha precisado; lo que caracteriza a la norma o proposición jurídico penal es que su supuesto de hecho tiene por objeto la descripción de una conducta punible (delictual o controversial) y sus consecuencias jurídicas son penas o medidas de seguridad. De ello se desprende que los conceptos jurídicos fundamentales son, justamente, el delito, la contravención penal y la medida de seguridad.

La norma penal, a diferencia de otras, presenta una consecuencia jurídica que puede revestir la forma de una pena o de una medida de seguridad. A continuación se trata de cada una de ellas.

La pena, es la consecuencia jurídica que tradicionalmente se ha impuesto por la comisión de un delito y su origen se pierde en la historia de los tiempos, remontándose hasta el pensamiento mágico, aunque la pena pública se encuentra ya en el Derecho de Israel, en Roma y en el Derecho germánico. Formalmente hablando, la pena es un mal que impone el legislador por la comisión de un delito; o la consecuencia asignada a la persona que ha realizado un hecho punible. Pero esta noción no dice nada sobre la naturaleza de ese mal, ni por qué ni con qué fin se impone; en otras palabras, debe suministrarse un concepto material de pena que permita abordar su contenido; responder a estas últimas interrogantes ha sido, sin embargo, uno de los asuntos más discutidos a lo largo de la historia del Derecho penal, y lleva involucrada toda una problemática filosófica, sociológica, política, etcétera. Para tratar de lograr mayor claridad en la exposición se suele distinguir entre su justificación, naturaleza, sentido, fin, y fundamento,¹⁰⁹ aunque esta terminología no siempre es coincidente entre los expositores.¹¹⁰

a) Justificación. El problema en torno al porqué de la pena es el más clásico de la filosofía del Derecho, pudiéndose agrupar en dos grupos las teorías que tratan de resolverlo.

De un lado, aparecen las llamadas doctrinas justificadoras, que emiten razones de diverso orden para justificar la pena y, por ende, el Derecho penal, se impone para mantener el orden jurídico, condición fundamental para asegurar la convivencia en comunidad, pues sin ella el ordenamiento jurídico dejaría de ser coactivo para convertirse en una simple recomendación no vinculante (justificación jurídico-política); es necesaria para "satisfacer la sed de venganza de la

¹⁰⁸ Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Traducción: Marcelino Rodríguez Molinero (Barcelona, Ariel, 1994). Págs. 242 y 244; Muñoz Conde, *Derecho penal*, págs. 31 y ss.

¹⁰⁹ Cfr. Zugaldía Espinar, págs. 59 a 99; Muñoz Conde, Introducción, págs. 33 y ss.; Muñoz Conde, *Derecho penal*, págs. 44 y ss.

¹¹⁰ García Pablos, *Derecho Penal*, págs. 62 y 63.

comunidad" (justificación psicológica-social); se busca posibilitar "la expiación como actividad moral autónoma" (justificación ético-individual).¹¹¹

De otro lado, un amplio grupo de corrientes -las llamadas *doctrinas abolicionistas* postulan que la pena no tiene justificación alguna y que debe abolirse el Derecho penal, sea porque impugnen de raíz su fundamento ético-político, o sea porque entiendan que las ventajas que reporta son inferiores a los costos que representa.¹¹²

Sin embargo, más allá de esas explicaciones, es evidente que la pena se justifica en aquellos eventos en los cuales el comportamiento prohibido perjudica de manera insoportable la coexistencia libre y pacífica de los ciudadanos y no resultan adecuadas para impedirlo otras medidas jurídico criminales menos radicales, dependiendo del sistema socioeconómico y de la forma de Estado imperante.¹¹³ La pena, pues, se justifica por su *necesidad* para el mantenimiento de la convivencia social, lo cual es constatable empíricamente,¹¹⁴ una sociedad que renunciara a su poder penal se entregaría a sí misma¹¹⁵ y se disolvería para dar lugar al caos y a la anarquía.

b) Naturaleza. Sin lugar a dudas, ella es una manifestación del Estado, es expresión del poder estatal traducida en una injerencia directa sobre el condenado, a quien se priva de determinados bienes jurídicos (la libertad, el patrimonio, el honor, etcétera), con miras a asegurar la protección eficaz de los intereses tutelados por la ley. Históricamente, la pena ha envuelto siempre despliegue de poder, coacción, lo cual posibilita la supervivencia del Derecho penal como suprema herramienta de control social.

¹¹¹ Cfr. Jescheck, Tratado de Derecho Penal. Parte General, 4ª ed., Traducción Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde (Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1981). Pág. 56

¹¹² Ferrajoli, Derecho y razón, págs. 247 y ss.

¹¹³ Cfr. Bustos Ramírez/Hormazabal Malareé, *Bases*, pág. 115; Bustos, *Manual*, págs. 34 y ss; Jakobs, Derecho Penal, pág. 8

¹¹⁴ Reinhart Maurach, Tratado de Derecho penal, Traducción Juan Córdoba Roda (España, Ariel, 1992). Pág. 65.

¹¹⁵ García Pablos, *Derecho Penal*, pág. 63.

2.2 Fines de la Pena

2.2.1 Planteamiento General

Antes de abordar las importantes consecuencias anunciadas debe interpretarse el sentido de la expresión "Estado social y democrático de Derecho". No se trata, en este lugar, de acometer la difícil (y acaso imposible) labor de precisar con exactitud los caracteres del concepto de Estado de tal forma designado. Sí es necesario, en cambio, desentrañar el sentido general de la fórmula, contemplada en su totalidad y en sus tres componentes. Con ella la Constitución emplea una terminología ampliamente consagrada que apunta a una concepción sintética del Estado, producto de la unión de los principios propios del Estado liberal y del Estado social. Como toda síntesis, la imagen resultante del Estado supone una superación de sus componentes básicos aisladamente considerados, lo que permite añadir, la tercera característica de la fórmula constitucional: la democracia. La importancia respectiva que se atribuya a cada una de las tres componentes examinadas dependerá en forma notable de la concreta visión política de que se parte.¹¹⁶ Aquí, sin embargo, sólo importa destacar el punto de acuerdo en que deben convergir las posibles interpretaciones del "Estado social y democrático de Derecho": es éste un modelo de Estado que pretende aunar, superando los modelos de Estado liberal y Estado social.

Del Estado liberal adopta, sin duda, la idea de Estado de Derecho, es decir, de Estado gobernado por el Derecho emanado de la voluntad general, expresada por los representantes del pueblo, en el cual radica la soberanía nacional, en contraposición al Estado absoluto, en el que el Derecho se halla en manos de uno o varios hombres. Este modelo de Estado aporta a la trilogía para que el ejercicio de los poderes públicos respete determinadas garantías formales, ciertos límites que aseguren la salvaguardia de las esferas de libertad formalmente reconocidas a los ciudadanos. El Estado liberal responde a la preocupación de defender a la sociedad del Estado, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad.

El Estado social, en cambio, supone el intento de derrumbar las barreras que en el Estado liberal separaban a Estado y sociedad. Si el principio que regía la función del Estado liberal era la limitación de la acción del Estado, el Estado social se erige a continuación en motor activo de la vida social. Si el Estado liberal pretendía reducirse a asegurar las garantías jurídicas y, por tanto, meramente formales, el Estado social se considera llamado a modificar las efectivas relaciones sociales. Del Estado-árbitro imparcial, del Estado-guardián preocupado ante todo por no interferir

¹¹⁶ Cfr. S. Mir Puig., *Introducción*, cit., pp. 123, 301 y ss.; O. Alzaga, *La Constitución española de 1978, comentario sistemático*, (Madrid, 1978). Pp. 76 y ss.

en el juego social, se pasa progresivamente al Estado intervencionista¹¹⁷ lo que deviene Welfare State.

Históricamente, el Estado liberal y el social se hallan en la relación dialéctica de tesis y antítesis. La sustitución paulatina del Estado liberal por el intervencionista representó una progresiva relajación y un distanciamiento de las garantías liberales, que acaban viéndose como "prejuicios burgueses" puramente formales, frente a los cuales no tiene por qué retroceder la acción del Estado. Se llega así a los totalitarismos de izquierdas o de derechas que van sembrando el panorama político de entre las dos guerras mundiales. Pero ello no significa que el Estado liberal y el Estado social no puedan converger en una síntesis. El Estado intervencionista no implica necesariamente una concepción autoritaria. Lo único esencial al mismo es la asunción de una función de incidencia activa en las relaciones sociales efectivas, y esta función puede ponerse al servicio no sólo de una minoría o de un discutible *todo social*, sino también del progreso efectivo de cada uno de los ciudadanos. Siendo así, no resultará contradictorio con ese Estado social el imponerle los límites propios del Estado de Derecho, igualmente al servicio del ciudadano, los cuales podrán impedir que se desarrolle la tendencia del Estado social a un intervencionismo autoritario, que dejaría de servir a los intereses - también "reales"- del particular.

Pero la fórmula "Estado social y democrático de Derecho" supone no sólo la tentativa de someter la actuación del Estado social- a la que no se quiere renunciar - a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real. Se pretende, por esta vía, acoger una modalidad de Estado social - esto es, que tome partido efectivo en la vida social- al servicio de todos los ciudadanos. En cuanto social y democrático, tal Estado deberá crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo, pero para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones deberá ser, además, un Estado democrático de Derecho. El carácter democrático de ese Estado aparece vinculado, pues, a la síntesis. del Estado social y del de Derecho, y expresa tanto la necesidad de libertad "real" -oponiéndose a que el "Estado social" dirija sólo su intervención en beneficio de ciertos grupos- como "formal" -cerrando el paso a la posibilidad de un "Estado de Derecho" no controlado por todo el pueblo- para los ciudadanos.

La función de la pena en el Derecho penal liberal, bajo la vigencia del Derecho penal liberal se atribuyó a la pena tanto una función de prevención de delitos, como la de retribución por el mal cometido. La fundamentación del Estado y del Derecho liberales en el contrato social, concebido como pacto que los hombres suscriben por razones de utilidad, concluía a asignar a la pena la función utilitaria de protección de la sociedad a través de la prevención de los delitos, cuya esencia se veía, en un principio, en constituir un "daño social". Éste fue el planteamiento de la ilustración

¹¹⁷ F. Muñoz Conde, "La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de la Ley Orgánica del Código Penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, 1982, p. 115

que sirvió de base a la obra que inicia el Derecho penal contemporáneo¹¹⁸ y originó una importante línea de pensamiento a lo largo del Derecho penal clásico pero tanta o, acaso, mayor importancia tuvo en éste la concepción retributiva de la pena. Precisamente fueron dos de los máximos exponentes de la filosofía liberal, Kant y Hegel, quienes quizá de la forma más pura y extrema defendieron una concepción absolutista de la pena como exigencia absoluta de la justicia. Aunque sus formulaciones difieren tanto como sus sistemas filosóficos, ambos pensadores limitan la función de la pena a la pura realización de la justicia en base a su concepción liberal del mundo. En apoyo de ello me limitaré a recordar que para Kant la pena no podía servir a la protección de la sociedad ni, por tanto, a la prevención de delitos, porque ello supondría que se castiga al delincuente en beneficio de la sociedad, lo que encerraría una instrumentalización inadmisibles del individuo, concebido como "fin en sí mismo"; y que según Hegel sólo la pena justa trata al hombre como a un ser "racional" y no como el palo al animal, hasta el punto de que aquella pena se convierte en un "derecho" para el delincuente.

La discrepancia existente entre las dos direcciones liberales señaladas - la prevencionista y la retributiva - respondía a una distinta concepción del hombre, al que (según ambas, en cuanto liberales) debía servir el Derecho. Mientras que los utilitaristas pensaban en el hombre empírico, el idealismo alemán giraba en torno a un hombre ideal. De ahí que, mientras los primeros exigían de la pena que protegiese a los ciudadanos en sus bienes reales, los filósofos alemanes se preocupaban de que sirviera de testimonio y confirmación de los valores ideales del hombre-razón (desde su dignidad como ser racional autónomo hasta la exigencia de justicia, también derivada de la razón humana). Una vez abandonado el planteamiento idealista del retribucionismo liberal, quedaría en pie la posibilidad de trazar un límite a la pena que impidiese castigar al delincuente más allá de la gravedad del hecho cometido. Ahora bien, como se verá, tal límite de garantía para el individuo también puede exigirse sin necesidad de renunciar a la función de prevención de la pena.

Si el Derecho penal liberal permitió atribuir a la pena tanto una función de prevención como de retribución, según se concibiese al servicio del hombre empírico o del hombre ideal, el Derecho penal del Estado social no podía sino conferir a la pena la función de prevención. El nuevo planteamiento social, que llevaba al Estado a intervenir activamente en la vida efectiva de la sociedad, debería reflejarse en lo penal atribuyendo a la pena el cometido de lucha contra el delito, en el sentido de lucha contra la delincuencia como fenómeno real de la existencia social. No se trataba sólo de realizar una justicia ideal exigida por la razón, sino de combatir eficazmente, en el terreno de los hechos, una criminalidad que iba en aumento a lo largo del siglo XIX,¹¹⁹ en especial

¹¹⁸ Cfr. C. Beccaria, *De los Delitos y de las penas*, trad. Esp. De J.A. de las Casas, (Madrid 1968). Pp. 27, 29, 30 y ss.

¹¹⁹ Cfr. Mir Puig., *Introducción, cit.*, pp. 176 y ss.

como consecuencia de las dificultades de adaptación de amplias capas de la población a la nueva situación que determinaron el capitalismo, el maquinismo industrial y la aparición del proletariado. Es sabido que la escuela positiva, que surgió en la última tercera parte del siglo XIX, partió de la crítica a la ineficacia del Derecho penal clásico (esto es liberal) para atajar el delito. Las medidas de seguridad aparecieron, a sus ojos, como la vía científica de remoción de las causas del delito. Pero también la dirección electiva que mantuvo en pie la necesidad de la pena, siquiera añadiendo a ella un sistema de medidas, atribuyó al Derecho penal y en particular a la pena la función de prevención de delitos.

El principio intervencionista, rector del Estado social, podía conducir, y así sucedió en algunos países, a un Derecho penal más preocupado por la eficacia de sí mismo que por servir a todos los ciudadanos. La pena se convirtió a veces en un arma del Estado esgrimida contra la sociedad, tornándose la eficacia de la pena en terror penal. Éste es el peligro que encierra un Derecho penal concebido para ser eficaz. Como toda arma peligrosa, la pena preventiva ha de someterse a un control riguroso. Un Estado democrático ha de evitar que se convierta en un fin en sí mismo o al servicio de intereses no convenientes para la mayoría de los ciudadanos, o que desconozca los límites que debe, respetar frente a toda minoría y todo individuo. El ejercicio del *ius puniendi* en un Estado democrático no puede arrumbar las garantías propias del Estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al *principio de legalidad*. Pero, al mismo tiempo, debe añadir nuevos cometidos que vayan más allá del ámbito de las garantías puramente formales y aseguren un servicio *real* a todos los ciudadanos. El Derecho penal de un Estado social y democrático no puede, pues, renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla por y para los ciudadanos. Ello podría concretarse del modo siguiente:

➤ El Derecho penal de un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado social) los entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos "bienes" no en un sentido naturalista ni ético-individual, sino como posibilidades de participación en los sistemas sociales¹²⁰ fundamentales, y en la medida en que los mismos ciudadanos consideren graves tales hechos (Estado democrático). Por ende, el Derecho penal debe, pues, orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad.¹²¹

Se sigue de lo anterior que la Constitución conduce a un Derecho penal llamado a desempeñar, bajo ciertos límites de garantía para el ciudadano, una función de prevención general

¹²⁰Mir Puig, *Introducción*, cit., pp. 137 y ss.

¹²¹Idem.

sin perjuicio de la función de prevención especial. Es pertinente subrayar que un Estado democrático ha de apoyar su Derecho penal en el consenso de sus ciudadanos, por lo que la prevención general no puede perseguirse a través de la mera intimidación que supone la amenaza de la pena para los posibles delincuentes, sino que ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad. La fuerza de convicción, de un Derecho penal democrático se basa en el hecho de que sólo usa de la intimidación de la pena en la medida en que con ella afirme a la vez las convicciones jurídicas fundamentales de la mayoría y respete en lo posible las de la minoría. Un Derecho penal democrático ha de prevenir no sólo con el miedo de castigo, sino poniendo la pena al servicio del sentimiento jurídico del pueblo. Dos son, pues, los aspectos que debe adoptar la prevención general en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho: junto al aspecto de prevención intimidatoria (también llamada prevención general especial o negativa) debe concurrir el aspecto de una prevención general estabilizadora o integradora (también denominada prevención general o positiva).

No se trata, con esto, de restar importancia al papel de la intimidación. Por una parte, toda prevención general a través de una pena será inevitablemente intimidatoria, y afirmar lo contrario supondría un eufemismo gravemente ocultador de la realidad, es decir: ideología en el sentido negativo del término. Por otra parte, no sería admisible acudir al concepto de la prevención general estabilizadora, integradora o positiva para exigir o permitir que la prevención general fuera más lejos y ampliara sus cometidos más allá de la intimidación añadiendo la voluntad de internalizar valores. Importa precisamente lo contrario: limitar la prevención general intimidatoria exigiendo que además se presente como socialmente integradora. De otro modo, requerir la prevención general estabilizadora tendría un sentido "moralizante", de imposición mediante la coacción de la pena de una adhesión interna de los ciudadanos a los valores jurídicos, y ello sería absolutamente impropio de un Derecho penal de garantía del individuo pero se trata, al mismo tiempo, de evitar la pura intimidación estatal que crea posible prescindir de toda consideración del consenso social. Tal objetivo se conseguirá siempre cuando la intimidación penal se ejerza dentro de los límites señalados a un Estado social y democrático de Derecho (exclusiva protección de bienes jurídicos, proporcionalidad, culpabilidad, etcétera) y entonces la prevención general se presentará necesariamente como correcta intimidación estabilizadora. Más no hay que olvidar que si la intimidación penal no respetase estos límites políticos podría llevar al terror penal, como sucedió en el Estado absoluto del Antiguo Régimen, y entonces no constituiría ya una correcta prevención general estabilizadora.

➤ Un Derecho penal democrático debe desarrollarse con estricta sujeción a los límites propios del principio de legalidad, tanto en su vertiente formal - sólo pueden establecer delitos y penas, disposiciones dotadas de rango de ley (que ahora debe ser

orgánica) anteriores al hecho enjuiciado como en su realización material - "exigencia de determinación" de las proposiciones jurídico-penales.¹²²

➤ El planteamiento democrático no sólo debe servir a la mayoría, sino también respetar y atender a toda minoría y todo ciudadano, en la medida en que ello sea compatible con la paz social. Desde esta perspectiva el Derecho penal no sólo debe defender de los delincuentes a la mayoría, sino que ha de respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal. Lo primero impide la imposición de penas incompatibles con la sensibilidad de nuestro momento histórico: torturas, muerte. Lo segundo obliga a ofrecer a los condenados posibilidades para su resocialización y reinserción social. Ello debe reflejarse, en primer lugar, en el momento judicial de determinación de la pena: ha de impedir así la imposición de ésta o de su cumplimiento cuando, no resultando absolutamente necesaria para la protección de la sociedad, aparezca como innecesaria o contraindicada en orden a la resocialización. En segundo lugar, es precisa una concepción democrática de la ejecución de las penas que se base en la participación del sujeto en ellas y no persiga la imposición de un determinado sistema de valores, sino sólo ampliar las posibilidades de elección del condenado.¹²³ Por último, deben suprimirse los obstáculos a la reinserción social que implica la existencia de los antecedentes penales.

Es cierto que el objetivo de la resocialización es siempre de problemática consecución y a veces incluso innecesario o ilícito,¹²⁴ y ello plantea arduos problemas cuando, sin embargo, la prevención general exige el cumplimiento de una pena privativa de libertad. Tal vez quepa entender que dicho precepto debe limitarse por la necesidad de protección de la sociedad es considerar que las penas privativas de libertad se hallan *orientadas* a tal meta, y que como mínimo no favorecen la *desocialización* de interno.¹²⁵ Lo que es seguro es que cárceles como las actualmente existentes en España ni siquiera intentan la resocialización, porque ni siquiera se hallan mínimamente orientadas a esta finalidad, sino que más bien facilitan la desocialización del recluso.

En el modelo de Estado social y democrático de Derecho del cual arrancan los sistemas políticos contemporáneos y, por tanto, los jurídicos, la pena ha de cumplir (y sólo está legitimado

¹²² Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal* (Barcelona, Bosch, 1975). P 94 y ss.

¹²³ Cfr. Mir Puig, *Introducción*, cit., p. 109. ; Francisco Muñoz Conde, *La reforma del Derecho penal*, 1979, p. 680 y ss.; D.M. Luzón Peña, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, (Madrid, Bosch, 1979). Pp. 53 y ss. F. Bueno Arús, *Estudio Preliminar*, en G. García Valdés, *La reforma penitenciaria española*, (Madrid, 1981). P. 13; Muñagorri, *Sanción Penal y política criminal*, (Madrid, 1977): P. 135 y ss.

¹²⁴ Cfr. S. Mir Puig. *Introducción*, cit., pp. 70 y ss. ; E. Octavio de Toledo, *Sobre el Concepto*, cit., p. 215; Francisco Muñoz Conde, *La Resocialización*, cit., pp. 66.; Córdoba Roda, *La pena y sus fines*, cit., pp. 153 ss.

¹²⁵ Cfr. Francisco Muñoz Conde, *La Desocialización del delincuente*, en "1ª Instancia", núm. 3, 1980. pp. 4 y ss.

para cumplir) una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atenten a estos bienes; y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta, sin retribución, la infracción del orden jurídico, ahora bien, para que el Estado social no se convierta en autoritario, sino que sea democrático y de Derecho, deberá respetar una serie de límites que garanticen que la prevención se ejercerá en beneficio y bajo control de todos los ciudadanos.

2.2.2 Posturas Teóricas sobre los Fines de la Pena

Si en relación con los problemas anteriores parece existir un relativo acuerdo doctrinario -no obstante los diversos puntos de partida-, no sucede lo mismo con los dos asuntos que ahora se examinan (*por qué y para qué se pena*), en torno a los cuales se ha erigido la tradicional lucha de escuelas de donde han surgido las *teorías sobre la pena*: absolutas, relativas y eclécticas o de unión, cada una de las cuales responde a una concepción del Estado y, por ende, del Derecho penal; todo lo cual permite plantear que la historia de las teorías de la pena, es la historia universal del Derecho penal.

1) Teorías absolutas. Se denominan así porque para ellas la pena solo persigue el logro de valores absolutos -lo básico no es el fin sino el *sentido de la pena*-, tales como "la realización de la justicia" imponer una pena es una condición indispensable para que reine la justicia en la tierra; o "el imperio del Derecho", la pena está orientada a restaurar el Derecho cuando ha sido quebrantado; se habla por ello, de las *teorías retributivas*. También deben ubicarse aquí aquellas concepciones que, sobre todo en el plano religioso, entienden la pena como la expiación por el mal cometido (el delito, equiparado a pecado). Defensores de las corrientes retribucionistas fueron los dos grandes filósofos del Idealismo alemán.

De un lado, I. Kant (1724-1804), en su obra *Metafísica de las costumbres* (1798), plantea que el sentido de la pena es *la retribución moral* fundada en el llamado principio de culpabilidad -entendido en su sentido más clásico, como libertad de voluntad o libre albedrío-; así las cosas, como el hombre es libre de autodeterminarse y puede optar entre lo bueno y lo malo, al hacer mal uso de esa libertad a través de la comisión de un delito, se hace culpable y por ende -en justicia- acreedor a una pena, a título de retribución por el mal cometido, gracias a lo cual se logra el imperio de la justicia. De esta manera, pues, el contenido de la pena es el talión y la justicia penal es uno más de los imperativos categóricos kantianos, como se desprende del ejemplo que pone el citado filósofo: si una sociedad se disuelve de mutuo acuerdo, antes debería ejecutarse al último asesino que se encontrase en prisión, pues de no ser así el pueblo se tornaría en cómplice de la vulneración pública de la justicia.

Del otro lado, F. Hegel (1770-1831), en su obra *Líneas fundamentales de la filosofía del Derecho* (1821) parágrafos 96 y siguientes, postula que el sentido de la pena es la *retribución jurídica*, fundado en que el delito es la negación del Derecho y la pena como negación del delito se convierte, por ende, en la afirmación del Derecho; la pena se impone, entonces, porque debe imperar el Derecho. Las concepciones expiacionistas -verdadera variante de las doctrinas absolutas, como ya se dijo- son las que imperan en el plano religioso, tanto por parte de los credos católicos como protestantes.

A manera de crítica se ha dicho que estas teorías, tanto en su variante de la expiación como en la de la retribución, corresponden a momentos políticos ya superados: el absolutismo, en el primer caso, y los albores del capitalismo en el segundo; detrás de ellas, sin duda, se esconde una concepción autoritaria del Estado y de la pena.¹²⁶ A ello se añade que, científicamente hablando, no son válidas en el campo del Derecho penal actual, pese a la notable influencia que han tenido en la doctrina tradicional, y pueden llevar a consecuencias político sociales indeseadas. En fin, estas posturas olvidan que la pena persigue unos fines determinados y parten de presupuestos filosóficos indemostrados: el libre albedrío y el principio de la culpabilidad entendido en sentido tradicional. De todas maneras, no debe olvidarse que gracias a estas teorías es posible graduar la culpabilidad del sujeto a efectos de imponer la pena: a una culpabilidad leve -por ejemplo un pequeño hurto- corresponde una pena leve, y a una culpabilidad grave -un asesinato con ánimo de lucro, o un daño ecológico grave- una pena grave. Su gran aporte, pues, es haber suministrado el grado de culpabilidad del agente como criterio para imponer la pena.

2) Teorías relativas. A diferencia de las anteriores, estas posturas atienden solo a la idea de fin en desmedro del "sentido" de la pena (*Punitur, ne peccetur*); el fin -relativo- de la pena no es la retribución de la culpabilidad pasada sino la prevención de futuros delitos, por eso se les conoce también como teorías de la prevención. La pena actúa bien sobre la persona del autor desalentándolo a que cometa futuros delitos: prevención especial, o bien sobre la comunidad jurídica amenazándola con la ejecución de un castigo, asegurando así el respeto a las prohibiciones y a los mandatos legales por medio de la intimidación: prevención general; en ambos casos, pues, la pena es necesaria para evitar la comisión de delitos.

La prevención general ha sido predicada por filósofos como J. Bentham con su concepción utilitarista y A. Schopenhauer; por P. J. A. Feuerbach (1775-1833), considerado el padre de la ciencia penal alemana, quien la desarrolló a partir de su "teoría de la coacción psicológica"; y es la postura que el psicoanálisis, gracias a la obra de S. Freud, proclama. Por lo demás, es la postura que privó entre los pensadores iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII.

No obstante, puede hablarse de una prevención general positiva o de la integración, cuando se le asigna a la pena la función real de asegurar la fidelidad de los asociados al orden constituido y a las instituciones (G. Jakobs), o la estabilización de la conciencia del Derecho a partir del entendimiento de éste como una forma más de control social (W. Hassemer); y de una prevención general negativa o de la intimidación, si se le atribuye a la pena como función disuadir a los ciudadanos mediante la amenaza de la misma o su utilización (A. Ross, P. J. A. Feuerbach).

¹²⁶ Bustos Ramírez, pág. 137; Ferrajoli, Derecho y Razón, págs. 256 y ss.

Numerosas objeciones¹²⁷ se le han formulado a estas concepciones, advirtiendo que no todas ellas son necesariamente predicables de algunas de sus variantes.

De la prevención general negativa se dice que como acude al terror estatal, al miedo, a la intimidación, es insostenible desde la perspectiva de un Estado de Derecho social y democrático que no puede tolerar penas draconianas, ni permitir que al hombre se le cosifique y se le convierta en instrumento para los fines del Estado, por lo cual cae en una justificación del Derecho penal expresamente inmoral; así mismo, que tampoco es susceptible de verificación empírica, convirtiéndose en una cuestión de fe o simplemente de disquisición filosófica; en fin, que cae en un utilitarismo desenfrenado. Además -y el cuestionamiento también alcanza a las posturas positivas-, que tampoco brinda un criterio sólido para determinar la duración de la pena, pues predica que ello debe hacerse dependiendo de los fines sociales y políticos perseguidos por el Estado y no al acto o hecho cometido; igualmente, dada su generalidad, está pensada para la colectividad olvidando al individuo concreto.

De la *prevención general positiva* se dice que conceptos como los de la fidelidad al Derecho, ejercido en el reconocimiento de la norma, etcétera -que suponen la confusión entre Derecho y moral- deben rechazarse por la subjetividad que encierra; además, su punto de partida es extremadamente conservador y propicia una justicia penal clasista. Igualmente,¹²⁸ dada su cercanía con la idea de retribución termina confundiéndose con ella; amén de que proclama una pena simbólica, reflejo de un poder político absoluto, ilegítima desde la perspectiva de un Estado de Derecho democrático.

A su turno, *la prevención especial* fue defendida por F. Von Liszt (1882), para quien la pena tenía como fin la tutela de los bienes jurídicos y solo era justa cuando resultaba necesaria para la protección de aquellos intereses, esto es, en la medida en que se adapte a la idea de fin. Este expositor proclamó en su Programa de Marburgo que la pena, a la que sumaba la medida de seguridad preventiva, tenía como cometido corregir al delincuente susceptible de corrección y necesitado de ella; intimidar al delincuente no necesitado de corrección; e inocular al delincuente no susceptible de corrección. También, desde la Antigüedad, fue sostenida por Platón (año 427-347 a. C.), Protágoras (hacia el año 485-415 a. C.) y Séneca (año 65 d. C.). La defendieron con ahínco los positivistas italianos quienes plantearon, incluso, la absorción de la pena por la medida de seguridad (Luigi Ferrajoli); los correccionalistas alemanes y españoles; y, en épocas más recientes, Mac Ancel en Francia, así como los seguidores de la corriente de la Nueva Defensa Social.

¹²⁷ Bustos Ramírez, *Manual*, págs. 25 a 27, 31; Ferrajoli, *Derecho y Razón*, págs. 275 a 280; Jackobs, *Derecho Penal*, págs. 27 y 29.

¹²⁸ Jackobs, *Derecho Penal*, págs. 22 y 23.

En la doctrina contemporánea se habla de la prevención especial en dos sentidos:¹²⁹ como prevención especial negativa o inocuización, para indicar que la finalidad de la pena es eliminar o neutralizar al reo; y como prevención especial positiva, o de la corrección, pues se atribuye a la pena la función positiva de corregir al reo, de resocializarlo.

Estas posturas en sus diversas variantes han sido criticadas¹³⁰ por implicar una instrumentalización del hombre para los fines del Estado, cosificándolo y perdiéndole el respeto a su dignidad humana; así mismo, el hecho de que partan de una supuesta "peligrosidad social" del individuo no les permite explicar el fundamento de la pena cuando no hay posibilidad de que este reincida, y pueden llevar al absurdo al plantear un internamiento de por vida, incluso cuando el delito es de poca monta o, sencillamente, no existe -peligrosidad predelictual-. Por ello, el punto más crítico de estas doctrinas cuando proclaman la resocialización como tarea de la pena, es el cuestionamiento de para qué y a qué sociedad se dirigen; así mismo, son impracticables porque, de todas maneras, deben acudir a la prevención general; así mismo, a pesar de su punto de partida político, son las más antiliberales y antigarantistas que jamás se hayan diseñado, y justifican modelos de Derecho penal máximo. Y, en la que parece la crítica más certera, desconocen el principio del acto o del hecho inherente a cualquier concepción demo liberal del Derecho penal, dado que consideran los delitos como patología y las penas como terapia a través de la amputación o la curación.

En fin, estas teorías responden a un momento político ya superado, dado que surgieron a la luz de la concepción liberal intervencionista de fines del siglo XIX y comienzos del XX que gestó el totalitarismo de Estado, y son fruto de posturas filosóficas deterministas; por ello, "no es casual que en la Europa que está a caballo entre los dos últimos siglos estas doctrinas hayan preparado el terreno de ese proceso de disolución irracionalista y subjetivista del Derecho penal y de la razón jurídica que celebrará sus fastos en los regímenes totalitarios de entreguerras".¹³¹

Teorías de la unión. Plantean una solución de compromiso afirmando que el *sentido* de la pena es la retribución y su fin es la prevención general y especial; se trata, pues, de desechar los puntos críticos de las diversas posturas y de rescatar *los* beneficios de cada una. Así, por ejemplo, la retribución tiene la gran ventaja de servir como límite al *ius Puniendi* del Estado, dado que permite determinar con cierta seguridad cuál es la magnitud de la pena correspondiente al grado de culpabilidad, el grado justo de la pena imponible; al mismo tiempo se evita que la pena se imponga como escarmiento para el reo y la comunidad.

¹²⁹ Ferrajoli; *Derecho y razón*, págs. 264 y 265.

¹³⁰ Bustos Ramírez, *Bases*, pág. 168; el mismo *Manual*, pág. 28; Ferrajoli, *Derecho y razón*, págs. 270 y 271; Jakobs, *Derecho penal*. 29 y ss.

¹³¹ Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, pág. 271

La prevención especial, por su parte, llama la atención sobre la persona del reo, procurando que lleve en el futuro una vida sin delito, que se resocialice, fomentando el desarrollo de un sistema penitenciario acorde con tal meta y, consecuentemente, convirtiéndose en un eficaz medio de lucha contra la criminalidad; así mismo, al haber puesto su punto de vista sobre el hombre concreto, representa un elevado grado de humanización que logra despojar a la pena de su carácter moralizante y mítico. A su turno, la prevención general vela por los intereses de la comunidad manteniendo la sanción dentro de límites razonables; y de conformidad con ella se puede entender por qué a los delitos graves se les castiga con una pena grave aunque no haya peligro de que se repita el hecho; incluso, es un intento por justificar la intervención del Estado acudiendo a argumentos de tipo social y político-jurídico, aparte de consideraciones metafísicas.

No obstante, estas posturas han sido objeto de diversas críticas, pues semejante superposición de cometidos, así se opte por las diversas combinaciones posibles, al ser una mera adición de funciones está, por fuerza, llamada a fracasar; como dice su más encarnizado crítico, "la mera adición no solo destruye la lógica inmanente a la concepción, sino que aumenta el ámbito de aplicación de la pena, que se convierte así en el medio de reacción apto para cualquier empleo. Los efectos de cada teoría no se suprimen en absoluto entre sí, sino que se multiplican. Esto es no solo inaceptable teóricamente, sino muy grave desde el punto de vista del Estado de Derecho". Así mismo, se afirma que en caso de acumular las diversas funciones conduce a la indeterminabilidad de la pena.

No obstante las críticas, estas posturas encuentran acogida en diversas vertientes doctrinarias, y aun en las codificaciones, como sucede con la colombiana; y es posible adoptarlas haciendo hincapié en una u otra función.

Actualmente a las posturas anteriores se han opuesto otras, no siempre originales, entre las cuales merecen destacarse las siguientes: en primer lugar, deben mencionarse los intentos de C. Roxin por formular una *teoría unificadora dialéctica*, aunque se pueden distinguir dos etapas distintas en su pensamiento.

En efecto, en un comienzo ha postulado que el Derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras distintas -sea amenazando, imponiendo o ejecutando penas-, cada una de las cuales debe justificarse por separado; por ello deben diferenciarse los diversos estadios en los que aparece la pena: en el momento de la amenaza penal, persigue como efecto la prevención general; en la fase de la aplicación, su cometido es la retribución pero no entendida en sentido metafísico; y, en la ejecución, persigue la prevención especial. A partir de esta postura, se elaboran cuatro principios básicos a los que debe sujetarse la pena: sirve a la reinserción social del delincuente -resocialización- y a la protección de la comunidad -prevención general-; no puede sobrepasar en su gravedad el grado de culpabilidad del infractor -función limitadora del principio de culpabilidad-; se puede imponer una pena inferior a la que corresponda atendiendo al grado de

culpabilidad, siempre y cuando sea preciso para conseguir la reinserción social del individuo y la protección de la comunidad. Y, para terminar, dentro de lo posible la pena no debe imponerse en una extensión mayor que la exigida por la reinserción social del delincuente, dado que ella protege a la comunidad.

No obstante, en un segundo momento de su pensamiento, habla el autor citado de la *teoría de la unión preventivo-dialéctica*, de conformidad con la cual el fin de la pena es la prevención general y especial, funciones que se complementan mutuamente, atendiendo a que las normas penales solo se justifican si protegen tanto la libertad individual como el orden social.

Más allá de esta formulación deben mencionarse, en segundo lugar, las tentativas de construir el Derecho penal a partir de las teorías de la prevención general, sobre todo en su variante positiva por parte de las concepciones funcionalistas, tal como se observa en diversas exposiciones europeas del momento. Entre estas sobresale, naturalmente, la postura de G. Jakobs, para quien la pena tiene como misión la estabilización de la norma nunca evitar lesiones de bienes jurídicos, pues la entiende -a partir de una concepción preventivo general positiva- como "la reacción a la infracción de la norma [...] se trata de una problemática normativa: de la asignación de un suceso perturbador a quien ha de soportar aquellos costos que son necesarios para eliminar esa perturbación"; por ello, la pena debe proteger las condiciones de interacción social y tiene una función preventiva, buscando "ejercitar en la confianza hacia la norma [...] en la fidelidad al Derecho" y en "la aceptación de las consecuencias", tres efectos que se resumen afirmando que ella persigue *la prevención general mediante el ejercicio en el reconocimiento de la norma denominada positiva o general es decir, no sólo intimidatoria prevención general*.

Naturalmente, ello supone cuestionar la función retributiva de la pena, pues ella no puede consistir en un mal a causa del mal cometido al estilo de H. Gracia (*Poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis*), sino que se debe definir positivamente como una demostración de la vigencia de la norma que debe ser asumida por quien es responsable (competente); como es obvio, de ahí surge un mal pero la pena no cumple su cometido con tal efecto negativo sino con la estabilización de la norma lesionada.

Semejante concepción, desde luego, debe ser rechazada radicalmente no solo porque supone un "concepto funcional de culpabilidad", según el cual esta categoría del hecho punible se equipara a fidelidad en el Derecho, sino porque la pena termina convirtiéndose en un terrible instrumento llamado a castigar las meras sospechas de "infidelidad", los hábitos, las maneras de ser, los afectos, los sentimientos, etcétera, algo insostenible desde la perspectiva de un Derecho penal democrático.

Desde otro ángulo de observación, en tercer lugar, haciendo hincapié en el punto de partida interaccionista, R. P. Calliess integra la pena -partiendo de los dictados de un Derecho penal resocializador- en su sistema dialogal ya mencionado, otorgándole como función la regulación de

la interacción entre el *yo*, el *alter* y el *ello*, de tal manera que ella se constituye en un momento de ese complejo proceso jurídico de "regulación" de las diversas y recíprocas acciones comunicativas, con lo cual termina dando una explicación de la pena que se pierde en las nebulosas de lo formal.

En cuarto lugar, gracias a los esfuerzos de E. Schmidhäuser, se ha formulado la llamada *teoría diferenciadora* que distingue la pena como fenómeno social totalizador, global; y su aspecto vivencial, "experiencial", contemplado en los diversos momentos del proceso a través del cual discurre en el momento de la conminación legal abstracta, predomina la idea de prevención general; en el judicial de justicia; en el de ejecución, la tutela del condenado y la prevención especial y de las distintas personas e instituciones que protagonizan los mismos el legislador, a quien interesa la justicia; los órganos de persecución penal para los cuales el sentido de la pena es esclarecer los hechos y poner a sus autores a disposición de los tribunales; los jueces, quienes buscan hacer justicia valorando los hechos acorde con las exigencias de la prevención especial; los funcionarios de la ejecución penal, que buscan hacer provechosa la estancia en prisión de los condenados y su reincorporación al seno social; para el penado, si la acepta, pues le permite librarse de su culpa y reconciliarse con la sociedad; y a la misma sociedad, en cuanto le posibilita reconciliarse con el penado y reincorporarlo a su seno.

La anterior distinción se corresponde con el binomio *sentido* (el contenido ideal de significación que se experimenta con la pena) y *fin* (el objetivo o la función que se persigue): el *sentido* de la pena es la prevención general, pues se castiga para mantener la convivencia; el *fin* - desde un punto de vista social, radica en que la pena sirve como medio de lucha contra el delito, y con arreglo a la experiencia es un instrumento adecuado para mantener la comisión de delitos dentro de unos límites tolerables (prevención general).

En quinto lugar, en un intento por superar las dificultades generadas por las teorías retributivas y preventivas, distingue J. Bustos Ramírez dos niveles en la pena: uno referido a lo que es, y el otro a su imposición. En cuanto a lo primero, se afirma que es "auto constatación ideológica del Estado"; y, en relación con lo segundo, se postula que la pena implica un proceso de imposición a un individuo.¹³² Con tal planteamiento se pretende explicar la pena desde el punto de vista de un Estado social y democrático de Derecho, en lo que constituye una exposición de ella influida por elaboraciones sociológicas que, pese a ser compatible en un plano formal, no alcanza tampoco a desentrañar su esencia misma.

Así mismo, en sexto lugar, puede decirse que después del apogeo de las teorías preventivas especiales en los años sesentas en Europa y su posterior decaimiento, se observa de nuevo su renacimiento en países como EU y las naciones de la península escandinava, dando lugar a un "neoclasicismo" que coloca en primer plano la idea de la resocialización.

¹³² Juan Bustos Ramírez, *Manual*, págs. 34 y ss.

También, en séptimo lugar, dentro del marco de un Derecho penal garantista, habla Luigi Ferrajoli de una doble función preventivo general negativa de la pena: la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas, marcando así los límites mínimo y máximo de las mismas: "el Derecho penal asume como fin una doble función preventiva, una y otra de signo negativo: la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. La primera función marca el límite mínimo y la segunda el límite máximo de las penas".¹³³

En último y octavo lugar, debe destacarse la vigencia de las teorías mixtas o de la unión todavía defendida en las exposiciones de la Parte general del Derecho penal contemporáneo, a las cuales se adscribe el texto.

Como puede observarse, son diversas las posturas en torno al sentido y al fin de la pena como producto de un debate que lleva milenios y corre el riesgo de tornarse interminable; desde luego, cualquiera de las teorías acabadas de mencionar puede ser asumida o rechazada, dependiendo del punto de partida adoptado y de la sistemática del Derecho penal que se pretenda construir. Pero ahí se agota el discurso, porque en la realidad el sistema penal está diseñado para infligir sufrimiento al condenado, privándolo de sus más elementales derechos y deshumanizándolo, como se puede comprobar empíricamente estudiando los modelos de ejecución penal vigentes.

Así las cosas, para no perderse en el mundo de las teorías y acercarse al fenómeno en estudio, es necesario asignarle a la pena una doble función: *teórica* y *práctica*. Desde el primer punto de vista, de acuerdo con el carácter ideológico que quiera imprimírsele al discurso jurídico penal, se puede sostener -como aquí- que en un plano abstracto o ideal se debe optar por las teorías de la unión, a partir de las cuales se puede afirmar que en el Estado actual de la cultura humana la pena es una amarga necesidad (*necesidad social*: protección de bienes jurídicos), esto es, cumple una función de prevención general; que ella debe de *ser justa* (principio de culpabilidad: no hay pena sin culpabilidad), o sea, supone la retribución; y debe estar encaminada a la readaptación social del reo (*resocialización*), lo que equivale a otorgarle como función la *prevención especial*. Por lo demás, este es el punto de partida con el Derecho positivo, de conformidad con el cual retribución (culpabilidad) y prevención (general y especial) son los dos bastiones sobre los cuales descansa la pena.

Desde el segundo punto de vista, el *práctico* -esto es, mirando su esencia-¹³⁴ es indudable que en la realidad se observa una represión penal antidemocrática, inhumana y antirehabilitadora, pues la pena está presidida por la idea de retribución que en muchos casos tiene contenido metafísico.

¹³³ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*; págs. 34y ss.

¹³⁴ García Pablos, *Derecho Penal.*, pág. 64

De lo dicho se colige, entonces, que existe un doble discurso sobre la pena¹³⁵ y para poder acercarse a ella debe partirse del sistema punitivo tal como funciona en la práctica, cobijando todas aquellas manifestaciones del poder estatal traducidas en producción de dolor al ser humano; por ello, puede concebirse la pena como "todo sufrimiento o privación de algún bien o Derecho que no resulta racionalmente adecuado a alguno de los modelos de solución de conflictos de las restantes ramas del Derecho".¹³⁶

Sin duda, pues, la excesiva teorización sobre el asunto ha alejado a los cultores del Derecho penal de la realidad, permitiendo que la discusión se pierda en un mar de teorías tras las cuales se legitima todo el *statu quo* y se, explican todas las injerencias del poder punitivo; ahora se hace necesario un vuelco en los modelos teóricos ensayados, de tal manera que estos nazcan de la vida concreta y no al contrario. Así las cosas, debe darse la razón a un agudo filósofo del Derecho penal cuando, con hondo contenido dialéctico, afirma: "la mediación realizada de la teoría con la práctica y de la práctica con la teoría, constituyen la condición necesaria para que la historia futura del Derecho penal no se desarrolle en la nebulosa de los ideales, esto es, que no se continúe como la historia secreta y real de la venganza, retribución, opresión, humillación y desprecio por el ser humano".

Como puede colegirse de la exposición anterior, el basamento que se le atribuya a la pena depende del punto de vista adoptado. En efecto, de una parte, quienes creen en el Derecho penal retributivo, acorde con la función asignada a la pena por las teorías absolutas, la hacen fincar en *la culpabilidad* del agente, esto es, se traduce en un reproche dirigido al autor por haber dirigido su comportamiento en un sentido contrario al orden jurídico, por haber obrado en contra de los patrones del Derecho pudiendo abstenerse de hacerlo (capacidad de libre autodeterminación del ser humano o libre albedrío); desde luego, ningún funcionario judicial o científico -por avisado que sea- ha podido probar, a partir de premisas incontrastables objetivamente irrefutables, que una persona en un caso concreto pueda determinarse libremente. Ello explica el motivo por el cual este fundamento ha sido blanco de innumerables críticas, aunque no debe dejar de reconocerse que también ha cumplido un cometido garantístico en cuanto ha servido como límite para la imposición de la pena, permitiendo que esta se gradúe atendiendo al monto de la culpabilidad deducida al agente.

De otra parte, los defensores de un Derecho penal prevencionista, que le asignan a la pena una función utilitarista (prevención general o especial), luego de rechazar el principio de culpabilidad como fundamento de la pena, buscan otros conceptos como los de necesidad,

¹³⁵ Ferrajoli, "El Derecho penal mínimo", en PC, num. 0, págs. 25 y ss

¹³⁶ Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, págs. 210 y 211.

peligrosidad, proporcionalidad, imputación individual, idea de fin, dirigibilidad normativa, etcétera, todos ellos tan rechazables como la idea misma de culpabilidad.

Por supuesto, de lo anterior se colige que el ambicionado fundamento objetivo, científicamente verificable, constatable empíricamente, que tanto preocupa a la doctrina es inalcanzable; los cultores del Derecho penal, pues, si quieren ser respetuosos del modelo penal garantista -el único compatible con un Estado verdaderamente democrático-, tendrán que seguir trabajando con la idea de culpabilidad a la cual no se puede renunciar en el Estado actual de la cultura humana, por mucho que se ensayen nuevas fórmulas todas expuestas a los mismos reparos; como es obvio, ello se torna más evidente de cara al ordenamiento vigente que hace fincar la pena en la culpabilidad del agente. El Derecho penal, pues, acorde con una concepción mixta de la pena como la aquí defendida, tendrá que ser un Derecho penal de culpabilidad atento a las transformaciones de las ciencias sociales

3. El Sistema de Penas positivizando en México

Los diferentes sistemas punitivos o sistemas de aplicación de la pena se Desarrollan de acuerdo con la forma de imposición de la pena. En general, son dos los sistemas punitivos existentes.

El sistema unitario, afirma que frente al hecho delictivo deben de imponerse, respuestas punitivas, apoyadas en sólo un fundamento filosófico. Plantea dos vertientes. El sistema unitario de un Derecho penal de culpabilidad, que estima que a los infractores de la ley penal ha de aplicarse exclusivamente una pena impuesta como reproche de culpabilidad por su responsabilidad. en la comisión del delito. (Es la declaración del juez que declara "culpable" o "inocente" al justiciable en la sentencia). Tal reproche o juicio de culpabilidad" aparece referido a la realización de la conducta delictiva que se individualiza en razón del grado del injusto y el grado de una la culpabilidad. A su vez, aparece fundado en la responsabilidad individual y ético social de la persona y delimitado en el principio de legalidad.

Una segunda vertiente de este sistema unitario de la aplicación de las penas se funda en el Derecho penal de peligrosidad, el cual se afirma que la respuesta social aplicable, denominada como "medidas de seguridad", debe de ser la necesaria para eliminar y neutralizar la peligrosidad que representa el autor. Naturalmente se vincula con un Derecho penal de autor, y lleva, en sus extremos, a la aplicación de la pena determinada, con base en la responsabilidad social que, naturalmente, tiene también un carácter ético social, si bien en un sentido diferente.

A diferencia del sistema unitario señalado, el sistema pluralista en la posición de la pena, deriva de aceptar y recoger aspectos de una y otra de las posiciones unitarias. Plantea, así, tanto la posibilidad de aplicación de las "penas", en función de la culpabilidad, como, asimismo, la posibilidad de la imposición de "medidas" en relación con el contenido de la responsabilidad social y de la peligrosidad.

El contenido doble de la culpabilidad y la peligrosidad, como fundamento de la coercibilidad penal, genera confusiones que no siempre resultan fáciles de solucionar. Así, el solo señalamiento de la expresión sanciones penales" en la ley, sin la distinción precisa entre unas y otras, deja a la jurisprudencia y a la doctrina la necesidad de precisarlos en base a los criterios y fundamentos político penales que observa la propia ley, en relación con la función del *ius puniendi* previsto constitucionalmente.

En el sistema pluralista operan dos formas:

El sistema dualista de las penas, que tuvo particular aceptación, en el código penal italiano de 1930, Rocco, que incorporó el sistema de la doble vía o sistema doble, (*doppio, binario*), en donde se acepta la posibilidad de aplicación de penas en función de la culpabilidad y, asimismo, en forma simultánea, la imposición de medidas de seguridad, en función de la peligrosidad

manifestada por el autor. Naturalmente, en tratándose de personas sin capacidad de autodeterminación, únicamente; podrán ser impuestas las medidas.

El sistema "vicariante", en donde la pena, de acuerdo con las circunstancias puede ser sustituida por la medida, y viceversa, en manera tal que la sanción coercitiva se presenta en una forma "vicariante", es decir, podrá ser aplicada una o la otra pero en todo caso siempre será propuesta sólo una. La persona, así, a veces será objeto de imposición de una pena y en otras ocasiones de la aplicación de una medida, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. Para el caso de la presencia de personas penalmente inimputables, lógicamente sólo será aplicada la medida de seguridad.

Por cuanto se refiere al ámbito de las medidas, las leyes de algunos países incorporaron tanto medidas predelictuales, como las posdelictuales. Las primeras están caracterizadas por su posibilidad de aplicación incluso antes de la comisión del delito, con el fin de prevenirlo, llevando al así denominado "Estado peligroso", que ha sido generalmente, objeto de rechazo y cuestionamiento por parte de la doctrina, por su evidente violación al principio de legalidad, no obstante lo cual algunas legislaciones penales incorporan aún algunos tipos delictivos con estas características, como es el caso, entre otros, de los así denominados delitos de "situación o Estado" (prostitución, vagancia, mal vivencia) donde la conducta de la persona es castigada independientemente que implique la concreta lesión a un bien jurídico penalmente protegido. Por lo mismo, con razón, son regularmente impugnadas por considerarlas contrarias al principio del bien jurídico y, en relación con éste, a los principios de tipicidad, de culpabilidad y legalidad.

A su vez, las medidas postdelictuales son aplicadas como consecuencia de la comisión de un delito, sea que se apliquen en sustitución de pena, caso en el cual estaríamos frente al sistema vicariante, o bien que impongan el caso de la aplicación conjunta de la pena y medida de seguridad del sistema penal plural (caso de la doble vía), o bien, el caso de la aplicación de la pena, pero que resulta incrementada por la aplicación no sólo del principio de culpabilidad sino, también, el de peligrosidad en forma exclusiva, como serían los casos de la reincidencia, la habitualidad y la profesionalidad.

En un orden de ideas distinto, se hace referencia a la pena unitaria para señalar el criterio de imposición de una sola pena frente al criterio de la pena plural que admite la imposición de varias penas de diferente especie, aplicables en forma acumulativa.

Por cuanto se refiere al sistema seguido por la ley penal mexicana, es de observarse que el título segundo del C. P. Federal recoge como denominación la de "penas y medidas de seguridad" que, de entrada, define su contenido conforme al sistema plural. A continuación, el artículo 24 formula un elenco de las diversas sanciones que aparecen recogidas en 18 incisos y en donde se señalan taxativamente dichas penas y medidas de seguridad, sin que el legislador defina, en esta disposición o en ninguna otra de las subsecuentes, cuáles, de entre esas, han de ser entendidas

como penas y cuales como medidas de seguridad. Para esto se hace necesario acudir a la naturaleza de las mismas, en la Exposición de Motivos de la ley. (Vale recordar que el Código penal mexicano de 1931, no incorporó ninguna exposición de motivos, pero poco después de su promulgación y vigencia fue presentado por Teja Zabre, miembro de la comisión redactora).

El artículo 24 recoge las siguientes penas y medidas de seguridad: Prisión. Tratamiento en libertad, en semilibertad y trabajo en favor de la comunidad. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos. Confinamiento. Prohibición de ir a lugar determinado. Sanción pecuniaria. Decomiso y pérdida de instrumentos y objetos relacionados con el delito. Amonestación. Apercibimiento. Caucción de no ofender. Suspensión o privación de derechos. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleo. Publicación especial de sentencia. Vigilancia de la autoridad. Suspensión o disolución de sociedades. Medidas tutelares para menores y decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

Toda vez que el Código penal no señala cuáles de entre éstas deben ser entendidas como penas y cuáles como medidas de seguridad, es necesario interpretar su contenido. Toda vez que las penas aparecen impuestas en función de la culpabilidad, fundada en la responsabilidad personal, ético social de la persona, y las medidas de seguridad aparecen impuestas en función de la peligrosidad, fundada en la responsabilidad social, vale entender que el contenido punitivo en sentido estricto, prácticamente encuentra aplicación, en la mayoría de los incisos señalados, salvo los incisos tercero, sobre tratamiento de inimputables y para la atención de quienes tengan el hábito en el uso de drogas, estupefacientes o psicotrópicos, y el diecisiete, sobre las medidas tutelares para menores. A la vez, nos parece que observan un contenido que estando fundado en la culpabilidad, sin embargo, parecen recoger rasgos de la peligrosidad; los incisos del artículo, relativo al confinamiento; quinto, relativo a prohibición de ir a lugar determinado; doce, sobre la suspensión y privación de derechos; trece, sobre inhabilitación, destitución o suspensión de función o empleo; quince, sobre vigilancia de la autoridad; y dieciséis, sobre suspensión o disolución de sociedades.

Los artículos 67, 68 y 69 reformados, regulan el tratamiento de imputables en internamiento o en libertad y los artículos 65 y 66 en relación con el 84, reformados, se refiere a la reincidencia, ahora limitada en su alcance para el solo efecto de ser tenida en cuenta para efectos de la individualización de la pena, a su vez regulada por los artículos 51 y 52 del código penal. Ha quedado derogado, en consecuencia, el anterior alcance de la reincidencia, como también el de la habitualidad antes directamente relacionada solo con el criterio de la responsabilidad social peligrosa que implicaba un incremento en la duración de la pena impuesta, por el solo hecho de su presencia y no por la culpabilidad de su acto que, en sí, supone la imposición de la específica pena

inicial para quedar delimitadas como conceptos útiles sólo para los efectos de la Individualización de la pena.¹³⁷

Dentro de la legislación mexicana, en la totalidad de los Códigos, existe un capítulo donde se establecen lo que se denomina "Penas y Medidas de Seguridad". Los penólogos afirman que la medida de seguridad tiene un carácter matizadamente preventivo; en cambio, las penas lo tienen retributivo. El artículo 24 del Código Penal Federal consigna las siguientes penas y medidas de seguridad:

- a) Prisión;
- b) Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad;
- c) Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos;
- d) Confinamiento;
- e) Prohibición de ir a lugar determinado;
- f) Sanción Pecuniaria;
- g) Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito;
- h) Amonestación;
- i) Apercibimiento;
- j) Caución de no ofender;
- k) Suspensión o privación de derechos;
- l) Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos;
- m) Publicación especial de sentencia;
- n) Vigilancia de la autoridad;
- o) Suspensión o disolución de sociedades;
- p) Medidas tutelares para menores;
- q) Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito, y
- r) Las demás que fijen las leyes.

El dispositivo transcrito, tiene su equivalente en los códigos de los estados.

No es el caso de comentar el dispositivo, mejor es ir a las directrices constitucionales, para conocer cuál es la política criminológica, de acuerdo a nuestras leyes.

En el sistema mexicano, la pena por antonomasia es la de prisión y su finalidad está precisada en el artículo 18 de la Constitución, cuyos dos primeros párrafos consignan a la letra:

"Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

¹³⁷ Gustavo Malo Camacho, *Derecho Penal Mexicano. Teoría General de la Ley Penal, Teoría General del delito, Teoría de la Culpabilidad y el Sujeto Responsable y Teoría de la Pena* (México, D.F., Porrúa, 1997).pp. 76-79

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. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto."

Por otra parte, el artículo 22 de la propia Constitución, establece lo siguiente:

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. No se considerará como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas, ni el decomiso de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109.

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 plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

En la actualidad, ningún Código consigna como aplicable la pena de muerte y forman mayoría aplastante en nuestro medio, los enemigos de tal sanción. Los argumentos en contra de la pena de muerte, tanto en México como en los demás países occidentales, son de carácter emotivo. Debe, sin embargo, recordarse la frase de Benavente: "Las leyes deberán suprimir la pena de muerte cuando la supriman los asesinos".

De la transcripción hecha y concretamente en relación con la pena de prisión, se advierte que hay cierta influencia del positivismo, cuando se consigna como finalidad en las penas, la readaptación social del delincuente, la que, de acuerdo con el pensamiento del Constituyente, ha de lograrse mediante el trabajo y la capacitación del reo, capacitación que debe entenderse como preparación mental y desarrollo de aptitudes para la vida en sociedad, además de la educación, entendida como enseñanza de las cuestiones característicamente culturales.

La tradición nuestra en materia de delitos políticos, es heredera del pensamiento italiano al respecto. Garófalo, uno de los llamados tres evangelistas del Positivismo (los otros son Ferri y Lombroso), afirmaba que el delincuente político lo es por motivos altruistas. La expresión es explicable considerando el momento histórico en que vivió Garofalo; cuando enunció el pensamiento transcrito, hacía menos de tres décadas que se había logrado la unidad italiana, sacudiéndose la ocupación militar y política austriaca y francesa y se habían reducido los límites de las propiedades papales que abarcaban casi un tercio de la península itálica.

Los artífices de la unidad, fueron los carbonarios, quienes formaban una especie de sociedad secreta y eliminaban a las personas físicas que tenían cierta autoridad por parte de países extranjeros, utilizando el estilete como arma -diríamos- reglamentaria: se acercaban a la

persona por la espalda, le tocaban el hombro izquierdo y la víctima, instintivamente volteaba hacia atrás, exponiendo la carótida; el estilete hacía lo demás. Para los italianos, se trataba de héroes y mataban por motivos altruistas, pues querían la unidad italiana.

Según se ha dicho, los pensadores mexicanos heredaron el pensamiento italiano sobre el delito político, al grado de que la Constitución prohíbe la pena de muerte para los delitos políticos y en las leyes secundarias incluso, se establece que los procesados por delitos políticos, durante el tiempo de la prisión preventiva, deberán estar en lugar distinto a los demás procesados.

En México se heredó la tradición latina, pues los llamados héroes patrios fueron en su momento, delincuentes políticos.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, es delincuente político quien ataca al Estado como estructura de mando con la finalidad de cambiar los sistemas; si triunfan, son héroes; si sufren la derrota, son delincuentes.

Tena Ramírez, con la brillantez y el talento que le es característico, ha expresado una frase lapidaria: "las revoluciones, condenadas en el foro del Derecho, apelan al tribunal de la historia". Si triunfa una revolución, crea Derecho; si es derrotada, quienes intervinieron, son delincuentes.

Es importante destacar que las penas no sean inusitadas (no usadas), es decir, que no se encuentren previstas con anticipación a los hechos delictuosos; además, no pueden ser trascendentes ya que, deben limitarse a la persona y patrimonio del autor. No queremos dejar sin mención que en nuestras leyes penales, se ha fijado una especial sanción para las personas morales, específicamente las sociedades cuya infraestructura, tanto jurídica como material-económica, es utilizada para el cometimiento de delitos; el Código Penal en estos casos, decreta la disolución de las mismas.

Como corolario en este tema podemos determinar que en relación con la razón de ser de la pena, surgen los enfoques de culpabilidad y peligrosidad. El puro libre albedrío en la decisión del delincuente para proceder a su acción, no se considera ya con la fortaleza tenida en su época y momento. Ese escoger entre el bien y el mal, en ocasiones no sólo se hace "libremente", sino en función de presiones aparejadas, muy complejas que influyen en la motivación, desde luego, sin reducirnos a la aceptación del determinismo pregonado por los positivistas, quienes incurren en un alto grado de marginación a la voluntad, al asegurar que el verdadero culpable de los delitos es la sociedad, recargando el movimiento del péndulo en la peligrosidad, pretendiendo sin culpabilidad por hecho concreto, la aplicación al "futuro" activo, de una medida de seguridad, buscando la resocialización del sujeto. Ahora bien, "del mismo modo que en la actualidad se cuestiona abiertamente la validez científica del principio de culpabilidad, sucede otro tanto con el concepto de peligrosidad. Se ha podido denunciar que lo único que se hacía con la peligrosidad era invocar una 'legitimación' para reprimir, en casos en los que de ningún modo era posible hablar de culpabilidad por el hecho en sentido tradicional y que, por otra parte, las medidas de seguridad no eran en el

fondo más que sanciones aflictivas (pura privación de libertad) al igual que las penas (a este hecho se le conoce como fraude de las etiquetas).¹³⁸ Independientemente de donde se quiera colocar la fundamentación de la pena, es importante no soslayar la culpabilidad, para evitar castigos por simple expectativa de hechos futuros delictuosos basados en la peligrosidad de quien puede cometerlos. Sin embargo, el tema, dada la crisis del Derecho Penal, se encuentra en una encrucijada sin señalamiento para saber cuál camino tomar; lo trascendente es bajar el índice delincencial, sin afectar por simple venganza o protección social al autor y, a la vez, sin dejar de lado la salvaguarda de los intereses sociales y de los propios particulares como integrantes del grupo. Se han tratado de conjugar ambas posiciones, incluso en un intento de "volver a la sociedad" al activo, en la extinción de las condenas, se han implementado una serie de fórmulas de política criminal, tales como condena condicional, libertad preparatoria, preliberación, etcétera. En fin, la idea de fondo que a todos trae intranquilos, es: reducir la criminalidad.¹³⁹

¹³⁸ Gonzalo Quintero Olivares, *Derecho penal Parte General*, (Barcelona, Barcanova, 1981). P. 117.

¹³⁹ José Arturo González Quintanilla, *Derecho Penal Mexicano, Parte General y Parte Especial, Metodología Jurídica y Desglose de las Constantes, Elementos y Configuración de los Tipos Penales*. 5ª ed. (México, D.F, Porrúa, 1999). Pp. 52,53.

CAPÍTULO TERCERO LA POLÍTICA DEL ESTADO EN MATERIA PENITENCIARIA

1. El sistema Penitenciario Mexicano

Los términos sistema, régimen y tratamiento suelen usarse indistintamente. El sistema penitenciario es una expresión de sentido eminentemente doctrinal. Es la organización creada por el Estado en que tienen cabida los distintos regímenes penitenciarios que eventualmente la integran. Existe una relación del género (sistema) a especie (régimen).

Hablar de sistema da la idea de fijeza y estatismo. Cada establecimiento posee sus características propias de personal, arquitectura, grupo interdisciplinario, grupo de internos, nivel de vida y su relación con la comunidad integrante, por lo que se puede afirmar que cada establecimiento es distinto, y posee su propio régimen penitenciario, que en conjunto conforma el sistema general.

La Constitución General de la República en el segundo párrafo, del artículo 18, sienta las bases del sistema penitenciario mexicano, federal y estatal. En el texto del artículo 18 se usa la expresión sistema penal como sinónimo de sistema penitenciario. A su vez las bases se encuentran contenidas en los códigos o leyes de ejecución, en dos grados: uno de formulación de mandatos generales, y otro de desarrollo de éstos con especialización geográfica o material: los reglamentos carcelarios generales, los reglamentos carcelarios particulares, las decisiones administrativas, los convenios nacionales y tratados internacionales.

La Ley de Normas Mínimas para Tratamiento de los Reclusos, elaborada sobre la base del texto aprobado en 1955 en el Primer Congreso de la ONU sobre Prevención de la Delincuencia y Tratamiento del Delincuente, proyecta el sistema científico de organización penitenciaria, la ley respondió a la necesidad de estructurar un sistema penitenciario acorde a los mandatos constitucionales y aunque no se trata de un ordenamiento de alcance federal según fija el artículo 73 de la Constitución contiene un propósito federal, un objetivo generalizador.

La citada ley ha servido como "texto tipo" penitenciario, de manera que casi en forma literal ha sido adoptada por la mayoría de las entidades federativas. Esto hace posible una gradual unidad penitenciaria que conducirá a integrar un sistema penitenciario nacional homogéneo. En el Congreso Nacional Penitenciario de Toluca, en 1959, se recomendó a los estados la creación de sus respectivas leyes. El sistema penitenciario es el instrumento básico para planear, organizar y ejecutar la política penitenciaria en la impartición de justicia. Es, para García Basalo, el conjunto de directrices y elementos esenciales de la ejecución de las penas privativas de libertad. La esencia del sistema adoptado en México, el sistema progresivo, radica en la disminución del impacto del cautiverio sobre el recluso. Para Sergio García Ramírez, el sistema progresivo se identifica por los periodos que distingue en el curso del encarcelamiento, que evolucionan de menos a más libertad.

La marca de un periodo a otro se obtiene gracias a la buena conducta del penado, traducida en puntuaciones y vales favorables.

El sujeto tiene en su mano la posibilidad, con su trabajo y conducta, de ganar más o menos lentamente las etapas sucesivas hasta' obtener su liberación definitiva.

El sistema penitenciario contemporáneo es el resultado de un ideario común que se generó básicamente por los métodos de aplicación de las penas privativas de la libertad de cuatro penitenciaristas: Alexander Maconochie (1787-1860), en Australia estableciendo el llamado *Mark System*; George Ober Mayer (1789-1885) en Munich; el coronel Montesinos (1791-1862), en España y Walter. Crofton, en Irlanda. Es un sistema penitenciario universal que transformó el sentido y finalidad de la pena privativa de la libertad. La progresividad combatió los desaciertos del régimen celular antiguo. En cuanto a su aplicación, transitó por un proceso que se inició en la institucionalización de la interdisciplina, médula del moderno sistema penitenciario.

En México, en la Constitución de 1857, se pidió a la mayor brevedad posible se estableciera un régimen penitenciario, eliminando con éste la pena de muerte. Es éste el principio orgánico del surgimiento del sistema penitenciario. El reglamento del 7 de octubre de 1811 estableció el sistema celular en los penales de México. Más tarde, en el CP de 1871, se consagró el sistema progresivo a la manera de Crofton (artículo. 130-136 y 174). El 29 de marzo de 1897, un decreto autorizó al Ejecutivo para organizar las prisiones.

El sistema penitenciario contemporáneo fue adoptado en México por el Código Martínez de Castro (artículos 74, 130 y ss.) y el Código de José Almaraz (artículos 105 y ss.). Pero, según varios autores, el Centro Penitenciario del Estado de México es la prisión mexicana en la que por primera vez funciona el sistema penitenciario en su modalidad de régimen progresivo. El sistema penitenciario se perfila con los fines que se le atribuyen a la pena privativa de la libertad.

El propósito del sistema penitenciario mexicano es la readaptación social del delincuente, para lo cual se han establecido, como los elementos básicos para dicho tratamiento readaptador, el trabajo y la educación. Pero el éxito de los elementos del tratamiento reclama medidas y elementos que forman el marco institucional indispensable para el despliegue de la norma constitucional, como son: el principio de Legalidad de penas, personal idóneo, y unos establecimientos adecuados. La carencia, en la práctica, de los elementos mencionados comúnmente obstaculiza el nivel óptimo de funcionamiento del sistema penitenciario. El sistema penitenciario mexicano se funda en la individualización, apoyada en el estudio de la personalidad de cada sujeto, y en la pertinente clasificación. Se adopta asimismo, el régimen progresivo técnico que genera la creación de organismos técnicos criminológicos en los reclusorios, los cuales constituyen la pieza angular del sistema. La culminación es el tratamiento preliberacional, que posee diversas modalidades, tales como permisos de salidas e instituciones abiertas. En este régimen el participe en el tratamiento lo hace voluntariamente. Para que funcione el sistema

penitenciario mexicano sobre la base de la individualización, la ley permite la creación e establecimientos de seguridad máxima, media y mínima; colonias y campamentos penales, hospitales psiquiátricos y para infecciosos, instituciones abiertas, y el traslado de internos a nivel nacional e internacional.¹⁴⁰

Desde una perspectiva histórica, en 1916, año de cita del Congreso Constituyente revolucionario, la situación de las cárceles era ruinosa. Muchos de los diputados reunidos en Querétaro habían padecido prisión y maltrato. Por ende, clamaban contra la represión de la dictadura y solicitaban la destrucción de los viejos penales y la adopción de un nuevo sistema carcelario. En su mensaje al Congreso, Venustiano Carranza planteó un ambicioso proyecto centralizador. Así, el segundo párrafo del propuesto artículo 18 decía: "Toda pena de más de tres años de prisión se hará efectiva en colonias penales o presidios que dependerán directamente del gobierno federal y que estarán fuera de las poblaciones, debiendo pagar los estados a la Federación los gastos que correspondan por el número de reos que tuvieran en dichos establecimientos".

El 3 de enero de 1917 fue aprobado el texto que regiría durante cerca de medio siglo, hasta 1965: "Los gobiernos de la Federación y de los estados organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal -colonias, penitenciarías o presidios- sobre la base del trabajo como medio de regeneración".

Como se ve, esa fórmula procuraba reservar a cada plano o nivel del Estado la autonomía que le corresponde, proyectada hacia la ejecución penal, como existía en los dos espacios previos de esta misma materia: el Derecho sustantivo y el régimen procesal. Se habló de "respectivos territorios", expresión que es por lo menos opinable en lo que concierne a la Federación. La idea del trabajo redentor es antigua en la experiencia penal y penitenciaria. Por otra parte, el precepto adoptaba un concepto difícil, controvertible, que va mucho más lejos de donde puede llegar, verdaderamente, la acción recuperadora del Estado: "regeneración" es demasiado. Esta idea moral, apreciable por muchos motivos, no parecía la más afortunada para dirigir los trabajos penitenciarios de la República.

En el tiempo transcurrido entre 1917 y 1964, año en que se iniciaría la reforma del artículo 18, el país expidió una nueva legislación penal y construyó buen número de reclusorios, aunque no se podría decir que instituyó el sistema penitenciario soñado antes de entonces y anhelado todavía hoy. Las Islas Marías sirvieron generalmente como penal de desahogo; pasaría mucho tiempo hasta que una consideración más prudente y afortunada reservase las Islas para reclusos seleccionados al "Derecho", no al "revés".

¹⁴⁰ Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano* 14ª edición (México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Porrúa, 2000). Pp. 2931- 2933.

En aquel lapso entraron en vigor dos ordenamientos penales para la Federación y el Distrito Federal: los códigos de 1929, debido en buena medida a José Almaraz, y 1931; éste influyó a fondo en la revisión de las leyes penales de las entidades federativas, que al cabo de algunos años prácticamente habían adoptado los principios y hasta los detalles del código de 1931.

El código de 1931 acogió el sistema de clasificación o belga, señaló Raúl Carrancá y Trujillo.¹⁴¹ Sin embargo, el país careció por mucho tiempo de ordenamientos suficientes, específicos, sobre ejecución de penas en general, y particularmente acerca de la ejecución de la pena privativa de libertad, que ya entonces era -y seguiría siendo- la sanción "clave" del sistema penal mexicano. En el terreno de los hechos, seguía siendo deplorable, en términos generales, el Estado de los reclusorios. Los de la capital no eran ejemplo de orden y buen trato. El penal de Belén reproducía las malas condiciones que la mayoría de los reclusorios habían arrastrado desde el siglo XIX. En 1933, los reclusos de Belén fueron trasladados a Lecumberri, que de esta forma quedó convertido en penal para procesados y sentenciados. En ese tiempo, el Plan Sexenal del Partido Nacional Revolucionario, que habría de conducir la acción de gobierno de Lázaro Cárdenas, abordó el asunto de las prisiones: "El PNR -se dijo- considera el trabajo como el medio más adecuado para la regeneración de los delincuentes y aprecia la necesidad de estudiar las condiciones que deben llenar los establecimientos correccionales y presidios, a fin de que se logre obtener la regeneración de los individuos confinados en ellos".

Un autor señala que a ese periodo corresponde el establecimiento de la visita íntima en la Penitenciaría del Distrito Federal, celebrada por muchos y combatida por algunos; sin embargo, esa visita se había instituido tiempo atrás. En ese periodo asumió la dirección de Lecumberri el jurista Carlos Franco Sodi, que dejó una crónica memorable de su paso por tan difícil cargo.¹⁴² En la etapa de Ávila Camacho, los problemas penitenciarios persistieron. Carmen Castañeda hace un duro resumen de la situación prevaleciente en los estados del país: "Los edificios eran inadecuados. Muchas prisiones estaban instaladas en viejos conventos. Casi ninguna tenía talleres, ni escuelas, ni enfermerías. La mayoría se encontraban con sobrepoblación. Era rara la que tenía reglamento interior y más aún la que observaba algún sistema de clasificación".

El presidente Ruiz Cortines observó, en su primer informe de gobierno, correspondiente al 1 de septiembre de 1953, que "es manifiesta la carencia de establecimientos penales en todo el país"; por ello el gobierno federal se propuso el desarrollo agrícola e industrial de las Islas Marías; "con este sistema, que puede ser utilizado por los Gobiernos locales que lo deseen, se confía en

¹⁴¹Cfr. Raúl Carrancá y Trujillo, *Derecho Penal Mexicano. Parte General*, 4ª ed. (México, D.F., Antigua Librería, Robredo, 1955, t. II). P. 936

¹⁴² Franco Sodi, "El problema de las prisiones en la república" en *Cuadernos Criminalia* (México, D.F., Botas, 1951).

obtener una máxima y auténtica reincorporación social de los delincuentes, y reducir al mínimo el costo de su sostenimiento, al desarrollarse el programa de producción".¹⁴³ En esa etapa se construyeron dos instituciones relevantes en el Distrito Federal: el Centro Femenil de Rehabilitación Social popularmente conocido como "Cárcel de mujeres"-, que comenzó a funcionar en 1954; y la Penitenciaría para varones, ocupada desde 1958.

En 1964, el presidente Adolfo López Mateos -que creó el Patronato para Reos Liberados- planteó la primera reforma al artículo 18 constitucional. No obstante los trabajos aislados que se realizaban en diversas entidades, era evidente que aún no se instituía un sistema penitenciario. Los estados carecían de los recursos para ello; la Federación contaba con mayores medios, pero no poseía las atribuciones necesarias para constituir un amplio régimen federal en esta materia, más allá de los reclusorios de la ciudad de México -que distaban de ser un modelo- y de la colonia de Islas Marías.

La iniciativa presidencial propuso agregar al artículo 18 un tercer párrafo, como sigue: "Los gobernadores de los estados, con la previa autorización de sus legislaturas, podrán celebrar convenios con el Ejecutivo federal para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos penales de la Federación". El autor de la iniciativa acreditó el equilibrio de su propuesta, anticipándose a las objeciones que naturalmente podría suscitar. Observó, por una parte, que los estados "conservan el Derecho de resolver la situación jurídica de los delincuentes locales con base en las disposiciones legales de la respectiva entidad federativa"; y señaló, por la otra, que la iniciativa permitiría la reforma penitenciaria, con el mejor aprovechamiento de recursos técnicos y económicos: así será posible el funcionamiento de grandes penales en los que de manera eficaz se oriente el trabajo de los reclusos, atendiendo a su oficio o vocación socialmente útil, y de cuyo beneficio podrá disfrutar el delincuente cuya peculiar condición exija un tratamiento especial, independientemente del lugar en que hubiese cometido el delito y de la autoridad a la cual estuviera sujeto.

Las comisiones dictaminadoras modificaron la propuesta, incrementándola y sin alterar su esencia en lo que respecta al sistema de convenios. Aportaron la idea de "readaptación social", en vez de regeneración. Asimismo señalaron, con acierto, la doble vertiente de la garantía que recogería el precepto al referirse a la ejecución penal extraterritorial con sustento en los convenios: "Mientras la territorialidad es una garantía implícita y no expresa y tutelar de un bien jurídico individual de valor temporal, la regeneración [debieron decir: readaptación] es una garantía explícita que tutela, además de un bien individual, un interés público y ambos de valor permanente".

¹⁴³ México, Cámara de Diputados, *Los presidentes de México ante la Nación*, 2ª Edición (México, D.F, LII, Legislatura de la Cámara de Diputados, 1985). T. I, P.775-776

El texto aprobado por el Constituyente Permanente se halla en vigor; hoy el artículo 18 cuenta con un nuevo párrafo final, aquél no habla ya de sistema penal en los "territorios" de la Federación y de los estados, sino en las respectivas jurisdicciones. Se sustituye el concepto de regeneración por el de readaptación social; esto es, transita de una noción esencialmente moral a otra sustancialmente jurídica. Entre los factores de la readaptación social mantiene el trabajo, y agrega: la capacitación para el mismo y la educación; todo ello viaja en una sola dirección: habilidad para la vida en libertad. Ordena la separación entre varones y mujeres. Autoriza la celebración de convenios -núcleo de la propuesta de López Mateos-, que podrán suscribir los gobernadores en los términos que dispongan las leyes locales aplicables.

La readaptación no se concreta en, la buena conducta del reo en el establecimiento carcelario; mucho menos en la adhesión del sujeto a la vida en cautiverio, que implica una "prisonalización" del individuo, por completo ajena al concepto y al proyecto de readaptación social. Semejante adhesión a la cárcel -ampliamente documentada en la literatura general y penitenciaria, así como en las noticias cotidianas- constituye una desadaptación radical a la vida libre.

En el intervalo entre las reformas constitucionales iniciadas, respectivamente, en 1964 y 1976, hubo algunos acontecimientos notables en el ámbito penitenciario del país, campo de problemas arraigados. Un estudio sobre trece reclusorios, en esa época, arrojó inquietantes resultados: "los edificios de las cárceles no eran apropiados y estaban superpoblados; en un mismo edificio, aunque separados, se alojaba a procesados, sentenciados, hombres, mujeres y menores de edad; no existían talleres o eran insuficientes para dar trabajo a todos los reos"; corrupción en los penales y dirección inadecuada.¹⁴⁴ Alrededor del primer año mencionado se habían erigido nuevas prisiones importantes, como la Penitenciaría de Morelia. En 1966 se construyó -y funcionó desde 1967- la más relevante institución penal con que ha contado el país, a juicio de propios y extraños: el Centro Penitenciario del Estado de México,¹⁴⁵ que es un reclusorio de la jurisdicción local.

La experiencia penitenciaria en el Estado de México se sustentó, inicialmente, en la Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad, de 1966. Este ordenamiento sería reformado en 1969 para alojar novedades -que desde luego tienen antecedentes nacionales y extranjeros- de suma relevancia, a saber: la remisión parcial de la pena privativa de libertad y el régimen preliberacional, que comprende, entre otras medidas, los permisos de salida y la institución abierta.

¹⁴⁴ Cfr. Carmen Castañeda García, *Prevención y readaptación social en México* (México, D.F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979). P. 93

¹⁴⁵ *Diario de Criminología*, (Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1977). P. 236

Con apoyo en los desarrollos penitenciarios alcanzados en el Estado de México, en 1971 se expidió la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados. Este breve ordenamiento -sólo 18 artículos principales y 5 transitorios- impulsó la formación de la rama jurídica ausente en el sistema penal mexicano: el Derecho penitenciario.¹⁴⁶

Sobre este último punto conviene subrayar que la ejecución de penas en México ha quedado a cargo de autoridades administrativas; en el ámbito federal, la autoridad ejecutora es la Secretaría Seguridad Pública -antes del gobierno del año 2000 correspondía a la Secretaría de Gobernación, específicamente a las unidades, instituidas, reguladas y modificadas por la legislación de 1929, 1931 y 1971-; en los planos locales son bien conocidas las direcciones o departamentos de prevención y readaptación social, organizados a la manera de la autoridad federal. No se ha introducido aquí, pues, la intervención judicial en la ejecución de sanciones -ampliamente aceptada en otros países-, más allá de alguna, injerencia ocasional que no implica conducción del tratamiento. En los últimos años han surgido algunas propuestas para adoptar la figura del juez de vigilancia o ejecución, bajo diversas modalidades.

El ímpetu que en aquellos años tuvo la reforma penal, procesal y penitenciaria, más el desenvolvimiento de los estudios criminológicos en México -de los que fue figura central el recordado profesor Alfonso Quiroz Cuarón-¹⁴⁷ se tradujo en abundantes novedades; así, entre 1971 y 1976 aparecieron los reclusorios de Sonora, el "reclusorio tipo" -proyectado en la Secretaría de Gobernación-¹⁴⁸, que sirvió de orientación o modelo a las prisiones de Saltillo, La Paz, Campeche, Colima, León, Querétaro y Villahermosa; los reclusorios preventivos norte y oriente en la ciudad de México, que alojaron a los procesados del Distrito Federal y permitieron la clausura de Lecumberri, las viviendas familiares y los nuevos planteles de trabajo en las Islas Marías; el Centro Médico de los Reclusorios del Distrito Federal -primera institución del conjunto de instituciones de la capital, inaugurada el 11 de mayo de 1976-; el Centro de Observación del entonces Consejo Tutelar para Menores Infractores tres congresos nacionales penitenciarios (cuarto en Morelia, quinto en Hermosillo, y sexto en Monterrey); las Jornadas Regionales de Estudios Penitenciarios; la Escuela para Personal Penitenciario de la ciudad de México -creada bajo la dirección de Javier Piña y Palacios, quien fuera director de la Penitenciaría del Distrito Federal-, y el Instituto Nacional de Ciencias Penales, inaugurado el 25 de julio de 1976.

En 1976, el presidente Luis Echeverría inició la segunda reforma al artículo 18 constitucional. Se tuvo en cuenta el movimiento que comenzaba en Europa -no así en América-

¹⁴⁶ Sergio García Ramírez, *Legislación Penitenciaria y Correccional Comentada* (México, D.F.; Cárdenas Editor y Distribuidor, 1978). Pp. 21, 27, 81 y ss.

¹⁴⁷ Quiroz Cuarón, *La gran ausencia y, "Testimonio sobre Alfonso Quiroz Cuarón"*, op. cit., nota 79, pp. 719 y ss.

¹⁴⁸ Cfr. David Sánchez Torres; Sergio García Ramírez; et. al., *Reclusorio tipo. Planeación, diseño, realizaciones* (México, D.F., Secretaría de Gobernación, 1976).

para permitir el traslado de sentenciados entre el país que pronunció la condena y el país del que era oriundo el reo, con el fin de que la ejecución de la sentencia se cumpliera en éste.

En esta misma línea, la iniciativa presidencial del 4 de septiembre de 1976, consecuente con el *desideratum* de readaptación social que ya figuraba en el artículo 18, señaló:

“Conviene considerar que si la reincorporación social del sentenciado radica en la observancia de los valores medios de una sociedad determinada, no se podría readaptar a un individuo en establecimientos carcelarios ubicados en país extranjero, cuyas costumbres e instituciones sociales difieren apreciablemente de las imperantes en sus países de origen”.¹⁴⁹ Por ello, el proyecto consultaba facultar al Ejecutivo para celebrar tratados de carácter general para la ejecución de sentencias en otros países. Se trataba, en esencia, de una "repatriación" de reos.

La propuesta fue bien recibida en la Cámara de Diputados. El dictamen de las comisiones, del 25 de octubre de aquel año, recogió la idea que justificaba esta importante salvedad al principio de ejecución territorial de las condenas, hasta entonces sólo matizado en el interior de la República por los convenios sustentados en la reforma de 1964, y destacó:

Consistiendo la readaptación en la reincorporación a la vida social, en armonía con los intereses, circunstancias y valores colectivos de una sociedad determinada, que es aquella en la que el sentenciado va a convivir permanentemente, resulta por demás improbable que se obtenga en establecimientos de países extranjeros o que pueda lograrse su incorporación a una sociedad cuyas formas de convivencia "difieren", en ocasiones profundamente, de las del país del que es originario.

Esta reforma al artículo 18 fue innovadora en el Derecho americano sobre ejecución de condenas. Permitió resolver constantes problemas en los reclusorios del país, cuya mala situación tradicional se agravaba por la presencia de reclusos extranjeros. El primer tratado sobre esta materia se suscribió con los estados Unidos de América, país del que eran nacionales la mayoría de los reos extranjeros en prisiones mexicanas; a partir de entonces, México ha celebrado convenios semejantes con numerosos países.¹⁵⁰

En la siguiente etapa hubo más desarrollos penitenciarios. Se formó la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal -en sustitución de la Comisión Técnica de los Reclusorios, que a su vez había relevado a la correspondiente Comisión Administrativa-, se expidió el primer reglamento moderno para esas instituciones, se erigió el

¹⁴⁹ México, Cámara de Diputados, *derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones*, 4 a. ed. (México, D.F., H. Cámara de Diputados, LV Legislatura, 1994). t. III, p. 785

¹⁵⁰ Alicia González Vidaurri, Augusto Sánchez Sandoval, *Traslado Nacional e Internacional, de sentenciados*, (México, D.F.; Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1985).

Reclusorio Preventivo Sur de la ciudad de México y entró en servicio la nueva Penitenciaría de Guadalajara, sustituta del antiguo penal de Oblatos.¹⁵¹

El progreso de las instituciones penales y penitenciarias en el Estado de México informó otros avances que incidieron sobre el régimen de las penas y su ejecución; primero, en el proyecto de Código Penal para Veracruz, del Instituto Nacional de Ciencias Penales (1979), y en el Código Penal de la misma entidad (1980); luego, y sobre todo, en las reformas de 1983 al Código Penal Federal y del Distrito Federal, que son las más importantes que se hayan incorporado a ese ordenamiento en todo el tiempo transcurrido entre 1931 y 1997, que en su turno influyeron en la revisión de las leyes penales del país y en la adopción de sustitutivos de la prisión, como el tratamiento en libertad, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad. De esta forma se inició, con vigor y profundidad, el nuevo capítulo de las sanciones en el sistema mexicano: sustitución de la privación de libertad por medidas restrictivas o no privativas de la Libertad.¹⁵²

En años recientes se han construido más prisiones, como respuesta a un incremento notable de la criminalidad y al envejecimiento de los reclusorios existentes, muchos de ellos asentados en antiguas e inadecuadas construcciones. Destacan los Centros Federales de Readaptación Social (Ceferesos). Estos constituyen las primeras instituciones de seguridad máxima con que cuenta el país, independientemente de los viejos reclusorios-fortaleza y de las secciones de seguridad máxima en las prisiones comunes. Atienden a la existencia de reos que difícilmente podrían quedar alojados en los reclusorios ordinarios.

Los penales de alta seguridad han suscitado una polémica que no cesa. En el juicio que sobre ellos se produzca entran en colisión diversas consideraciones; por una parte, la persistente tesis de la readaptación social, acogida por la propia Constitución, así como la necesidad de respetar con escrúpulo las normas de trato digno a los individuos privados de la libertad; y por otra, la lucha contra una delincuencia poderosa y agresiva, en la que a menudo figuran sujetos con graves perturbaciones de personalidad.

Últimamente se ha intensificado el interés por asegurar el respeto a los derechos humanos en los reclusorios, que son un escenario propicio a la decadencia o el franco desconocimiento de estas prerrogativas fundamentales. De ello dan cuenta sendas atribuciones de vigilancia a cargo del Ministerio Público, federal y local, establecidas en las correspondientes leyes orgánicas, así como las funciones que en este sector cumplen -por conducto de una visitaduría *ad-hoc*, en

¹⁵¹ Cfr. Sergio, García Ramírez, "La readaptación social en los últimos años (1976-1979)", en castañeda, op. cit., nota 55, pp. 119, 124 y 125.

¹⁵² Cfr. Sergio, García Ramírez, "Desarrollo de los sustitutivos", en varios autores, Las penas sustitutivos de prisión (México, D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995). Pp. 31 y ss.

muchos casos- la Comisión Nacional de Derechos Humanos y los organismos equivalentes en las entidades federativas, inclusive el Distrito Federal.¹⁵³

En la última década del siglo XX, el Gobierno federal ha impulsado nuevamente la construcción de reclusorios, bajo el Programa de Infraestructura Penitenciaria. En la primera etapa figuran los de Nogales, Chihuahua, Ciudad Nezahualcóyotl, Puerto Vallarta, Ciudad Guzmán, Morelia, Aguascalientes, Manzanillo, Tepic, San Luís Potosí, Monclova y Cuernavaca, así como el establecimiento para enfermos mentales delincuentes en la circunscripción de Cuautla, Morelos.¹⁵⁴ A este trabajo hay que agregar las obras locales; entre ellas, los reclusorios del Estado de México: uno en Ecatepec y otro en Chalco. En septiembre de 1997, la Federación se aprestaba a emprender otro conjunto de reclusorios y proseguía las tareas de formación de personal penitenciario.

Sin embargo, aún no se ha definido el porvenir de la prisión. Poderosas corrientes proponen su abolición, e incluso sugieren, más todavía, la supresión del Derecho penal. Sin embargo, esta posibilidad parece remota. A falta de relevo suficiente -no lo es, por supuesto, la pena de muerte-, la privación de libertad sigue siendo una sanción predilecta en el arsenal de las penas. Se ha sustituido en muchos casos, pero persiste en otros muchos, e incluso se incrementa el tiempo de reclusión en las nuevas disposiciones contra la delincuencia organizada.¹⁵⁵

Ha crecido notablemente la población penitenciaria. Su incremento supera, con mucho, el crecimiento de la población en México. En realidad, hoy día se modera la tasa de incremento neto de ésta, mientras sube sin cesar la correspondiente a la población penitenciaria. El Primer Censo Nacional Penitenciario, levantado en 1976, hizo saber que había 42,943 reclusos en 399 instituciones para varones y mujeres, reos federales y comunes.¹⁵⁶ En junio de 1991, la población penitenciaria era de 93,524 individuos, En marzo de 1996 había subido a 98,375 Poco más de un año después, en julio de 1997, la cifra era de 106,682.

En el futuro habrá que definir claramente el sentido de la privación penal de libertad, y actuar en consecuencia. El artículo 18 de la Constitución mantiene vigente el *desideratum* de readaptación social; es preciso que los hechos se subordinen a ese propósito, que en nada pugna con la seguridad pública y la defensa social. Sobre aquella base se eleva y desarrolla, bajo las condiciones que sugiere cada etapa de la historia, el sistema penitenciario.

¹⁵³ Cfr. Comisión Nacional de derechos Humanos, *Sistema Penitenciario y derechos humanos. Balance de labores realizadas por la CNDH (1990-1996)* (México, D.F., CNDH, 1996). P.7

¹⁵⁴ Cfr. García Castañeda, op. cit., pp. 24-25

¹⁵⁵ Cfr. García Ramírez, *Delincuencia Organizada. Antecedentes y regulación penal en México* (México, D.F., Porrúa, 1997). Pp. 102 y ss.

¹⁵⁶ Secretaría de Gobernación, "Censo Nacional Penitenciario", Sexto Congreso Nacional Penitenciario. Ponencias oficiales y Censo Nacional Penitenciario (México, D.F., S.G., 1994).P. 17

2. Los Fines y las Funciones de la Prisión

2.1 Planteamiento General¹⁵⁷

La prisión, como institución destinada a la ejecución de la pena privativa de libertad, es la última instancia de los órganos de control administradores de justicia dentro de los aparatos del Estado. Por lo tanto, aunque sus funciones puedan revestir un objetivo de castigo o de resocialización, siempre comportarán un carácter político; y además su actuación está inscrita en la trayectoria común del conjunto que forman las instancias de control. Más concretamente, la función de la cárcel reviste las mismas premisas ideológicas que están presentes e informan a las demás instancias, formales e informales, por lo que en la cárcel entran en juego las mismas pautas de actuación de estas instancias, cuya ideología se inscribe en las normas del consenso como opción política de corte liberal-autoritario, modelo en el que se ha estructurado el Estado democrático actual para paliar la crisis de legitimidad que afronta.

La disciplina de acatamiento de las normas sociales enseñada por las instancias informales y reforzada por los medios de comunicación, que ya se ha estudiado, se halla en el centro de la práctica carcelaria a la que se subordinan los demás objetivos de la privación de libertad. Al ser la cárcel la instancia social donde el control se muestra en su máxima autoridad sobre el individuo, el régimen disciplinario también se fundamenta en el acatamiento más absoluto de normas que también alcanzan a la obligación laboral y la contención sexual. Por ello, durante la ejecución de la condena se entiende que el recluso tiene una buena conducta, que manifiesta interés en ser resocializado, cuando muestra su capacidad de obediencia y sumisión a la autoridad absoluta del Estado directamente delegada en el funcionario, y haciendo patente el atractivo que le supone ser un elemento obediente en el ámbito laboral y social. A estos objetivos se ciñe el texto de la Ley General Penitenciaria. La disciplina es, pues, la base principal de la condición de resocialización y esta situación límite de dominación-sumisión se hace todavía más patente en la relación de terapia, porque en ella la figura autoritaria, además de revestirse del poder político del Estado y de poder usar en caso límite castigos físicos adquiere la fuerza de la superioridad que se otorga al conocimiento científico, a la par que el recluso como elemento subordinado es todavía más inferiorizado al negársele, con el atributo de enfermo, toda capacidad de autocontrol.

Cuando se afirma que la cárcel significa el fracaso de la actuación de las instancias informales se está haciendo especial referencia al fracaso de la autoridad como figura atractiva y valorativa. Por ello, el individuo sometido a la instancia carcelaria es considerado desde un inicio como un sujeto rebelde, indisciplinado y por ende peligroso para el orden social mantenido por una sociedad disciplinada. De ahí que el objetivo primero de la cárcel sea el de disciplinario o es, por lo

¹⁵⁷ Vid. Roberto Bergalli y Juan Bustos Ramírez, Coordinadores. *El Pensamiento Criminológico-II. Estado y Control* (Barcelona, Ediciones Península, 1983). Pp. 95 ss.

tanto, de extrañar que las características o elementos que la disciplina capitalista comporta: orden, educación laboral, aceptación del trabajo, formación religiosa por la contención sexual y del cuerpo, se encuentren en los orígenes de la pena privativa de libertad, ya que son los ejes rectores de la creación de las casas de trabajo en el siglo XVI y posteriormente en el siglo XIX de la implantación de la penitenciaría como institución moderna de castigo directamente conectada con el Estado.

Los modelos que la cárcel ha tomado en su régimen disciplinario durante los casi dos siglos de su existencia han querido adaptar para cada época político-social las premisas disciplinarias. El objetivo es mostrar y describir estos modelos disciplinarios.

La Cárcel Como Castigo. Hasta finales del siglo XVIII la privación de libertad es una de las varias clases de pena que el Estado impone a los individuos condenados. Coexiste en España con la pena de galeras y la pena de muerte, que son las más aplicadas, las mutilaciones y las penas infamantes; en Europa coexiste con la mutilación, los azotes, la deportación y la pena de muerte, como penas principalmente aplicadas; La ejecución pública con fines de ejemplaridad es extensamente aplicada en toda Europa. Mientras que la cárcel tiene asimismo el carácter de una medida procesal; contiene a los que han de ser enviados a galeras, deportados a colonias o ejecutados públicamente, o también indultados; encierra además a los que están en situación de insolvencia como prisión por deudas.¹⁵⁸

En estas cárceles no se aplica el menor régimen disciplinario, están cogestionadas por los presos más ricos e influyentes, la actuación de la autoridad está vinculada a las reglas de la corrupción: no hay derechos ni deberes, hay la mayor promiscuidad; sin control sanitario, son fuentes seguras de epidemia. Todo ello significa que la cárcel no es un mundo aparte, sino un ámbito social más que como tal reproduce en su seno las características sociales que nutren a los demás ámbitos: la jerarquía social con la imposición de autoridad por castas y la corrupción a ella conectada, sin control directo, abierta a la arbitrariedad del más fuerte. Éstos son los aspectos más sobresalientes.

Paralelamente a las cárceles existe otra institución creada en los países bajos, donde nace y se desarrolla el mercantilismo, y en Inglaterra, que vive su primera pujanza manufacturera. Estas instituciones son las llamadas casas de trabajo, que nacen justamente en estas sociedades porque están necesitadas de numerosa mano de obra no sólo especializada, sino principalmente, disciplinada¹⁵⁹ (Melossi y Pavarini, 1977). Las «casas de trabajo» basan, pues, su régimen en la disciplina (la higiene corporal, la regulación sexual y la vida abstemia) y el aprendizaje laboral. Hasta el siglo XVII estas instituciones han albergado a pobres, mendigos, ociosos, jóvenes y

¹⁵⁸ M. Ignatieff, *A just measure of pain* (Londres MacMillan, 1938)

¹⁵⁹ D. Melossi y M. Pavarini, *Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario* (México, D.F., siglo XXI editores, 1981).

delinquentes, y han mantenido en algunos países cierto nivel de productividad. En Francia la institución ha tomado la forma del asilo, totalmente improductiva.

Considerando el trabajo como instancia disciplinaria, es patente el modo en que el trabajo productivo en común modifica la disciplina interna de la prisión. Así, en Auburn se sustituye una disciplina fundada en la simple vigilancia por la interna de la organización del trabajo. Esto lleva como efecto el estimular a los internos al trabajo más fácilmente por la expectativa de privilegios que por la sola amenaza de castigos. Y precisamente bajo el juego de los privilegios se estructura el esquema ideológico del tratamiento con fines reeducativos, se hace de la capacidad laboral el parámetro real para juzgar la buena conducta. A este criterio atiende la institución actual de la conmutación de la pena y la diferenciación entre penas a largo término (que prevén un trabajo organizado y reeducador) y penas a corto término (sin tal tipo de trabajo), lo que lleva a las críticas realizadas a las penas cortas de privación de libertad, tachándolas de inútiles para la reeducación y sobre todo improductivas.

La Cárcel Rehabilitadora. Cuestiones de distinta importancia y naturaleza convergen desde fines del siglo XIX, llevando al fracaso la cárcel como castigo y creando la correspondiente necesidad de un cambio en la política criminal.

La cárcel como castigo pierde el apoyo político, social e incluso ideológico que la legitimaba, además de llegar a ser anacrónica -por el cambio en las condiciones estructurales de Europa-: el aislamiento celular completo produce un alarmante record de muertes, auto mutilaciones y suicidios,¹⁶⁰ e incluso Marx y Engels en 1845 ya lo habían criticado bajo la consideración de llevar al recluso a la locura (1967). El mismo Estado debe modificar el tipo de control social, ya que en su fase capitalista-imperialista necesita neutralizar la crítica que podría surgir de su propio modelo económico; necesita, pues, racionalizar las desigualdades por él producidas.¹⁶¹ Es el pensamiento positivista, con el concepto científico de peligrosidad social, el que hace posible el cambio de orientación de la ideología punitiva, al centrarla en un cambio del individuo.

En base a tales presupuestos la cárcel pasa a ser un aparato de transformación del individuo, un laboratorio,¹⁶² ya que mediante el tratamiento individualizado se crean los mecanismos para ayudar al individuo a que quiera volver a ser libre, a través de la creación de nuevas normas de conducta.

¹⁶⁰ M. Ignatieff, *A just measure of pain* (Londres MacMillan, 1938).

¹⁶¹ Rosa del Olmo, *Desarrollo Histórico de la Criminología en América Latina* (Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979).

¹⁶² D. Melossi y M. Pavarini, *Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario* (México, D.F., siglo XXI editores, 1981).

El tipo de conducta que la resocialización ha de crear en el individuo, es aquella que le lleve a adaptarse a las normas consensuales capitalistas. Se impone, pues, al individuo un método consistente en un tratamiento socio-terapéutico, destacándose en él, el aspecto de la reintegración del individuo a la sociedad para que sea útil a la misma por la adquisición de capacidades técnico-laborales-disciplinarias para su integración en el proceso de producción y de consumo. Aspecto, pues, de tipo funcional.

Pero al entender que el individuo disidente-infractor es una personalidad peligrosa cuyo acto es síndrome de un desequilibrio, una inferioridad o una anomalía médico-psicológica, la producción de un cambio de actitudes deberá también implicar la imposición de un programa terapéutico. En este proceso el recluso será sometido a relaciones autoritarias, colocado bajo la autoridad médica en la terapia y bajo la custodia en la laboral. Pero, además, como ambos aspectos resocializadores estarán por entero subordinados al régimen disciplinario de la cárcel, en último término el recluso se hallará constantemente sometido a una relación omnipresente con la autoridad de custodia.

Terapia y medicalización, aprendizaje y disciplina serán elementos que se entrecruzarán y autoinfluirán en la vida diaria de la cárcel durante la ejecución de la condena privativa de libertad. De este modo los postulados científicos sobre estos aspectos, su ideología liberal y la normativa que la legitima, al ser aplicados a la realidad penitenciaria son sometidos a las exigencias autoritarias de la disciplina, que obviamente desvirtúan o anulan cualquier avance que puedan implicar.

El tratamiento en que consiste la terapia médico-psicológica se fundamenta en el estudio de la personalidad del recluso y, por realizarse dentro del aparato disciplinario de la prisión, implica una situación tremendamente autoritaria y de subordinación reglamentaria a la que el recluso no puede sustraerse. Esta situación conlleva una relación de dominación por un lado y de sumisión por otro; y además, por desarrollarse en el mundo sensiblemente particular del individuo, se convierte en una dominación total. Ningún resquicio del sujeto es ajeno a la relación.

En la autoridad -asentada en la valoración social de las técnicas psicológicas, médicas y psiquiátricas- está implícita la facultad de diagnosticar, registrar y contabilizar sobre el recluso, dominando sus disposiciones profundas y sus sentimientos íntimos, los que le individualizan. Se ejerce, pues, un saber clínico sobre el condenado, se le convierte en «un caso» para asentar únicamente en él, a partir de las resoluciones médicas, el cambio que se ha de realizar. El recluso en la postura de sumisión, al ser considerado un enfermo, entra de inmediato, cruza la frontera de la normalidad a la inferioridad mental y biológica y se encuentra en el terreno de la propia alienación. Se convierte en el espécimen viviente de una determinada anomalía y es clasificado conforme a las categorías patológicas que la medicina ha predeterminado para encajar las

distintas manifestaciones de su conducta (y su personalidad en sí) en los síntomas de la enfermedad.

El giro que ha dado la terapia carcelaria, que de un primer objetivo resocializador de ayuda se ha convertido en el medio más apropiado para lidiar con los llamados reclusos rebeldes, ha llevado primero al fracaso de la resocialización (no medido en términos de cuántos reclusos reinciden, ya que esto está sujeto a otras variables como es el control policial hipertrofiado sobre los ex presos, sino asentado en términos de ayuda y real ascenso social y psicológico del recluso) dentro de la cárcel. La resocialización ha sido y es un fracaso porque no sólo ha necesitado degradar al recluso medicalizando sus problemas, sino que además no ha sabido crear una verdadera oferta de promoción social. Y al perder legitimidad entre los internos, ha necesitado emplear un modelo mucho más punitivo para permanecer en la brecha carcelaria.

Por ello, el modelo de cárcel resocializadora ha pasado a integrar al modelo de castigo incluyendo su forma más extrema: el aislamiento celular completo.

Las legislaciones penitenciarias actuales han creado los centros especiales de máxima seguridad para los llamados prisioneros peligrosos: los que no se subordinan a las normas de obediencia o que, por su carácter político, suponen un peligro para el Estado democrático, o también porque el delito cometido hace suponer una extrema peligrosidad.

2.2 Fines de la Prisión

La resocialización gramaticalmente, es volver a socializar y socializar es promover las condiciones sociales que, independientemente de las relaciones con el Estado, favorezcan, en los seres humanos el desarrollo integral de su persona. Quiere decir, entonces, que alguien debe adelantar lo necesario para que quien no ha recibido protección, la obtenga. En otras palabras, la socialización corresponde no a quien se aparta de la dinámica habitual, sino a quien ha permitido que ese alguien se aleje. Es lo "externo", y no lo interno individual, lo que debe ser promovido.

Crimino-penológicamente, es "la reelaboración de un status social que significa la posibilidad de retorno al ámbito de las relaciones sociales en que se desempeñaba quien por un hecho cometido y sancionado según normas que han producido sus mismos pares sociales, habría visto interrumpida su vinculación con el estrato al cual pertenecía" (Roberto Bergalli).

La resocialización sugiere en el condenado deficiencias de adaptación social que deben ser subsanadas (Emiro Sandoval Huertas). En resumen, resocializar quiere decir modificar al condenado para retornarlo sano al grupo social que, por su parte, debe crear lo necesario para facilitarle el regreso, cambiando aquello que en un momento dado desfavoreció su comportamiento regular.¹⁶³ Partiendo de la atribución del Derecho penal de una función preventiva, esto es, de una función real de protección de la sociedad y no meramente metafísica, los partidarios de este enfoque ponen el acento en la necesidad de que el Derecho penal, en general, y el sistema de las penas privativas de libertad, en particular, dispongan de los mecanismos necesarios para la obtención de una auténtica reinserción de los penados, eliminando o, al menos, reduciendo en medida relevante las tasas de reincidencia. Es más, llegan a legitimar el Derecho penal por su capacidad resocializadora, extremo éste que motivará la mayoría de las críticas que se dirigen contra ellos.

La doctrina de la resocialización constituye una variante de la de prevención especial, esto es, de aquella teoría de los fines de la pena que estima que se justifica por su incidencia sobre el sujeto que ya ha delinquido, tratando de proteger a la sociedad mediante la prevención de los delitos que el mismo pueda cometer en el futuro, Los orígenes modernos de esta propuesta se hallan en el último tercio del siglo XIX, en que comienza a ser defendida por la *Scuola Positiva* italiana, por la llamada dirección moderna en Alemania, y por el correccionalismo español.¹⁶⁴ La causa próxima del acentuado interés por la prevención especial parece haber sido la constatación de las elevadísimas estadísticas de reincidencia, junto a la convicción acerca de que el delito

¹⁶³ Álvaro Orlando Pérez Pinzón, "Las Funciones de la Pena. Especial énfasis en la resocialización", en *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia* (Bogotá, v. XV, núm. 50, Universidad Externado de Colombia, Agosto 1993). P. 30

¹⁶⁴ Mir Puig, *Introducción a las Bases del Derecho Penal* (Barcelona, Bosch, 1976). P. 63

responde a causas empíricas, que se manifiestan en la personalidad del autor, cuya remoción con medios científicos, determinaría la desaparición de aquél.¹⁶⁵ En su versión más radical, las nuevas doctrinas condujeron a la sustitución de las penas por medidas de seguridad o de corrección, no sujetas a los límites tradicionales de la pena (especialmente, el principio del hecho, la proporcionalidad, la culpabilidad), sino atentas tan sólo a la constatación de una peligrosidad en el sujeto.¹⁶⁶ Sin embargo, estas tesis radicales conllevaban la desaparición del concepto tradicional de delito y, pese a ciertos intentos, no han logrado imponerse, al menos en la Europa occidental. Sí lo ha hecho, en cambio, el punto de vista matizado, ecléctico, que propone la conservación de las penas, junto a las medidas de seguridad, aunque entiende que también aquéllas deben cumplir funciones preventivo-especiales.¹⁶⁷ Esta corriente se ha manifestado, ya más recientemente, en el movimiento de la Nueva Defensa Social, sobre todo en Francia e Italia. En Alemania, después de años de prevalencia de la concepción retributiva, se expresa en el Proyecto Alternativo de 1966, en cuya concepción político-criminal buen número de autores han visto un retorno a Von Liszt.¹⁶⁸

La propuesta resocializadora se significa, en el seno de las doctrinas preventivo-especiales, por su carácter positivo;¹⁶⁹ no se limita, como la intimidación individual o la inocuización, a la intervención negativa sobre el delincuente, sino que pretende proporcionarle los medios que le capaciten para una vida futura en libertad dentro de la sociedad. De ahí que exprese no sólo una función legítima del Derecho penal, sino, más aún, una necesidad ineludible, a la que ningún sistema penal puede sustraerse: no puede, pues, renunciarse a la reinserción. Que esta afirmación responde a una convicción generalizada lo prueba el hecho de que, a medida que se han ido imponiendo las tesis humanitaristas en el ámbito penal, la idea de la resocialización haya pasado a presidir la discusión de los fines de la pena, mientras que la intimidación individual y la inocuización se estiman cosa del pasado.

La resocialización ha vivido, pues, quizá dos decenios de gloria, en los que se llegó a centrar en ella el discurso legitimador del Derecho penal. Sin embargo, desde la perspectiva actual cabe concluir lo efímero de aquella gloria. En efecto, al tiempo que cristalizaba en disposiciones legales de gran trascendencia, en todo nuestro ámbito cultural,¹⁷⁰ el ideario resocializador -como construcción teórica legitimadora de la intervención penal- entraba en una crisis sin precedentes, sobre cuya superación resulta difícil aventurar nada. Al respecto, han revestido importancia las objeciones que han pretendido advertir acerca de la existencia de ciertos casos delictivos en que la

¹⁶⁵ *Ibidem*, P. 179.

¹⁶⁶ Cfr. Sáinz Cantero, *La ciencia*, P. 86-87

¹⁶⁷ Mir Puig, op. cit. P. 68-69.

¹⁶⁸ Cfr. Ancel Marc, *La Nueva Defensa Social*

¹⁶⁹ Cfr. Alejandro Baratta, *Viejas y Nuevas Estrategias en la Legitimación del Derecho Penal* (Barcelona, ediciones península, 1986). Pp77-92

¹⁷⁰ Francisco Muñoz Conde, *La Resocialización del Delincuente, análisis y crítica de un mito* (Madrid, Bellaterra, 1980). P. 62

resocialización no es posible o no es necesaria, dadas las circunstancias.¹⁷¹ Sin embargo, más importantes, en tanto que factores de desencadenamiento de la crisis, han sido otras observaciones. Así: 1° Las que rechazan la absolutización de la idea de resocialización, que lleva a prescindir en la sanción de toda proporcionalidad con el hecho cometido, así como de las exigencias de la prevención general, tanto si ello se plasma en una condena excesivamente leve, como si resulta una excesivamente grave; 2° Las que cuestionan de modo general a posibilidad de una resocialización en condiciones de falta de libertad; y 3° Las que, también de modo general, ponen de relieve lo ilegítimo de toda intervención resocializadora, por constituir una injerencia inadmisibles en la esfera individual. En lo que tratemos de analizar y valorar tales observaciones críticas.

Uno de los factores que, sin duda, ha contribuido a la crisis de la idea de resocialización ha sido su absolutización. En efecto, algunos sectores doctrinales y -lo que es más importante- la legislación y la práctica en algunos países (vgr. los escandinavos, así como los Estados Unidos) llegaron, en su empeño resocializador, a prescindir de toda referencia al hecho cometido o a las necesidades de prevención general, para centrarse de modo absorbente en el pronóstico sobre la reinserción del individuo. Al respecto, y centrándose en el caso escandinavo, señala Anttila.¹⁷²

Hubo un tiempo, hace veinte o treinta años, en que los expertos penalistas en Escandinavia creyeron que el preso medio podría ser reformado a través de esfuerzos rehabilitadores científicamente planificados. Esta filosofía obtuvo una legión de partidarios, pareciendo ser más humana y benévola comparada con la justicia criminal ordinaria. Sin embargo, poco a poco, el creciente volumen de investigaciones condujo a la conclusión de que, en general, existía un soporte empírico muy escaso para este modelo médico o ideológico del tratamiento. También se demostró claramente que este modelo no llevaba necesariamente a un sistema más humano y benévolo. Por el contrario, a menudo favoreció largas sentencias indeterminadas, algunas de ellas por delitos relativamente triviales. También ignoró el principio de igualdad ante la ley.

El texto transcrito constituye una excelente exposición de la ideología del tratamiento, contra la cual se han dirigido buena parte de las reacciones que han puesto en crisis la idea de resocialización. La mencionada ideología del tratamiento tiene diversas manifestaciones. Sin embargo, no cabe negar que la piedra angular de la misma viene constituida por la pena privativa de libertad indeterminada, que probablemente adquirió su máxima expresión en el Derecho norteamericano (*indeterminate sentence*). En éste, los Tribunales procedían a fijar tan sólo marcos penales amplísimos (no siendo excepcionales las referencias a una privación de libertad desde un año de duración hasta perpetua, dejando la decisión definitiva sobre el momento preciso de puesta en libertad a una comisión de expertos penológicos dependientes del Ejecutivo (el llamado *Parole board*). La finalidad evidente de tal sistema era poder prolongar la privación de libertad todo lo que

¹⁷¹ Mir Puig, op. cit. Pp. 70-71

¹⁷² Anttila, La ideología del control del delito en Escandinavia. Tendencias actuales trad. Del Rosal Blasco (CPC 1986). Pp.143-155, p. 145

fuera preciso hasta lograr la plena resocialización del delincuente. Sus resultados, sin embargo, no pueden calificarse de satisfactorios, dado el excesivo arbitrio incontrolado de los *Parole board*, la escasa fiabilidad de los criterios seguidos en éstos para la obtención de un pronóstico favorable, con la consiguiente puesta en libertad, y la ruptura de toda relación de proporcionalidad con el hecho. En esta línea, y reiterando lo que antes se transcribía a propósito del caso escandinavo, se ha criticado el autoritarismo y la incompatibilidad de este sistema con la humanidad y las garantías propias del Estado de Derecho.¹⁷³ La consecuencia del rechazo del Estado de cosas tradicional ha sido la aparición, en Estados Unidos y Escandinavia, de una nueva corriente doctrinal que, partiendo del reconocimiento de que la prevención general constituye el principio legitimador fundamental de la intervención penal, pone el acento en la exigencia de proporcionalidad entre el hecho y la sanción, así como en otras garantías formales. Se trata del llamado “neoclasicismo” instituto que ha puesto fin, en aquellos países, al predominio de la ideología resocializadora.

La objeción anteriormente examinada se dirigía, más que contra la idea resocializadora en sí, contra algunas manifestaciones extremas de la misma que, en principio, resulta difícil advertir fuera del entorno a que se ha hecho alusión. Mayor entidad tienen, por tanto, las que se dirigen al núcleo del concepto de tratamiento, negando, por un lado, la posibilidad o eficacia del mismo y, por otro, su legitimidad. En lo que hace al primero de los aspectos, se ha argumentado en efecto, a imposibilidad de una educación para la libertad en condiciones de ausencia de libertad e incluso la ineficacia intimidatoria (individual), en muchos casos, de la pena privativa de libertad, apuntándose, además, el efecto desocializador suplementario de esa misma privación de libertad. Con base en tal argumentación, y desde una perspectiva que sigue situando en primer plano los aspectos individuales del sujeto que ya ha delinquido, se ha sostenido la necesidad de prescindir del internamiento, de modo general y no sólo en el caso de las penas cortas y de sustituir la privación de libertad por formas de diversión en términos más radicales se ha abogado por una radical *non intervention*.

En fin, se ha rechazado la legitimidad del tratamiento, por dos razones, La primera que carece de sentido de resocializar al delincuente para integrarlo en una sociedad que es en sí, criminógena; no habría pues que resocializar al individuo, sino a la sociedad. La segunda, considerar que la intervención resocializadora constituye una ingerencia injustificable en los derechos individuales del sujeto que ha delinquido, puesto que, si desea tener éxito, ha de dirigirse a una modificación no sólo del comportamiento, sino también de la actitud interna. Por este motivo -su carácter antiliberal, manipulador, inaceptable en una sociedad entre cuyos valores fundamentales se halla la autonomía de la personalidad- se rechaza esa resocialización para la

¹⁷³ Mir Puig, “Tendencias político-Criminales y alternativas a la prisión en la Europa actual”, en *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya* (Núm. 34 Enero- Febrero 1987). P. 49 ss.

moralidad que tendría por objetivo hacer participar al delincuente en el sistema dominante de valores. Sin embargo, la cuestión es si toda intervención resocializadora ha de mostrar necesariamente esos rasgos o, por el contrario, podría limitarse a mostrar al sujeto delincuente -en términos racional-económicos- que el delito no compensa por producir más pérdidas materiales y emocional en que los beneficios de ambos, tipos- que se pretendiera alcanzar con él. Es decir, si es posible que un sujeto no convencido subjetivamente del merecimiento de pena de su conducta decida no reincidir por habersele persuadido se dio en términos meramente utilitaristas. Con independencia de que no se vea muy claro en qué se distinguiría una resocialización así concebida de otra modalidad de la prevención especial -la intimidación individual-, hay quien ha sostenido que una resocialización para la legalidad, que tuviera como finalidad la mera adecuación utilitarista de comportamiento externo del delincuente a las normas imperantes en la sociedad, es de difícil consecución. En efecto, parece haberse constatado que solo es eficaz en la obtención de una relegalización duradera del sujeto un tratamiento basado en la internalización de normas. Probablemente sea posible distinguir en esta materia en función de las diversas clases de situaciones delictivas, pero, de todos modos, es evidente que en muchos casos nos hallamos ante un auténtico dilema, que, de no poderse eludir, conduciría a la conclusión del punto de vista crítico: la ilegitimidad de toda intervención resocializadora.¹⁷⁴

Las anteriores objeciones tienen su peso. Sin embargo, su repercusión fundamental no va más allá de imposibilitar que la resocialización se erija en principio fundamental legitimador de la intervención penal. En efecto, las múltiples dudas e insuficiencias que se han puesto de manifiesto a propósito de aquélla, no permiten otra conclusión. Sin embargo, también es evidente que, en tanto en cuanto siga siendo necesaria la pena privativa de libertad -y esta, por razones de prevención general, habrá de seguir ocupando un papel importante en el sistema penal-, no podrá renunciarse a la resocialización. Ni siquiera aunque las estadísticas, por otro lado todavía pendientes de interpretación definitiva, pongan de relieve la extrema dificultad de la consecución del objetivo resocializador. Se trata, pues, de decidir cómo habrá de configurarse esa propuesta resocializadora, ya no entendida como principio legitimador fundamental, pero sí como tarea irrenunciable, para no vulnerar los derechos individuales del sujeto delincuente. Como señala Lüderssenk, uno de los puntos neurálgicos es la colaboración del penado, esto es, su acuerdo con el programa resocializador. La determinación de la concurrencia o no de dicho acuerdo habrá de rodearse de las garantías formales necesarias para hacer que la decisión del penado sea adoptada en condiciones de libertad análogas a las de los sujetos que conviven normalmente en sociedad. Sin embargo, la obtención del acuerdo del sujeto no basta para afirmar que el procedimiento resocializador es respetuoso de los derechos individuales. Es preciso, además,

¹⁷⁴ Mappeli Caffarena, *Desviación social y resocialización*, (CPC 1984). Pp.311-388.

atender al contenido y a los fines que se asignan a tal proceso o, en otras palabras, a la actitud con que, desde el Estado o el conjunto de la sociedad, se asiste al mismo. El mismo Lüderssenk alude, a la necesidad de que la sociedad adopte un punto de partida relativista y autocrítico, de que se haga consciente de su propio carácter criminógeno, y obre en consecuencia. Ello supone apostar por modelos liberales comunicativos, de resocialización, no lastrados por burocracias y jerarquías. Ya hace años que Calliess y Haffkee escribieron algunas de las páginas más esclarecedoras al respecto, Según el primero de estos autores, es decisivo que el tratamiento resocializador no se imponga al condenado' convirtiéndolo en mero objeto del mismo, sino que sea producto de un dialogo ininterrumpido entre aquél y el Estado. Por su parte, Haffkee, más radical, ha descrito el contenido de ese proceso resocializador al que califica de "terapia social emancipadora" en términos puramente negativos: se trataría de una antipedagogía sin ningún contenido positivo, sin ninguna finalidad previa más que la de ayudar al sujeto a ser libre de un pasado que en la mayoría de los casos resultará ser opresivo y doloroso. Como señalan Neumann y Schroth, con esta propuesta alcanza el razonamiento preventivo especial su punto, más alto en la orientación hacia una humanización del sistema. Aunque, lamentablemente, haya que ser escépticos en cuanto a la posibilidad de su realización política en un tiempo lejano, en todo caso, sin embargo, queda claro que ésta -u otra muy parecida- es la meta a alcanzar, y que hacia ella deben orientarse las reformas de los aspectos concretos del tratamiento resocializador.

2.3 Función de la Prisión¹⁷⁵

La prisión es una de las formas más dramáticas de la reacción penal, por lo que se debe tener especial cuidado al fijar sus funciones.

Las funciones de la prisión variarán según sea considerada como punibilidad, como punición o como pena. Como punibilidad cumplirá exclusivamente funciones de prevención general: a) Positiva, afirmando valores y expresando el reproche para determinadas conductas. Es sabido que la prisión es la "medida" básica para calificar la calidad de los bienes jurídicamente tutelados. b) Negativa, pues es una sanción altamente intimidatoria y el temor a perder la libertad puede ser mayor aún, que el miedo a perder la vida. Como punición reforzará la prevención general, ya que el juez al dictar sentencia: a) Reafirmará la fuerza y autoridad de la norma jurídica. b) Descalificará pública y solemnemente el hecho delictuoso. La prisión como *pena* debe cumplir fundamentalmente una función de *prevención especial*, sin olvidar la función secundaria de reforzamiento de la *prevención general*. La prisión fortifica la prevención general, en su sentido de ejemplaridad, al demostrar que la punibilidad, es decir la amenaza, no era vana y en cuanto a la prevención especial, cumple esta función en principio, al aislar al delincuente de la sociedad, impidiéndole la reincidencia. Para la mayoría de los especialistas no bastaría lo anterior, ya que las prisiones se convertirían en simples "presotecas"; es deseable que se cumpla además una función socializadora, en que se intente hacer del reo una persona socialmente apta para la convivencia en sociedad.

Independientemente de estas funciones manifiestas de la privación de libertad, existen una serie de funciones no declaradas, de las que solamente se enuncia la generalidad.

Funciones no declaradas de la privación de libertad

I A Nivel Psicosocial

A) Función vindicativa.

B) Función de cobertura ideológica.

- Transferir responsabilidad.
- Justificar al Estado.

II A nivel económico social

A) Mecanismos Generales

- Sociales (estigma).
- Jurídicos.

¹⁷⁵ Luis Rodríguez Manzanera, *Penología* (México, D.F., Porrúa, 1998). Pp. 215 ss.

-
- Interpretación.
 - Presunción culpa.
 - Reincidencia.
 - Agravantes.
 - Asistencia post-prisión.

B) Función de Reproducción de la Criminalidad.

C) Función de coadyuvancia al control del mercado libre de trabajo.

D) Función de reforzamiento de la protección a la propiedad privada.

III. A nivel Político

A) Función de mantenimiento del statu quo.

B) Función de control sobre las clases dominadas

C) Función de control de opositores políticos.

Aparece claramente que la institución penal contemporánea es el campo de batalla de corrientes filosóficas opuestas: hay quienes creen en el efecto intimidatorio del castigo, los que quieren proteger a la sociedad contra los delincuentes por segregación sean cuales sean, por otra parte, los efectos de esta segregación. Finalmente están aquellos que comprenden que sólo la rehabilitación de los delincuentes puede apartar el peligro de la reincidencia y asegurar la protección de la sociedad.¹⁷⁶

Todas estas filosofías encarnan grupos de presión y representan intereses precisos. Simplificando un poco encontramos de una parte, a los sostenedores de una filosofía primitiva, agrupados alrededor de la profesión legal, y por otra parte, los partidarios de una filosofía de la rehabilitación, inspirados sobre todo por la profesión médica. Cada uno, de esos grupos controla porciones importantes del poder que se extiende de la institución penal misma hasta el gobierno y se liberan, con frecuencia a una lucha sin cuartel.¹⁷⁷ Parece que, al menos en teoría, la prisión como simple retribución ha sido superada, y es que la función puramente retributiva de la reacción social es cada vez menos aceptada, es más, podríamos decir con Mabbott, que "en la teoría de la pena, la retribución no ha sido defendida por filósofo alguno (durante más de 50 años), con excepción de Bradley".¹⁷⁸

Las antiguas ideas kantianas de la pena como un "imperativo categórico" ("al ofensor se le debe hacer sufrir no para disuadirlo, sino para equilibrar su maldad"), se ven superadas con Beccaria, que asegura que "el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido".¹⁷⁹

Un filósofo inglés resume el estado actual de la retribución en la forma siguiente:

El castigo, tomado nomás como castigo, sin tener en cuenta las consecuencias. Esto, como una meta del castigo, es mirado con desdén hoy día, y por razones de peso, es que se ha asociado con todo un grupo de ideas, tales como la venganza divina, la expiación del pecado, la penitencia, y otras análogas, actualmente pasadas de moda. La mayoría de la gente no cree hoy en un Dios que usa a los tribunales terrenales para descargar su venganza, o para saldar los gajes del pecado. Con este repudio de la vieja teología se asocia una repugnancia a la idea del Estado vengador, con su implicación de hostilidad emocional en la conciencia del Tribunal. Cuando Bacon dijo: 'La venganza es una especie de justicia salvaje', implicó que la justicia es un especie de venganza mansa. Pero todas las formas de venganza, mansa o salve, repugnan a la mente filosófica, aunque obviamente son algunas veces aceptables para el público contemporáneo".¹⁸⁰

¹⁷⁶ Szabo Dense, *¿Las prisiones tienen futuro? Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. No. 3* (Universidad Central de Venezuela, Venezuela, 1961) P. 451

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ Mabbot, J. D., *Contemporary British Philosophy*, Ed. E:D jewis, Londres. G. 289

¹⁷⁹ Beccaria, *De los delitos y de las Penas* (Edit. Aguililar, Madrid, España, 1969) P. 111

¹⁸⁰ Coddington, F.J. O., *Proceedings of the Aristotelian Society*,. Londres, 1946, Vol. 46. p. 155

La maestra Kaufmann, expresa que: "Si la criminología muestra cómo, en la zona central de los autores punibles crónicos, existe una cantidad de defectos cuya mayoría procede de la infancia, pueda preguntarse entonces porqué fatalmente se pretende construir una ejecución penal sobre momentos punitivos. O sea, cómo es que resulta justo imponer a una persona más mal que aquel que es realmente inevitable para posibilitar la conducta humana".

Estamos en un claro viaje en el que se abandona el concepto retributivo y se va hacia otro tipo de conceptos, aunque, como dice Sánchez Galindo: "el delincuente tiene que sufrir, aun, la vigencia de patrones de castigo, represión y contención, sin que se pueda implantar, definitivamente los sistemas de rehabilitación, reestructuración de la personalidad y resocialización por lo que ahora pugnamos".¹⁸¹

Parece que "la principal preocupación del público frente al delincuente continúa siendo la de deshacerse de él lo más pronto posible y por el mayor tiempo deseable. Las motivaciones del hombre libre frente al hombre detenido son diversas y en muchas oportunidades ambiguas, pero en general están designadas o por la indiferencia, o por una irracional actitud represiva o por una inútil conmiseración sensiblera."¹⁸² Curiosamente, el principio del viaje nos lo habían marcado ya algunos de los grandes clásicos como Séneca ("La pena tiene como finalidad hacer mejores a los demás"), y Platón ("No castigamos porque alguien haya delinquido, sino para que los demás no delinca"). De esta función de prevención general se pasa a la de prevención especial, y puede ser expresada en los términos de Santo Tomás de Aquino: "En esta vida no se castiga por castigar. El valor de los castigos impuestos al hombre es un valor medicinal y tiende a lograr la seguridad pública y la curación del delincuente."

Una vez aceptadas las funciones de prevención general y especial de la prisión, tenemos que plantear el tema de la función resocializadora que debería tener la cárcel, tema de especial preocupación en América Latina.

El problema queda planteado con toda claridad por Quiroz Cuarón en su frase "pena sin tratamiento no es justicia, es venganza". Ya la Comisión de la Reforma Penitenciaria, reunida en París en 1944, enunció como primer principio de su programa: "La pena privativa de libertad tiene como finalidad esencial la enmienda y reclasificación social del condenado."¹⁸³

El término "resocialización" va siendo comúnmente aceptado, junto con el de "Readaptación Social", del que dice Neuman: "Esta expresión que se acuñó y obtiene filiación

¹⁸¹ Hilde Kauffman, "La función del concepto de la pena en la ejecución del futuro", en *Nuevo Pensamiento Penal* (Argentina, año IV, núm. 5, 1975). P. 32

¹⁸² Contreras Pulido, Orlando. "La prisión: Un problema por resolver", Cuadernos Panameños de Criminología, N°7, p. 59 y ss., (Panamá, 1978, p. 69)

¹⁸³ Cfr. Stefani G., Levasseur A; Jambu-Merlim, R., *Criminologie, Science Penitentiaire*, (Francia, Editions Dalloz, 1970). p. 345.

hace casi dos siglos, es hoy una obligada cantinela y su proyección no parece mediada ni menoscabada por el uso corriente, como ocurre con otros productos efectistas."¹⁸⁴

Efectivamente, se ha abusado de estos términos, las leyes en general no los definen, y su sentido es muy amplio, pues va de la simple no reincidencia hasta la completa integración a los más altos valores sociales. Ya la preposición "re" nos choca, pues implica repetición, volver a, por lo que tendríamos que probar que el criminal estuvo antes socializado o adaptado, luego se desadaptó o desocializó y ahora nosotros lo volvemos a adaptar o socializar; esto es ignorar una realidad criminológica, consistente en que una buena parte de los "delincuentes" (que son los imprudenciales), nunca se desocializaron, y que muchos de los demás nunca estuvieron adaptados ni socializados, ya que provienen de subculturas criminógenas o padecen notables disturbios psicológicos o procesos anómicos.

Por lo anterior, se usan los términos adaptar o socializar, para determinar esta función de la pena, consistente en que el delincuente deje de serlo, pero además sea útil y quede integrado a la comunidad. Por ende se coincide con Roxin en que "resocializar" no significa introducir sentencias determinadas o disponer a capricho del condenado para tratamientos estatales coactivos.¹⁸⁵ Es asimismo, aceptable la opinión de Bergalli, de que "actualmente se admite de modo pacífico que resocialización es la reelaboración de un status social que significa la posibilidad de retorno al ámbito de las relaciones sociales en que se desempeña quien por un hecho cometido y sancionado según normas que han producido sus mismos pares sociales, había visto interrumpida su vinculación con el estrato al cual pertenecía".¹⁸⁶

Ya en 1917, José Natividad Macías, miembro del Congreso Constitutivo Mexicano, defendiendo un proyecto de reformas de las cárceles del país, presentado por el entonces Primer Jefe de la República, don Venustiano Carranza, decía: "Hoy, la cárcel y los sistemas penales deben tener exactamente el mismo objetivo que tiene la educación de los niños en la escuela y en la familia: preparar al individuo para poderlo lanzar al mundo, pudiendo subsistir y convivir tranquilamente con sus semejantes."¹⁸⁷

Ahora surge entre otras grandes interrogantes la siguiente: ¿Puede considerarse la resocialización como único objeto de la ejecución penal?

¹⁸⁴ Neuman Elías, *Las penas de un Penalista*, ediciones Lerner, Argentina 1976, p. 16

¹⁸⁵ Roxin, Claus, *Política y sistema del Derecho Penal* (Barcelona, Bosch, 1972, p. 33

¹⁸⁶ Bergalli, Roberto, *¿Readaptación Social por medio de la Ejecución penal?* (Universidad de Madrid, España, 1976, p. 33.

¹⁸⁷ Cfr. Altman Snythe, Julio "La pena privativa de la libertad", en *Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, (Caracas, Universidad central de Venezuela, 1968). P. 117.

Indudablemente la respuesta es negativa, pues la prisión no puede aspirar exclusivamente a la "readaptación" del sentenciado por las siguientes razones:

a) Hay penas que por su naturaleza excluyen el fin reformador, como la prisión de corta duración.

b) Hay delincuentes que por su moralidad y por su sentimiento de dignidad personal no necesitan ser reformados (pasionales, imprudenciales, ignorantes, políticos, etcétera).

c) Hay delincuentes para los que no hay, o no se ha encontrado un tratamiento adecuado (Psicópata, profesional, habitual). De lo anterior surgen otras preguntas: ¿Cuáles delincuentes debemos adaptar? ¿A dónde debemos adaptarlos? ¿Cómo los adaptaremos? Estas interrogantes tienen, en América Latina, un muy especial contenido.

Al hablar de reincorporación a la sociedad, el concepto desocialización gana su primera dimensión de contenido, pues la pertenencia a la sociedad es independiente de la participación en sistemas sociales como familia, barrio, grupo, clase.¹⁸⁸

Sin embargo, estas son realidades que no pueden olvidarse, como no puede desconocerse que los que administran justicia, así como los encargados de dirigir la ejecución penal, y por lo tanto intentar la socialización del delincuente, pertenecen a una clase determinada, que por lo general es media-alta. Desde este punto de vista, no estarían desadaptados aquellos que pertenecen (en el sentido propio de pertenencia, es decir, como aceptación de valores) a la clase media, y "resocialización" debe de entenderse como una adaptación a las esperanzas sociales de la clase media. Al respecto es pertinente recordar que después de una larga sesión de trabajo de la comisión formada para planear la gran reforma penitenciaria mexicana, el maestro Piña y Palacios, comentó: "Estamos organizando tratamiento para delincuentes como nosotros, estamos haciendo planes para delincuentes como nosotros, hacemos leyes para delincuentes como nosotros, pero los que llegan a la cárcel no son como nosotros."

En Latinoamérica se habla de grupos marginados; los investigadores extranjeros, y algunos nacionales con preparación en universidades extranjeras, parecen no darse cuenta que la marginalización en el sentido en que ellos lo manejan es la regla y no la excepción; en varios países subdesarrollados los que están al margen son los miembros de la clase media, pues la alta casi no existe (numéricamente hablando), y las clases bajas son terribles mayorías. Por esto nos apoyamos en Bergalli, cuando dice que: "La readaptación social por medio de la ejecución penal debería suponer la meta de un modelo de sociedad y apoyado en una realidad de estructura económica."¹⁸⁹ En los países de estructura social cambiante y de economía frágil e inestable, se dificulta notablemente esa tan anhelada adaptación social. El problema se agrava aún más en las grandes ciudades, rodeadas de subculturas de miseria y crimen, de "ciudades perdidas", de

¹⁸⁸ Cfr. Bergalli, op. Cit., p. 43

¹⁸⁹ Bergalli, op. Cit., p. 23

"favelas", de "villas miseria", de "barrios de emergencia", a los que el sujeto llega a adaptarse perfectamente, logrando sobrevivir y aceptando sus normas. ¿Cómo resocializamos a este tipo de criminal? ¿A qué sociedad debe reintegrarse, a la nuestra, o a la suya? Samuel Ramos describía al sujeto perteneciente a estos núcleos, de la forma siguiente: "En la jerarquía económica es menos que un proletario y en la intelectual, un primitivo. La vida le ha sido hostil por todos lados y, su actitud ante ella es de un negro resentimiento."¹⁹⁰ Por lo tanto, la adaptación social se interpreta como un alejamiento de las clases bajas, lo que requiere en mucho, profundos cambios sociales y económicos.

Todo lo anterior no implica que sólo delinquen los individuos de clases socioeconómicamente desamparadas, tan sólo señalamos que son los que generalmente llegan a prisión, y en los que el tratamiento puede ser más difícil.

En la mayoría de los casos, el sistema de justicia penal es bastante selectivo para enviar gente a prisión. Quienes verían en peligro su posición y categoría social, aquellos para los que la pena de cárcel serviría realmente como medida disuasoria, a menudo eluden la reclusión. Se trata de personas que no están necesitadas, desde el punto de vista social, económico, pero sin embargo pueden haber infringido graves perjuicios a la economía, a la estabilidad política, o al respeto a la ley o a la moral pública, mediante el soborno, la corrupción, el fraude, la malversación de fondos, el contrabando, el acaparamiento y la manipulación de precios, es decir, mediante actos que suelen agruparse bajo el término genérico de delitos financieros, u otros actos socialmente perjudiciales análogos.¹⁹¹

De acuerdo con la Constitución General de la República, la readaptación social pretende que el infractor vuelva a observar el comportamiento que regularmente siguen -y aprueban- los integrantes de la sociedad a la que pertenece. Se busca, pues, la conformidad del comportamiento con la cultura prevaleciente. Interpretada con error o con exceso, la idea de readaptación pudiera implicar "conversión" del infractor, "alteración" de su personalidad. Por esta vía se querría justificar lo injustificable: métodos de "lavado" que manipulen la psique del sujeto, dando lugar a verdaderas violaciones de derechos humanos, ampliamente conocidas y reprobadas. La readaptación social, bien entendida, no persigue nada de eso: sólo quiere poner al individuo en condiciones de no delinquir nuevamente, dándole los elementos para valorar, regular y orientar su conducta, sin privarlo de capacidad de decisión. Es ésta la que da sentido moral y valor jurídico al comportamiento.

Ya se dijo que en 1917 se pensó que el trabajo sería el medio para alcanzar la readaptación social del infractor. En la penúltima reforma, ese medio se amplía y multiplica: la readaptación se procurará al través del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación. ¿De

¹⁹⁰ Ramos, Samuel, *El Perfil del Hombre y la Cultura en México* (Espasa, Calpe, Argentina, 1952) P. 52

¹⁹¹ Cfr. VI Congreso ONU, A/Conf. 87/Caracas, 1980, párrafo 40.

qué se trata, en suma? Lo que la Constitución pretende es devolver a la comunidad, una vez ejecutada la condena, un individuo capaz de conducirse de acuerdo con las reglas de conducta prevalecientes, esto es, un sujeto socialmente readaptado.

Aquí es necesario advertir que la Constitución mexicana, como otras varias que abordan este asunto, se afilia a lo que pudiéramos, llamar la corriente técnica o finalista acerca del sistema penal. Por ello postula el objetivo de dicho sistema y el método para arribar a ese objetivo. Antes de que campeara esta corriente en el texto supremo, nuestra ley fundamental contenía sólo disposiciones de carácter humanitario, tendientes a evitar los malos tratos sobre los reos, contrarios al sentimiento de piedad y adversos a la dignidad humana. Hoy la Constitución contiene, como es natural, preceptos de ambas intenciones. Por una parte, queda estipulado: "Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos, que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades". Eso puntualiza la parte final del artículo 19, sin perjuicio de la vigencia, en favor de los sujetos a proceso o a ejecución, de los restantes derechos públicos subjetivos que la propia Constitución determina. Y por otra parte existe el artículo 18, con la orientación técnica o finalista que ya quedó descrita.

En la base de aquellas disposiciones sobre readaptación y medios para lograrla, reside una razonada convicción de raíz criminológica: el delito es resultado de una suma de factores causales, diversamente asociados en cada caso particular. Concurren datos biológicos, sociales, ambientales, y así sucesivamente. Por lo tanto, si se quiere la readaptación del delincuente será necesario atacar las causas individuales del delito, tarea que implica el uso de diversas medidas: las que vengan a cuentas en el caso concreto.

Se suele ponderar, a este respecto, el valor del trabajo y la educación, entendidos en el sentido más amplio y eficaz. Sin embargo, vale decir que no se agota en ellos el catálogo de instrumentos para la readaptación. Con frecuencia habrá necesidad de recurrir a otros medios: tal sucederá, por ejemplo, si el delincuente padece alguna enfermedad física o psíquica que demande atención médica.

Pone énfasis la Constitución en el trabajo, mencionado con dos enfoques: como ocupación laboral, primero, y como capacitación laboral educación para el trabajo-, después. En este punto destaca el interés por reducir o eliminar uno de los factores de mayor riesgo en materia de conducta antisocial: la marginación del sujeto, incapaz de acceder al mercado de trabajo en condiciones razonables. Esa marginación aumenta por la "desactualización" que sufre el individuo en el curso de la ejecución penal, si ésta apareja privación de libertad. Por ello resulta preciso – en los términos de la ley suprema – capacitar al reo para que pueda asumir su papel en el orden

laboral, como no lo es que el sistema penal obtenga, verdaderamente, la readaptación social de los infractores.¹⁹²

De acuerdo con lo que prescribe la *Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados*, en el Artículo 6º. primer párrafo, expresa que: "el tratamiento será individualizado, con aportación de las diferentes ciencias y disciplinas pertinentes para la reincorporación social del sujeto, consideradas sus circunstancias personales"; idea introductoria a nuestra presentación que complementamos con el contenido del artículo 7, que a la letra menciona: "El régimen penitenciario tendrá carácter progresivo y técnico y constará, por lo menos, de períodos de estudio y diagnóstico y de tratamiento, dividido este último en fases de tratamiento en clasificación y de tratamiento preliberacional. El tratamiento se fundará en los resultados de los estudios de personalidad que se practiquen al reo, los que deberán ser actualizados periódicamente. Se procurará iniciar el estudio de personalidad del interno desde que éste quede sujeto a proceso, en cuyo caso se turnará copia de dicho estudio a la autoridad jurisdiccional de la que aquel dependa".

Por lo dicho en la ley se acepta que el régimen "progresivo-técnico" se aplicará en la "fase de tratamiento en clasificación". ¿Qué nos lleva a realzar el contenido legislativo de la propuesta de clasificación? La respuesta está en considerar que la ingente necesidad de evolucionar el sistema penitenciario para hacerlo acorde a nuestra época de evolución social, está en revisar, analizar y muy probablemente modificar la tendencia a clasificar socialmente al hombre - recordemos que reclusorios y penitenciarías constituyen entidades sociales- y paralelamente modificar la tendencia a la tecnocracia, que no a la técnica, aplicada, esta tecnocracia, a la supuesta comprensión del hombre. La tecnocracia es actividad de ingenieros, economistas y publicistas cuyas acciones tuvieron auge en las épocas de la "depresión", alrededor de 1932. Pero, el hombre no es un valor económico -no debe serlo- ni su conducta debe ser causa de manejo tecnócrata, sino de comprensión de motivaciones y actitudes frente a la vida.

La recurrencia en las teorías penitenciarias nos llevan a tratar en una y otra ocasión la misma temática tal como si consideráramos que el fracaso del penitenciarismo es por falta de entendimiento de las doctrinas propuestas, no, no es falta de entendimiento es fracaso de las teorías propuestas que no han sido buenas para el hombre. Recordemos que la práctica probará la bondad de la teoría.

En busca del espíritu significativo del "sistema técnico progresivo" encontramos que: Sistema, es la compleja interrelación de las partes que forman una totalidad o un universo.

¹⁹² México, Congreso de la Unión, Constitución de 1917, *Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos. Comentada* 14ª edición (México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Porrúa, 2000). P. 208.

Técnico, es lo relativo a la aplicación de las ciencias para la obtención de resultados prácticos. Progresivo, que favorece la acción y efecto de crecer, de aumentar en sus alcances.

De tal forma que desde el punto léxico, entendemos que lo que se recomienda es: "la compleja interrelación de las partes de un todo, aplicando las ciencias para la obtención de un resultado práctico que favorezca la acción y el crecimiento de algo o de alguien".

El concepto logrado a través de la denotación de los términos arriba mencionados es obvio que no requiere, es más, es contrario a toda necesidad de clasificación, que etiqueta, encierra e impide el crecimiento libre, obligando al individuo a recurrir a ficciones o a rebeldías que le permitan el paso de un estatus a otro; es decir, clasificar, es impedir el movimiento espontáneo.

El sistema progresivo se funda en una combinación de los sistemas de Pensylvania y Auburn y en la introducción de la libertad condicional, todo ello regulado en forma gradual, proporcional a la conducta del recluso y según principios de individualización y "autocontrol" (self control) que en cierto modo ponen en manos del propio recluso su destino final. El preso debía pasar sucesivamente por un período de aislamiento celular absoluto, diurno y nocturno (como en el sistema filadélfico); por un período de aislamiento celular nocturno y trabajo diurno en comunidad y régimen de silencio (como en el sistema auburniano) y por un tercer período de libertad condicional. Estos períodos son susceptibles de división en grados y de reducirse en cuanto a su duración. El ascenso de unos a otros grados, la reducción del tiempo de permanencia en ellos, como la degradación y la prolongación temporal y la obtención del permiso de liberación condicional son regulables por el propio recluso, cuya buena conducta, laboriosidad e interés se retribuyen por medio de un sistema de bonos o puntos que se traducen en las aludidas ventajas y privilegios. Las últimas fases del sistema progresivo deben cumplirse en establecimientos especiales, con vigilancia mínima, en los que se prepare al recluso con las posibles garantías para la libertad condicional y para su reincorporación a la sociedad. Con unas u otras modalidades, muchos regímenes carcelarios han adoptado los períodos y principios generales del sistema progresivo.¹⁹³ Se agrega que para todo lo anterior es necesaria la clasificación -es decir se insiste en la pauta de formar clases, hablamos de clases sociales-.

Irma García de Cuevas en "Derecho Penitenciario", en el capítulo IV, en el parágrafo que se refiere a la "clasificación de los internos en los centros penitenciarios"; nos dice que: "tentativas de clasificación de internos de acuerdo al buen sentido..."; en este momento advertimos no entender a la autora al referirse a *clasificación en el buen sentido*, pues consideramos que toda *clasificación* del hombre social tiene un "mal sentido...". Continúa la autora: "han aparecido -estas llamadas clasificaciones en el buen sentido- en diversa época y en distintos establecimientos penitenciarios... dividían usualmente a los internos con la clasificación conocida como objetiva, es

¹⁹³ Diccionario de Sociología de Henry Pratt Fairchild (México, D.F Fondo de Cultura Económica).

decir por edad, sexo, delito cometido, por su capacidad o incapacidad destinándolos a los lugares señalados exprofeso para todos aquellos que mostraban alguna anomalía mental". Líneas adelante, la autora en un intento aparente de "romper" la rigidez de lo que significa *clasificar* al hombre, anota: "utilizando al máximo el principio de la individualización penitenciaria se ha llegado a comprender que el éxito del tratamiento penitenciario está relacionado antes que nada con la interacción entre tipos de delincuentes y tipo de tratamiento, es decir, una clasificación funcional de internos en los establecimientos penitenciarios y de los internos en manicomios y otros centros de readaptación social para su mejor rehabilitación".

Precisamente el término clasificación penitenciaria designa actualmente el proceso con el que el personal penitenciario trata de conseguir el objetivo de la readaptación social utilizando el tratamiento individualizado. En general esta clasificación se cumple en primer lugar por requerimientos de la ley...". Interpretamos que el objetivo de la readaptación social trata de conseguirse a través de una extrema individualización, lograda a su vez por una extrema clasificación. ¿Es que no logramos diferenciar al hombre si no es a través de la estratificación en clases? -estratificación en clases, usando prepositivamente por el ponente, el de la voz, como expresión de inconformidad de principios. Recordemos que Edwin Hollander postula que la mejor forma de practicar la diferenciación individual, es a través del estudio de las actitudes.

Para terminar la referencia a la obra de García de Cuevas, hagamos justicia en un reclamo que aparece en la página 121: "es raro encontrar en los centros penitenciarios de nuestro país un sistema de *clasificación eficiente* desde el punto de vista del tratamiento individual y comunitario"; y termina la autora haciendo alusión de reconocimiento al penal estatal de Almoloya de Juárez; Estado de México; que en nuestra época no tiene ya más que, si acaso, una validez histórica.

La *clasificación subjetiva* se refiere a datos internos de la personalidad, que de escuchar esto Allport de estremecería, ya que él, difícilmente alcanza a entender cómo explorar la personalidad, y nosotros nos atrevemos a pretender clasificar con "datos internos de la personalidad". La propia autora Irma García en los párrafos de la página 122 de su obra informa de algo que se aproxima a la postura a la postura teórica que sustenta este trabajo, pero se detiene probablemente por el vacío que percibe de derogar algo que se emplea y no poseer con qué sustituirlo, pero no es necesario estrictamente sustituir, simplemente se puede derogar por improcedencia de lo existente, más vale un vacío comprometido a ser llenado en el futuro, que no una postura injusta que ha sido históricamente obstructiva: la clasificación. El intento de la autora está en decir: "debemos mencionar el hecho de que en la actualidad los criterios que se siguen para la clasificación de 'los internos en los establecimientos penitenciarios no son lo bien recibidos que podría suponerse. Algunos autores manifiestan su desaprobación en este sistema de clasificación, por considerar que no ha facilitado la labor de tratamiento y sería muy conveniente olvidarse de clasificaciones que a ningún fin llevan. En efecto es difícil encontrar un sistema de

clasificación penitenciaria que nos permita establecer una tipología clara y definida para fines terapéuticos. Sin embargo, nos atrevemos a sugerir, continúa la autora, el sistema objetivo-subjetivo como el sistema de clasificación que nos facilite el fin manifiesto". Es obvio que termina por darse por aceptada una clasificación, seguramente ante lo imperioso de los fines prácticos que deben sugerirse; pero aquí estando nosotros ante la oportunidad de proponer, especular y reflexionar, opto por proponer que derribemos viejos moldes y nos obliguemos a pensar que el hombre social no puede, no debe haber entre él clases; si, existen las desigualdades individuales, no de forma, sino de vivencias y experiencias; y éstas, no permiten clasificar, permiten únicamente distinguir.

De los rubros expuestos recurramos a hacer un seguimiento de las tendencias clasificatorias que se han empleado a lo largo del tiempo analizando el por qué como necesidad estricta y sustancial de el tratamiento técnico progresivo, que puede sostenerse pero pretendemos no necesariamente basado en la imprescindible clasificación.

De acuerdo a los señalamientos legales invocados los reclusorios deben tener carácter de instituciones de tratamiento para evitar en lo posible la mayor desadaptación de los procesados y procurar la readaptación de los sentenciados. Existe en las instituciones un procedimiento que señala las acciones necesarias para sujetar a tratamiento preventivo a los individuos albergados en prisión cautelar, cuyo objetivo fundamental es precisamente el de evitar mayor desadaptación en el procesado. El tratamiento correctivo, se indica en aquellos que compurgan sentencia, procurando la readaptación social que se refleje en la posibilidad de ser capaz de convivir en el futuro, en la vida en libertad.

Para estar en condiciones de comprender, y en caso dado, aceptando la existencia de tratamiento preventivo y de tratamiento correctivo, se hace indispensable precisar algunas nociones respecto al fenómeno de la adaptación.

Comprender la readaptación, necesariamente implica la previa comprensión del fenómeno de la adaptación. La biología como ciencia, se ocupa del estudio de los seres vivos, y ser vivo es tener la capacidad efectiva de adaptación, cuya consecuencia es la sobrevivencia misma; por consiguiente el fenómeno de adaptación de manera original corresponde al ámbito de la biología y por definición: adaptarse es vivir. Existe la posibilidad de que ocurran episodios de desadaptación que darán lugar a disfunciones, trastornos, enfermedades o a la muerte misma. La adaptación da lugar a una condición de homeostasis que se refiere al equilibrio del organismo con su propio medio interno y el externo. Transcurrido el tiempo, el concepto de homeostasis se ha hecho extensivo al sentido de equilibrio que se logra así mismo en la esfera de lo psicológico y de lo social, que conjuntamente forman las tres esferas representativas de la integración del propio ser humano.

Se ofrece un concepto lógico y concreto de adaptación, que es: "movimiento que a través de los procesos o fases de asimilación y acomodación, establece una interrelación entre el individuo y el medio ambiente que le rodea, dando lugar a un bienestar perdurable que le mantiene en condiciones de ser vivo y en capacidad de crecer y desarrollarse en lo concerniente a las esferas representativas de la integración del propio ser". En el caso del hombre, ya se mencionó, sus esferas representativas son la biología, la psicología y la social. Se entiende como proceso de asimilación el que está determinado por el contacto del medio hacia el individuo; y como proceso de acomodación (socialización) el que está determinado por el contacto del individuo hacia el medio. Una condición de "bienestar perdurable", significa homeostasis.

Ocurriendo en un momento dado el fenómeno de *desadaptación*, se interpreta como: la desviación o ruptura de cualquiera de las condiciones que se exigen para que exista la *adaptación*. La desadaptación es la negación, privación u oposición de los factores de adaptación.

La de adaptación que no se corrige por medios naturales o con el auxilio de medios artificiales, indefectiblemente llevará hacia la muerte biológica, psicológica o social del ser. De existir la corrección del proceso de *desadaptación* se estará provocando una *readaptación* que se interpreta como el reciclaje de la desadaptación a la adaptación. El hombre es susceptible de ser readaptado biológica, psicológica o socialmente. En nuestro caso, en que tratamos al hombre integral, procuramos los tres órdenes de readaptación, con especial enfoque hacia los factores de orden social, partiendo del hecho de que el crimen aún considerado como un fenómeno de la naturaleza, su representación por excelencia, en sus efectos destructivos, lo son en el ámbito de la convivencia social. De aquí que fundamentalmente invocamos la *readaptación social*, pero es obvio, lleva implícito el aspecto biológico y psicológico.

Se acepta que el fenómeno de adaptación no permite ser sujeto a discusión, es exigencia biológica de sobrevivencia extensiva a lo psicológico y a lo social, y en tanto existiera desadaptación y se realice lo necesario para reencontrar la adaptación, estamos frente a una acción de readaptación, que por las mismas razones expuestas es en sí indiscutible en sus principios y en su existencia. En todo caso podría someterse a discusión el si somos capaces de auxiliar a evitar la desadaptación, o si somos capaces de readaptar, y con qué eficiencia lo realizamos. El Tratamiento Técnico Progresivo, basado en las nociones expuestas sobre *adaptación*, incide sobre el fenómeno de la personalidad. El fenómeno de la personalidad no se concibe como algo rígido y estático, sino como algo que evoluciona en el tiempo y a través del crecimiento y desarrollo del individuo. Querer conocer a un hombre, es conocer su representación psíquica, la cual por excelencia corresponde a su propia personalidad. La conducta criminal constituye una eventualidad humana, en cualquier hombre, siempre y cuando se conjugue una historia que reconocemos como " historia natural del crimen". Conducta que en su aparente

aparición sorpresiva, implica una serie de hechos y circunstancias individuales y ambientales que culminan en la conducta criminal. De esto se deriva que la personalidad debe ser estudiada en sus etapas evolutivas, desde el nacimiento del sujeto, es más, desde la concepción del mismo, para estar en posibilidad de aplicar un tratamiento. Independientemente de la problemática teórica y práctica que representa el estudio de la personalidad, la necesidad se impone, por tanto precisemos sobre nuestra postura general ante el motivo de estudio ya descrito y aplicable a lo particular en el terreno de lo criminológico, en este caso es nuestro interés primordial.

La antropología y la etnología son las materias que ofrecen el panorama más amplio y general aplicable a lo particular. Nos permitimos hacer uso de una cita de Madeleine Grawitz de su obra "Métodos y Técnicas de las Ciencias Sociales" en la que expresa: "la antropología y la etnología han hecho tener conciencia de la parte de la adaptación que las culturas imponen a todos y de la forma en que se seleccionan a los más aptos para incorporarse a su sistema. Así, en determinados grupos, los individuos neuróticos se integran a la sociedad, gracias a la tolerancia de ésta por la originalidad de su comportamiento, mientras que en nuestra civilización técnica y racional se convierten en inadaptados con todas las consecuencias que ello supone. La noción de personalidad está ligada a cada individuo y a cada cultura [...]". Lectura incontrovertible de que toda clasificación, aún con la pretendida justificación de poder llevar a efecto un tratamiento, conlleva un artificio social de dividir al hombre en clases por dispositivos culturales y sociales comprensible únicamente como producto de una dinámica social y con formación de grupos que en ese momento histórico priva, pero no necesariamente privó en los anteriores ni privará en los posteriores, es cambiante, es oportunista.

Mikel Duffrene, practica un análisis de la influencia y participación de lo social en el desarrollo de la personalidad. Expresa que a cada cultura corresponde una personalidad básica, que surge por la influencia de los factores etnológicos.

La base de la personalidad en cada uno de los grupos se va configurando por el tipo de normas, valores y relaciones que existen en estos grupos. Se asevera que el sentido clasificatorio es meramente histórico-social-cultural y no esencial a la naturaleza del hombre; por tanto únicamente confiable bajo un arbitrio momentáneo y de por sí transitorio, que se pretende enfrentar a un hecho permanente e invariable que es la adaptación o en dado caso, la readaptación en su esencia biopsicológica. El conocimiento de la personalidad que es obligado, se dice, para el seguimiento del tratamiento progresivo, si no imposible, si sumamente difícil, Allport, formula la siguiente pregunta: ¿cómo es posible conocer la personalidad de otros, dado que no tenemos acceso directo a su experiencia, cómo se explica que tengamos de ellos un conocimiento aproximado pero que obviamente dista de lo perfecto? La tarea peculiar de la psicología, comenta Allport, no puede contentarse con la tesis de que conocer a las personas consiste simplemente en ordenarlas en clases; es necesario el conocimiento obtenido mediante la

percepción directa y la comprensión configurativa, el conocimiento penetrante. Se necesitan todos los recursos de nuestros medios cognitivos para utilizarlos como instrumento de la investigación, agrega el propio autor, que nos da la oportunidad de que nos capacitemos en lo posible en las técnicas que se derivan de los procesos de la inferencia, la empatía y la simpatía.

La inferencia se define como un proceso cognitivo en el que se atribuyen características de una clase general a una individual que se considera incluida en la primera. La inferencia arroja datos probabilísticos, resume, en la captación de datos, lo que "está afuera" y lo que "está adentro"; formando un sistema único que permita una conclusión por analogía de experiencias propias hacia las que se observan en el otro. La empatía es la transposición imaginaria de uno mismo en el pensamiento, el sentimiento y la acción de otro. La empatía es una tentativa de identificación que nos proporciona hipótesis que deben ser comprobadas, respecto a la naturaleza del otro.

La simpatía, nos dice Bergson, es una actitud respecto a la realidad exterior que nos hace penetrar en ella, ser uno con ella, vivirla. El proceso de la identificación probablemente se relaciona con la simpatía, a través de la que algunos autores consideran posible penetrar en la vida de otras personas.

Clasificación, tradición conservadora que aparentemente ha resuelto nuestras necesidades durante años, pero que en el fondo ha impedido el progreso del sistema de tratamiento. Nos ha tranquilizado, como toda ortodoxia tranquiliza, pero aniquila la posibilidad de cambio.

El término clasificación significa coordinación o distribución de algunas cosas en clases. Se hace extensivo a lo penitenciario enunciando que la clasificación penitenciaria es la agrupación de internos con similares características. *Las Reglas Mínimas de Naciones Unidas* establecen que no deberán existir diferencias de trato fundadas en prejuicios principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquiera otra de origen nacional o social; fortuna, lugar de nacimiento y se aduce que la naturaleza de los hechos y la personalidad de sus autores pueden ser base suficiente para constituir un grupo autónomo, se pretende que la cohabitación carcelaria indiscriminada da lugar a pésimos resultados. Según Sutherland, la clasificación criminal es fundamental para reformar al delincuente. La participación de la ciencia en las cuestiones penitenciarias hizo que cobrara importancia la ventaja de la clasificación que no sólo incidía en evitar o reducir la contaminación criminógena sino que permitía sentar las bases para la aplicación de un correcto tratamiento. Diversos autores se abocaron a la tarea de elaborar sus propias clasificaciones penitenciarias, tomando en cuenta fundamentalmente las bases sobre tipología y etiología criminal.

Existen clasificaciones dadas por la American Prison Associations Comitee. La clasificación de Kimberg. La de Cuello Calón. La de Mariano Ruiz Funes. En México, Leopoldo Chávez y Eduardo Gutiérrez Preciat; así como Carrancá y Trujillo hicieron algunas propuestas.

Hurwitz elaboró una clasificación en atención al tratamiento. Vervaeck propuso la creación de instituciones de observación y de tratamiento adecuadas al trastorno dictaminado. Permalee simpatizaba con la libertad de asociación entre los reclusos para estimular su espíritu social y prevenir insanias, hablaba de "asociación clasificada". Israel Drapkin se pronunció por clasificaciones simplistas para que la prisión imite hasta donde sea posible las condiciones existentes en el mundo libre, que no impone tanta estrictez; aunque en lo particular nos parece un juicio poco fundado porque si alguna estrictez existe es en las clases sociales del mundo "libre". En la revisión de los criterios clasificatorios los autores sugieren o presentan posturas que van desde permitir una cierta asociación a fin de semejar una comunidad externa, hasta verdaderas clasificaciones restrictivas.

La tendencia en nuestro medio es lograr un sistema clasificatorio tomando en consideración el resultado de los estudios técnicos aplicados; el índice de peligrosidad; tender a reducir la contaminación y hacer lo necesario para favorecer el tratamiento progresivo técnico. El punto de partida hasta la actualidad de todo tratamiento, es la clasificación. Nuestro país ha sufrido diversos cambios en su estructura económica, política y social, por ello el sistema penitenciario, que no queda al margen, los ha sufrido y bajo el signo correccional y humanitario han aparecido nuevos establecimientos y numerosos proyectos, de los cuales uno de ellos culminó con la creación de la penitenciaría del Distrito Federal. En la actualidad se vive un momento de síntesis que agrupa el conocimiento etiológico del delito y el tratamiento al delincuente, factores que han propiciado la creación de establecimientos y la capacitación de personal profesionalizado.

México como país en vías de desarrollo presenta un grado de criminalidad con características específicas, las cuales son determinadas por el aumento excesivo de la población, el alto nivel de la vida, la escasez de fuentes de trabajo y el bajo nivel educativo, además de la alta incidencia de población joven que cuando cae en la conducta delictiva da lugar a criminalidad emocionalmente inmadura, dependiente y desadaptada a la dinámica social; sin olvidar que las características de progreso económico que se han pretendido en nuestro país han dado lugar a modalidades criminales entre las cuales están muy especialmente los delitos económicos y los delitos contra la salud en su modalidad de narcotráfico, logrando ilícitas y grandes inversiones a través del sistema actualmente llamado "lavado de dinero".

Las instituciones de custodia han sido creadas con la finalidad de sancionar a quienes han cometido conductas ilícitas que atentan contra la sociedad o los individuos y que se tipifican como delitos. Con el paso del tiempo se han realizado reformas a los siguientes sistemas penitenciarios, pretendiendo no sólo segregar o castigar sino proporcionar a sus alojados elementos que les permitan desempeñarse de una forma socialmente aceptable. Las razones históricas de mantener a una persona recluida en una prisión tuvieron en un principio deseos retributivos a la sociedad; más tarde frenar los impulsos antisociales y por último intentar rehabilitar al delincuente. El fin del

tratamiento es incidir en las perturbaciones biopsicosociales que presente el interno para lograr la reincorporación del autor al grupo social.

El término tratamiento ha sido incorporado a las leyes y regulaciones de la mayoría de los países y México no es la excepción, se habla actualmente de tratamiento cuyo objeto general es la readaptación, creando un sistema de influencias sobre la personalidad del interno en orden a modificar las desviaciones o elementos de patología que pueden estar presentes y de un modo particular las manifestaciones externas de la conducta.

En nuestro país constitucionalmente se dice: y esto, debe lograrse a través del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación. Se ha dicho que el ambiente carcelario debe procurarse que sea lo más semejante al ambiente en libertad, dando por supuesto, agregamos en este caso, con motivo de la presentación, que el ambiente en libertad fuera digno de ser imitado, se antoja que por lógica así debiera ser. Si se tiene, no alguna, sino la suficiente experiencia en el trabajo carcelario podemos pensar que se ha dado el caso inverso a lo dicho anteriormente, y que el mundo en libertad llega a "imitar" ciertas creaciones y logros del mundo intramuros.

La clasificación en las instituciones de reclusión se lleva a efecto en razón de que en el mundo exterior la clasificación existe, es innegable que en nuestras sociedades existen las clases sociales, y la clasificación carcelaria es la creación de clases sociales quierase o no, bajo el concepto de evitar contaminación, de propiciar el tratamiento, de ordenar operativamente la institución; el caso es que la clasificación, es una reminiscencia de la sociedad burguesa cuyo manejo por excelencia es la de la existencia de clases sociales. Preconicemos porque en ese microcosmos artificialmente creado que son las prisiones, desaparezcan las clases y el hombre recluido conviva bajo principios de diferencias individuales y no de estratificación de clases que al fin y al cabo eso es clasificar. El hombre cada vez más se rebela a ser clasificado, se rebela a vivir en distinción de clases, reclama igualdad, aceptando diferencias individuales. Clasificar, es crear clases. La clase social es la totalidad de personas que tienen una o más características comunes, unidad homogénea dentro de una población, categoría dentro de una serie, por la cual pueden ser clasificadas las personas. La clase puede o no denotar la existencia de una clase jerárquica de prestigio social. Las razas y las nacionalidades que dividen a una población no deben tomarse como clases (consideraciones sociológicas).

El establecimiento de clases habla de categorías y de prestigios, y deviene en la creación de rango que es el estatus o posición dentro de un grupo en relación con el grado de prestigio u honor o con los derechos y privilegios de que se disfrutan en comparación con el prestigio, poder, derechos y privilegios de otros miembros del mismo grupo (concepción social del término). Suficiente si deseamos evitar dentro de las prisiones prestigios, jerarquías, diferentes derechos, poder y honores entre los individuos que forman esta comunidad; esta es la esencia profunda de la oposición a la clasificación, que se pretexta en beneficio del tratamiento, pero en realidad es

reminiscencia burguesa de establecer diferencias de clases entre el hombre social. Por qué no pensar en una experiencia intramuros que podría proyectarse al exterior el día de mañana, a través de los mensajeros que reciben su liberación.

"Durante la Revolución Francesa el término burguesía adquirió significación moral y política, puesto que fue el nombre de la clase intermedia entre la nobleza y la clase trabajadora. Con el desarrollo del capitalismo moderno y la rápida desaparición de la aristocracia hereditaria, ha adquirido una importancia mucho mayor. Actualmente designa, colectivamente a todos los que, por sus intereses, están vinculados a los de los propietarios de los medios de producción... la burguesía crea rangos inferiores, medios y superiores [...]"; y por lo tanto aparecen las clases; la inferior siempre de servidores; la ociosa que "al tenor de la costumbre, puede sostener un nivel de vida muy superior, de ordinario, al nivel medio, sin tener que realizar directamente ninguna actividad útil para su sostenimiento. La base de su posición privilegiada puede ser un estatus hereditario, la renta no ganada, un capital o privilegios especiales"; y la clase media, pivote de la organización social burguesa, a la que se quiere pertenecer, o de la que se quiere ascender a la superior, escindiéndose en clase media baja y clase media alta. La clase media moderna surgió equidistante de la aristocracia terrateniente y de los campesinos libres y siervos de Europa durante el período de desintegración del sistema feudal. En la etapa subsiguiente del capitalismo se estableció una distinción entre los capitalistas más poderosos y ricos (gran burguesía) y los capitalistas más modestos (pequeña burguesía).

En la actualidad la clase media es una expresión que designa a un sector heterogéneo de la población integrado por pequeños negociantes e industriales, profesionales y otros trabajadores calificados que obtienen ingresos moderados, artesanos calificados, agricultores acomodados, "trabajadores de corbata" y empleado asalariados de los grandes establecimientos mercantiles, industriales y financieros. La unidad que poseen reside en sus formas de existencia y educación y en sus ideales de vida familiar, en sus costumbres y en sus intereses recreativos. Quiérase o no *clasificar*, es crear clases, y crear clases es escindir la convivencia humana, causar protestas, deseos ilícitos de poseer servidumbre o de optar por artificios para ascender de una clase inferior a una superior. No es sostenible que un tratamiento que desee mejores hombres parta de una *clasificación*. Las clases conceden privilegios, derechos, canonjías y honores y esto destruye la posibilidad de una "comunidad terapéutica", que en su propia denominación aspira a crear sistemas comunitarios que eviten, en lo posible el resentimiento, la agresión, el deseo de poseer con violencia y el ataque por frustración; en suma, el tratamiento técnico progresivo existe, sin embargo, se debe no obstruyéndolo con atavismos sociales que pretendan readaptar a la aceptación de la fatalidad clasificatoria intramuros y extramuros que nunca dará tranquilidad y conformidad, sino que siempre suscitará sentimientos de injusticia y de reclamo que fácilmente

resbalan, estos sentimientos, hacia las conductas parasociales o antisociales, y esto es lo que se desea evitar con el compromiso de que en este siglo XXI, no por otra cosa, simplemente por que empieza otro siglo, se debe ser diferente.

Desde una perspectiva estrictamente normativa, el artículo 18¹⁹⁴ de la Constitución, reformado en 1964-1965, indica que para la readaptación social del sentenciado se hará uso del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación. Aquí tenemos, pues, dos elementos principales del tratamiento penitenciario: trabajo y educación. A éstos se agregan, válidamente, otros más: relaciones con el exterior, sistema de disciplina y, en general, "todas las demás medidas de tratamiento compatibles con el régimen establecido en estas normas (las NM), con las circunstancias de la localidad y de los internos" (artículo 14 NM).

El trabajo penitenciario no tiene, en sí mismo, carácter punitivo o aflictivo. No se trata, pues, de una labor impuesta -trabajos forzados-, -a la manera de las primitivas condenas a laborar en las minas, en el circo- -enfrentando, como sucedió en Roma, a los sentenciados con las fieras-, en los caminos públicos o en las galeras. Se trata, en cambio, de utilizar el trabajo como una terapia, medio de rehabilitación y de preparación para la vida libre. Por esta vía el futuro liberado estará en condiciones de acceder a la libertad con razonables posibilidades de incorporarse a la fuerza de trabajo. Este requerimiento debe orientar la asignación de cada recluso a actividades laborales en el penal.

Por otra parte, la ley dispone el destino que debe darse a la percepción económica del reo por el trabajo que realice. Aquélla se divide en varios conceptos: el pago del sostenimiento del sujeto en el reclusorio que no debe gravitar sobre el Estado, es decir, sobre los contribuyentes; la satisfacción de los daños y perjuicios causados a la víctima del delito, que es un acreedor natural del reo; el sustento de los dependientes económicos del recluso; la atención de gastos personales y menores de éste en el reclusorio, y la formación de un fondo de ahorros que apoye al sentenciado cuando obtenga su libertad. Esto es lo que ordena el artículo 10 NM.

Obviamente, la educación que se imparta a los sentenciados -con la que también se pretende favorecer su readaptación no puede limitarse a ser informativa. Debe ir mucho más lejos: promover, en efecto, la resocialización de un individuo cuyos conceptos de valor han entrado en pugna, gravemente, con los que prevalecen en la comunidad de los hombres libres.

Por ello, el artículo 11 NM precisa que "la educación que se imparta a los internos no tendrá sólo carácter académico, sino también cívico, social, higiénico, artístico, físico y ético. Será, en todo caso, orientada por las técnicas de la pedagogía correctiva y quedará a cargo, preferentemente, de maestros especializados".

¹⁹⁴ Sergio García Ramírez, *El sistema penal mexicano* (México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1993). Pp. 178 y 179.

Para medir la importancia que tienen las relaciones del recluso con personas que viven en libertad es preciso recordar que se está preparando a ese sujeto para ser, él también, un hombre libre. En consecuencia, no debiera perder su comunicación con el mundo libre. Esa relación se obtiene, hasta cierto punto, con el trabajo y la educación, y se acentúa y perfecciona, hasta donde es posible, mediante el contacto directo con visitantes idóneos, que vengan a apoyar el proceso de readaptación social.

3. La Reforma Penal y el Sistema Penitenciario

Las repercusiones que las reformas a la legislación penal ha tenido en el ámbito del sistema penitenciario han sido múltiples en los últimos tiempos. Antes de entrar a analizar esas reformas, para poder conocer las orientaciones político-criminales que están detrás de cada una de ellas y ver cómo van repercutiendo en el ámbito penitenciario, conviene hacer, aunque sea brevemente, algunas reflexiones en torno a las orientaciones político criminales que en términos generales han caracterizado a nuestra legislación penal, incluyendo por supuesto la consideración de disposiciones de carácter constitucional así como de instrumentos internacionales que tienen que ver con esta materia.

La Constitución Política de 1917 establece, por un lado, lineamientos o directrices de cómo es o debe ser el Estado Mexicano; y, en efecto, de sus contenidos desprendemos que el Estado mexicano, al menos desde la perspectiva estrictamente formal, es un *Estado de Derecho* y, además, es un Estado *democrático*, entre otras características,¹⁹⁵ plasmando en ella la vigencia de ciertos principios fundamentales, que sirven para esa caracterización, como son: el principio de la división de poderes (artículo 49), el principio de reserva, el principio de legalidad, el de legitimidad basada en la "soberanía popular" (artículo 39), el principio de supremacía constitucional, así como el reconocimiento de todo un catálogo de "garantías individuales", etcétera. Pero, por otro lado, también contiene lineamientos o directrices de cómo es, o cómo debe ser, la política criminal y el sistema de justicia penal que rige, o debe regir, en el Estado mexicano, que no debe ser sino una política criminal o un sistema de justicia penal que se corresponda a las exigencias del Estado democrático de Derecho.¹⁹⁶ Por ende, puede decirse que el sistema de justicia penal de un Estado democrático de Derecho debe respetar, por una parte, la concepción que la propia Constitución encierra en torno al hombre, al hombre como persona, como fin en sí mismo, como un ser racional, libre y capaz, respecto de quien habría que reconocer una serie de características inherentes a su naturaleza humana, características que, a su vez, determinarán los contenidos conceptuales y el sentido de diversas categorías que se manejan en todo el sistema penal".

Ciertamente, existen en la Constitución diversos principios o criterios que orientan a esa política criminal y a ese sistema de justicia penal, así como a cada uno de sus sectores, entre los que se encuentra la legislación penal (sustantiva, procesal y ejecutiva). Resaltan, sobre este particular, los contenidos de los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 constitucionales, en donde podemos observar la consideración de los principios o garantías de igualdad, de legalidad,

¹⁹⁵ Véase artículos, 39,49 y 49 de La Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos., Moisés, Moreno Hernández, "El Estado de Derecho mexicano" en *Crónica legislativa*, p. 270

¹⁹⁶ Moisés Moreno Hernández, "El sistema jurídico penal mexicano" en *Aequitas, Revista jurídica del poder judicial de Sinaloa*, (Sinaloa, No. 21, 1994). Pp.3 y ss.

de seguridad jurídica, de libertad, de defensa, de audiencia, entre otros. Pero, aparte de la Constitución política, tenemos también a la legislación secundaria, así como a ciertos instrumentos internacionales, que igualmente habrá que considerar como parte de nuestro ordenamiento jurídico y de nuestro sistema de justicia penal, en los que de la misma manera se plasman criterios o directrices político criminales.

La legislación penal sustantiva o material, concretamente el Código Penal Federal vigente, data del año 1931, y en su diseño influyeron, por supuesto, diversas corrientes de pensamiento, entre las que destacan las de la llamada Escuela Clásica y de la Escuela Positivista, que en la actualidad siguen siendo materia de atención. De ellas, sin duda la que más influyó en los aspectos determinantes de nuestra legislación penal ha sido precisamente la corriente de pensamiento de la Escuela Positivista, como puede observarse de una serie de contenidos de dicha legislación penal federal, los que al ser analizados desde la perspectiva de la Constitución, así como desde la perspectiva de instrumentos internacionales que México ha suscrito, llevan a la afirmación de que se trata de contenidos que definitivamente chocan con el espíritu de la Constitución y que, por lo tanto, no se corresponden con las exigencias propias de un sistema penal de un Estado democrático de Derecho. Esos contenidos, no obstante, rigieron durante más de 60 años, sin que la doctrina penal mexicana los haya cuestionado fuertemente como para que se hubiesen modificado. La reacción y el cuestionamiento de la doctrina, así como la transformación de la legislación penal, empiezan a darse apenas a partir de fines de la década de los 70, precisamente a partir de que se emprende una revisión de su orientación político-criminal desde la perspectiva de la propia Constitución. Desde entonces empiezan a señalarse los diversos contenidos de la legislación penal sustantiva que se apartan de la ideología constitucional que, por lo tanto, requieren ser modificados.

Así sucedió, por ejemplo, con relación a los "presupuestos de la pena", en torno a los cuales el Código Penal Federal contenía una disposición que establecía que, en todo caso en que una persona se viera involucrada en un hecho penalmente relevante, debía *presumirse su intencionalidad delictuosa*, salvo prueba en contrario; pero, por otra parte, señalaba que esa "presunción de intencionalidad" no se destruía aun cuando el sujeto demostrara toda una serie de circunstancias en las que había actuado;¹⁹⁷ lo que, en definitiva, quería decir -aplicando los criterios de la doctrina y de la jurisprudencia- que, aun cuando el sujeto demostrara que no había actuado intencionalmente, de todos modos había que partir de esa presunción. De dicha disposición se derivaron, por supuesto, consecuencias importantes, que se reflejaban en otros diversos contenidos de la legislación penal, como sucedía, por ejemplo, con relación al tratamiento del *error* como causa de exclusión o de atenuación de responsabilidad.

¹⁹⁷ Véase artículo 9º del Código Penal Federal

Lo propio habría que decir, por otro lado, con relación a aquellos contenidos que tienen que ver con los criterios que debe tomar en cuenta el juzgador para la "individualización de la pena". De acuerdo con lo previsto en el texto original del artículo 52 del Código Penal Federal, uno de los criterios determinantes que hasta principios del año de 1994 estuvo vigente en esa legislación penal federal, lo era precisamente el criterio de la *peligrosidad* o temibilidad, en el sentido de que la pena que habría de imponer el juzgador tendría que estar en relación directa al "grado de peligrosidad" o de "temibilidad" del sujeto.¹⁹⁸ Se trata éste de un principio que igualmente choca con aquél que tiene vinculación estrecha con la ideología constitucional, que es el principio de culpabilidad.

Aparte de estos casos señalados, la legislación penal también establecía que en tratándose de "reincidencia", ésta debería constituir una *causa de* agravación de la pena; por lo que éste sería igualmente uno de los puntos que habría que desechar de la legislación penal, precisamente porque era contrario a principios fundamentales característicos del sistema penal de un Estado democrático de Derecho. Sin duda, podríamos todavía enumerar muchos otros contenidos de la legislación que se apartan, o se apartaban, de la ideología constitucional, algunos de los cuales, gracias a importantes y atinadas reformas que se han venido dando en los últimos tiempos, se han ido ya desechando de nuestros códigos penales.

Pero, además de lo anterior, también conviene aquí destacar, cómo las cosas que se han venido planteando en el ámbito internacional han ido igualmente repercutiendo en los contenidos de nuestra legislación penal. Por ejemplo, en la década de los 50 se inició, sobre todo en los países de Europa Occidental, un movimiento internacional motivado particularmente por todos los horrores que implicó la II Guerra Mundial en todo el sistema de justicia; movimiento que se desarrolló precisamente con la idea de "humanizar" al sistema de justicia penal y, en efecto, a partir de entonces empezaron a plantearse criterios que deberían observarse en todo el sistema de justicia penal, particularmente en el ámbito de la legislación penal, para efectos de que esa legislación, y todo ese sistema de justicia penal, se ajustara a las exigencias de estados democráticos de Derecho. Es así, como parte de ese movimiento, que fue planteándose la idea de humanizar el sistema penal en el aspecto de la ejecución penal, fue también transformando los criterios político-criminales que deben observarse específicamente en el "sistema penitenciario", como se muestra en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, que tiene como objetivo lograr la readaptación social del delincuente; y es a partir de entonces que en casi todos los países del mundo empezó a adoptarse formalmente esta "política criminal ejecutiva", gracias al impulso que le dio la propia Organización de las Naciones Unidas a través de los congresos internacionales que, sobre "readaptación social v tratamiento del delincuente", desde la década de los cincuenta

¹⁹⁸ Artículo 12 Código Penal Federal

empezaron a realizarse en distintas partes del mundo.

Es a raíz de eso que en nuestro país igualmente se adopta esta política criminal de la prevención especial a través de la readaptación social, como se precisa en el artículo 18 constitucional y en el cual se basó el origen, en el año de 1971, de la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados. En dicha ley, como en la Constitución, se establece que el objetivo fundamental que debe perseguirse con la pena de prisión, en su etapa de ejecución, es precisamente la "readaptación social del delincuente" o, en otros términos, la resocialización o la reeducación del delincuente. A partir de entonces, por tanto, se inicia en nuestro país el desarrollo de todo un movimiento importante de reforma en materia de justicia penal.

Si bien en el año de 1971 se inició una importante reforma en nuestro sistema de justicia penal, se trató realmente de una reforma parcial, de una reforma circunstancial, de una "reforma que no comprendió a todos los aspectos del sistema de justicia penal" y mucho menos obedeció a la idea de una "política criminal integral" que planteara una transformación de fondo de todo el sistema penal. Es indiscutible que detrás de esta reforma penitenciaria hubieron deseos importantes de transformar nuestro sistema de justicia penal, y detrás de todo ello destaca nada menos que el pensamiento y la aportación del doctor Sergio García Ramírez, quien en el posterior desarrollo de nuestra política criminal y de nuestro sistema de justicia penal ha jugado un papel preponderante. En México, está aún pendiente la tarea de emprender una reforma integral y de fondo de todo el sistema de justicia penal, tal como se viene planteando ya desde hace más de diez años, al menos en el plano académico, la necesidad de realizar la reforma de esa manera y con uniformidad de criterios político-criminales.

El que la reforma penitenciaria de 1971 haya sido una "reforma parcial" o "circunstancial", y no una reforma integral y de fondo, ha sido sin duda una de las causas que ha propiciado que tal reforma no haya llegado a alcanzar sus importantes objetivos; pues pasado el tiempo, a la fecha más de 30 años, se puede determinar precisamente que esa reforma penitenciaria ha fracasado grandemente, porque la "readaptación social" no se ha podido lograr, lo que cada vez se hace más difícil dadas las condiciones en que actualmente se encuentra el sistema penitenciario. De ahí, por tanto, que en los tiempos actuales se plantea -no solo en nuestro país sino en muchos otros países del mundo- la cuestión de si la política criminal de prevención especial, a través de la "readaptación social", es la política que debe seguirse aplicando o de si debe buscarse otra que resulte más funcional. Es decir, si después de haberse demostrado ampliamente, incluso -y sobre todo- en los países que cuentan con todos los recursos posibles para ello, de que la readaptación social en realidad constituye un "mito", o una "utopía", no obstante hay que seguir insistiendo en

ello.¹⁹⁹ Como se sabe, la propia Organización de las Naciones Unidas, ante esta situación del fracaso de la readaptación social, ha venido replanteando en los últimos tiempos la necesidad de reorientar las políticas criminales, y particularmente la que tiene que ver con la ejecución penal; de ahí que, ante el fracaso de los objetivos de la prisión, se viene sugiriendo ahora la búsqueda de *alternativas*, particularmente de alternativas a la pena de prisión, de las cuales se hará referencia más adelante.

En México, ha sido amplio el proceso de transformación legislativa, siguiendo en todo ello ciertos criterios que internacionalmente se vienen diseñando, bajo la idea de hacer que el sistema de justicia penal -particularmente a partir de la legislación penal- se ajuste a exigencias propias de estados democráticos de Derecho y eso es lo que podemos observar en el ámbito federal con las reformas penales de 1984 y, sobre todo, con las reformas de 1994, con las que se introdujeron criterios y principios fundamentales que se ajustan a la ideología de la Constitución y se desecharon todos aquellos que se le contraponen. Sin embargo, este movimiento no ha sido uniforme; nuestra política criminal, -y sin duda la política criminal de muchos otros países de América Latina- ha sido en los últimos tiempos una "política oscilante" o "pendular", esto es, una política -podríamos decir- "vacilante", en el sentido de que no adopta una orientación definida, sino que a veces se orienta atendiendo las exigencias o directrices de un Estado democrático de Derecho, y otras veces responde a exigencias propias de estados autoritarios o totalitarios, y esto plantearía, entre otras cosas, el analizar cuáles son los criterios político criminales que están detrás de las reformas, sobre todo de las que se han dado en los últimos años, como las de 1996, o bien las que se establecen con la iniciativa presidencial, que en diciembre de 1997 fue enviada al Congreso de la Unión.

Pues bien, ante esta situación oscilante de la política criminal mexicana, ¿cuál es en realidad la orientación que debe seguirse para todo el sistema de justicia penal mexicano y, particularmente, para lo que corresponde al ámbito penitenciario?, toda vez que el objetivo aquí es analizar cuáles han sido las repercusiones que las reformas a la legislación penal han tenido en el ámbito penitenciario. Para esto, es necesario partir de la idea de que la cuestión penitenciaria, ya sea vista ampliamente, como el subsistema penitenciario, abarcando una serie de aspectos, o bien solamente considerando lo que es la legislación penitenciaria no debe ser tratada de manera aislada, porque entonces se estará viendo el problema de manera parcial, de manera circunstancial; y aún cuando en ese ámbito se propongan algunos criterios de solución, que a juicio de los expertos puedan parecer adecuados, seguramente resultarán infuncionales si no se

¹⁹⁹ Antonio Beristáin, *Medidas Penales en Derecho Contemporáneo* (Madrid, Reus, 1974)

aborda el problema en toda su dimensión y de manera integral. Por eso, cuando se habla de la "legislación penal", hablamos de la legislación en un sentido amplio, de manera integral, como uno de los sectores importantes del sistema de justicia penal que debe estar regido por criterios político-criminales uniformes, por criterios filosóficos uniformes, para que así realmente se pueda determinar con precisión cuál es la orientación que sigue nuestro sistema de justicia penal. Y esta visión integral obedece, precisamente, a que cada uno de estos sectores tiene una muy estrecha vinculación con los otros. El Derecho penal sustantivo, por ejemplo, sin el Derecho procesal penal difícilmente se puede materializar y, por tanto, no lo podremos comprender por lo que hace a los objetivos que busca en su aplicación práctica, sobre todo porque a través del procedimiento penal es que se hacen realidad los contenidos del Derecho penal material. Y lo mismo puede afirmarse, que los contenidos del Derecho penal material tienen mucho que ver con lo que sucede en el ámbito de ejecución de sanciones, aunque éste se encuentre más vinculado con el procesal penal. En efecto, en el ámbito ejecutivo penal necesariamente tiene que observarse lo que se decida en el procedimiento penal, es decir, habrá que estar a lo que establezca la resolución judicial: si en el proceso penal se decide que todo aquél que, de alguna u otra manera, se vea involucrado en un hecho penalmente relevante, debe parar en la cárcel, entonces ahí necesariamente las repercusiones son muy claras.

Ahora bien, partiendo de esta idea, de que el problema debe ser analizado "integralmente", veamos ahora cuáles son las reformas que más vinculación tienen con las cuestiones penitenciarias. Primero habrá que señalar las reformas que se han dado en la Constitución política y luego las que se han dado en la legislación penal sustantiva.

La Constitución establece lineamientos, criterios, directrices, de cómo debe ser la política criminal y el sistema de justicia penal del Estado mexicano. Pero si bien nuestra Constitución no es todo lo clara, todo lo precisa ni todo lo amplia en cuanto al señalamiento de todas esas directrices que deben orientar a nuestro sistema de justicia penal y a nuestra política criminal, existen otros instrumentos jurídicos en los que también habrá que apoyarse para ello, como son los instrumentos internacionales que México ha suscrito en los últimos tiempos,²⁰⁰ de donde también se derivan directrices que vienen a complementar o reforzar aquellos contenidos en la Constitución. Del análisis de esos contenidos podríamos llegar, en términos generales, a la determinación de que nuestro sistema de justicia penal, formal y materialmente hablando, debe ser un sistema que se ajuste a las exigencias de un Estado democrático de Derecho; lo que quiere decir, que debe ser un sistema ampliamente respetuoso de los derechos humanos que, por ello, reconoce y establece una serie de límites precisos a la potestad punitiva que tienen los órganos

²⁰⁰ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día 20 de mayo de 1981; Convención Americana de Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de mayo de 1981.

del Estado. A partir de esos contenidos, habría que ver, entonces, si todo ello se manifiesta tanto en la legislación secundaria como en la forma de actuación de cada uno de los órganos del Estado en su respectiva intervención concreta en el sistema de justicia penal.

Ciertamente, en la Constitución Política encontramos precisados principios o criterios que garantizan el reconocimiento y respeto de los derechos humanos y que, por lo tanto, establecen límites a esa potestad punitiva. Sin embargo, el que así sea en términos generales, no quiere decir que en todos los contenidos de la propia Constitución lo sea igualmente. Esto plantea un problema que, sin duda, tiene que ver con algunas de las conclusiones a las que ha llegado el doctor Sergio García Ramírez. Él sostiene, por ejemplo, que, toda vez que en el artículo 18 de la Constitución está previsto que la readaptación social del delincuente es el objetivo fundamental que persigue la ejecución de la pena privativa de la libertad, entonces hay que cumplir con ese objetivo. El propio artículo señala como medios para lograrlo, el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación.

Sin embargo, la cuestión es si ese objetivo hay que lograrlo a toda costa. Habría que analizar, por una parte, cuáles son los orígenes de esta orientación político-criminal, que ha sido introducida en el Artículo 18 de la Constitución, para efectos de determinar si efectivamente ese contenido se conlleva con los otros de la propia Constitución, que responden a exigencias democráticas del sistema penal y, por otra, cuáles son las experiencias que en otros lugares se han tenido al aplicar sin restricciones esta política, que ha llevado precisamente a graves violaciones de derechos humanos. El propio doctor García Ramírez señala cómo en el uso de esta política de prevención especial muchos estados han caído precisamente en extremos autoritarios o totalitarios; eso plantea, entonces, la necesidad como él también lo destacó- de precisar qué es lo que habrá que entender por readaptación social y cómo habrá que lograrla, para efectos de no llegar a excesos en el ejercicio de la potestad punitiva que corresponde, sobre todo, a quien tiene la función de la ejecución penal.

Aparte de ese contenido del artículo 18 constitucional existen otros que también podrían merecer consideración, como aquéllos que la iniciativa presidencial de diciembre de 1997 trata de introducir a los artículos 16, 19 y 20 de la Constitución. Si bien estas reformas no necesariamente tienen que ver con el problema de la ejecución penal, sino más bien con la función persecutoria, que corresponde al Ministerio Público, y tratan de posibilitar un ejercicio menos limitado -o más ilimitado- de la potestad punitiva que tienen el Ministerio Público y sus órganos auxiliares, que sin duda repercutirán en la limitación de derechos de los individuos, es incuestionable que también tendrán repercusiones considerables en el ámbito penitenciario. Ciertamente, con la mencionada propuesta de reforma a los artículos 16 y 19 constitucionales, se sugiere la flexibilización de las exigencias legales para dictar una orden de aprehensión o para dictar un auto de formal prisión. Por lo que, al aprobarse dicha reforma en el sentido propuesto, -con ciertas acotaciones- ha derivado en que con mayor facilidad se dicten órdenes de aprehensión, así como autos de formal

prisión, lo que innegablemente origina que un mayor número de personas ingresen a los centros de reclusión preventiva.

Por razón de lo anterior es que habría que ver qué tanto los nuevos contenidos que se le van introduciendo a la Constitución siguen manteniendo una orientación filosófica y político-criminal coherente, que se adapte a las exigencias de lo que es, o debe ser, el sistema penal de un Estado democrático de Derecho. Dadas las constantes y variadas reformas a que en los últimos tiempos se ha sometido la Constitución, es muy probable que de pronto se pueda observar que en la Constitución existe una gran diversidad de criterios, incluso contradictorios entre sí, algunos de los cuales respondiendo quizá a exigencias democráticas y otros más a exigencias autoritarias. Podría darse el caso en que se llegara al momento en que estos últimos sean los criterios predominantes en la Constitución; pero entonces habría que preguntar si, no obstante ello, todavía es dable hablar de Estado democrático de Derecho; es decir, entonces habría que ver si esos criterios político-criminales todavía se corresponden hay ya un gran distanciamiento- con lo que la propia Constitución establece respecto del tipo de Estado que es el mexicano, al decir que éste es un "Estado democrático de Derecho". Esta cuestión de la coherencia interna de la orientación político-criminal es un punto que, para los efectos del diseño de la futura legislación penitenciaria, necesariamente habría que considerar; pero habría que ser analizado con mucho detenimiento, para que se pueda precisar cuál es realmente la orientación político-criminal que se desprende de la Constitución y que debe determinar el contenido de la legislación penitenciaria del futuro.

Pues bien, entrando ya al análisis concreto de las reformas a la legislación penal para ver cuáles son sus repercusiones en el sistema penitenciario, debe señalarse, en primer lugar, las de la Constitución Política. En el año de 1993 se modificaron los artículos 16, 19 y 20 de la Constitución, que tienen que ver con estas cuestiones.

El artículo 16 se modificó para efectos de precisar, por una parte, cuáles son los requisitos que deben observarse para que proceda una detención sin contar con una orden de autoridad judicial. La regla que prevé la Constitución es que toda detención sólo procede siempre y cuando haya de por medio una orden aprehensión librada por autoridad judicial; pero también prevé los casos de excepción, en que se puede detener a una persona sin necesidad de la orden de aprehensión, que son los casos flagrantes y urgentes. Pareciera que esto no está vinculado con la cuestión penitenciaria; pero como se concluirá, todo tiene que ver con ella, porque toda persona que sea detenida seguramente será objeto de un proceso y, en todo caso, podrá llegar a una prisión de manera preventiva o con motivo de la pena. Con la reforma de 1993, si bien por lo que hace a la flagrancia no hubo una modificación de fondo, sí se plantea en cambio la obligación para

quien realiza este tipo de detenciones, de no mantener retenida a una persona por más de 48 horas; pero, por otra, se establece un *control jurisdiccional de legalidad* de las detenciones, que obliga al juzgador a analizar, cuando se le pone a su disposición a una persona detenida, si se cumplieron o no los requisitos que la Constitución establece para la detención en casos flagrantes o en casos urgentes.

La reforma limita mayormente las posibilidades de detención sin orden de autoridad judicial, es la que se refiere al "caso urgente", porque ahí sí se establece una serie mayor de requisitos que limitan la posibilidad de que la autoridad administrativa realice este tipo de detenciones, que ahora sólo puede darse en tratándose de "delitos graves" así calificados por la ley. La idea que se tuvo cuando se diseñó esta reforma fue que la detención en estos casos fuera sumamente excepcional, porque se pensó que el número de los delitos realmente graves en el código penal sería bastante reducido. Esto dependería, por tanto, de lo que estableciera la legislación secundaria. Sin embargo, cuando vamos al Código de Procedimientos Penales, el catálogo de delitos graves resulta sumamente amplio, y pareciera que la regla es que todos los delitos son graves salvo los que no están en ese catálogo y esto, por supuesto, posibilita un gran número de detenciones alegando caso urgente; y de ahí, por tanto, que el objetivo que inicialmente se tuvo al reformar el Artículo 16 constitucional, no se logra por la reforma que se hace al Código de Procedimientos Penales, precisamente, porque no se siguió el mismo criterio que en la reforma constitucional al hacer los cambios a los códigos de procedimientos penales. Y como ustedes lo podrán ver, en los códigos de cada uno de los estados de la República, el criterio sobre este punto es muy variable: algunos tienen catálogos más amplios que el federal, mientras que otros los tienen más reducidos; pero independientemente de eso, la realidad es que el número de delitos graves es sumamente elevado.

No obstante lo anterior, podríamos decir que el problema que de ahí se puede desprender para los efectos penitenciarios no es tan grave como los que se derivan de otras reformas. En el mismo artículo 16 constitucional se establecen también como cambios, aquéllos que tienen que ver con los requisitos para una orden de aprehensión, mientras que en el artículo 19 se precisan los requisitos para el auto de formal prisión, teniendo ambos una muy estrecha vinculación. Como es sabido, antes de la reforma de 1993, la Constitución hablaba en el artículo 19 de cuerpo del delito y de probable responsabilidad. Pero dados los problemas que todo esto originaba sobre todo en la práctica, por lo que hace a la interpretación por parte de la jurisprudencia y de la doctrina para determinar qué habría que entender por "cuerpo del delito" y cuáles son sus componentes es que en 1993 se determinó adoptar una nomenclatura distinta, pero una nomenclatura distinta que -según los expertos- obedeció a los desarrollos que la doctrina más avanzada ha tenido y que, por tanto, ofreció mayor seguridad jurídica: mayor seguridad jurídica para los individuos en general, pero también mayor seguridad jurídica para quienes tienen la función de aplicar la ley, porque la

nueva expresión *elementos del tipo penal*, posee un contenido que responde más a las exigencias del "principio de legalidad" y, además, encierra menos dificultades de interpretación que las planteadas por el "cuerpo del delito"; no obstante, este concepto fue derogado con la reforma constitucional del año de 1999.

Si bien la Constitución no estableció qué debe entenderse por "elementos del tipo penal" y cuáles son esos elementos, en realidad no es función de ella el detallarlos, dejando esa tarea a la jurisprudencia y a la doctrina y, en su caso, a la legislación secundaria; y no obstante que la legislación procesal ha precisado qué debe entenderse por "elementos del tipo penal", el avance que se quiso dar en este punto en realidad no se ha logrado mayormente. En efecto, los Códigos de Procedimientos Penales, federal y distrital, establecen un catálogo amplio de los elementos del tipo penal, y entre ellos ahora ubican algunos que para nuestra doctrina y jurisprudencia tradicionales no eran problemas del "cuerpo del delito" y, por tanto, tampoco eran problemas del "tipo penal", sino de la culpabilidad, como lo son los llamados "elementos subjetivos", entre los cuales destacan el dolo y la culpa. Pero si a eso agregamos otros criterios que tradicionalmente se manejaban, como los que se derivaban de lo que establecía el artículo 9° del Código Penal Federal, de que en todo caso la "intencionalidad delictuosa" se presumía, bueno, pues esa presunción hacía que en todos los casos de intervención policiaca o del Ministerio Público bastaba simplemente la constatación de ciertos datos de carácter objetivo para presumir la intencionalidad delictuosa; entonces, ese elemento subjetivo no era en realidad demostrado, porque la carga de la prueba se dejaba al sujeto indiciado, de suerte que si él no probaba lo contrario, esa presunción se mantenía hasta la sentencia. Esa regulación permitió una serie de arbitrariedades por parte de la policía judicial y, por supuesto, por parte del Ministerio Público, y propició que con mayor facilidad se dictaran órdenes de aprehensión o autos de formal prisión, e incluso sentencias condenatorias, por la sola acreditación de ciertos elementos objetivos del llamado cuerpo del delito, ahora "tipo penal".

Con la reforma a la legislación penal de 1983/1984, en cambio, se derogó el principio de presunción de intencionalidad y en su lugar se dio entrada a un principio fundamental, que si bien no está expresamente establecido en la Constitución, sí lo está en instrumentos internacionales suscritos por México, que es el principio de presunción de inocencia; mientras que, con las reformas constitucionales de 1993 y las procesales de 1994, se estableció que corresponde al Ministerio Público demostrar la existencia de los "elementos de tipo penal" y los de la "probable responsabilidad". Por tanto, de acuerdo con estos contenidos, debía partirse de la idea -cuando un individuo se vea involucrado en un hecho penalmente relevante, sea detenido y procesado, etcétera- de que es inocente mientras el órgano del Estado no demuestre su culpabilidad. Entonces, corresponde ahora al órgano del Estado demostrar la culpabilidad del sujeto; pero, como con relación a esto entran en consideración los criterios tradicionales de nuestra doctrina y

jurisprudencia, de que la intencionalidad no era otra cosa que el dolo y de que el dolo se encuentra en la culpabilidad, entonces, al presumir la intencionalidad, lo que en realidad se presumía era la culpabilidad. Sin embargo, al cambiarse este criterio en la ley, ahora también al Ministerio Público le corresponde acreditar la intencionalidad (dolo) del sujeto. Esto trae como consecuencia que ya no tan fácilmente el Ministerio Público pueda ejercitar la acción penal y obtener una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, si no satisface los requisitos exigidos por la ley, es decir, si no acredita todos y cada uno de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad. Y esto, por supuesto, en la medida en que implica una mayor exigencia al órgano del Estado, limita la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad de ese órgano y, por tanto, limita las posibilidades de que las cárceles se llenen indebidamente y tengan innecesarios problemas de sobrepoblación.

Sin embargo es pertinente cuestionar la fenomenología referente al *incremento de los delitos*, que efectivamente se han cometido y se siguen cometiendo, con la *inseguridad pública* que ello lleva aparejada y con la impunidad, que son los principales argumentos que se utilizan en toda reforma penal. Todo ello es, sin duda, un problema que existe y que necesariamente habrá que atenderse. La cuestión es cómo, por supuesto, no se le puede atender ni se le puede resolver adecuadamente flexibilizando la forma de actuación de la policía judicial y del Ministerio Público, ni mucho menos condenando incluso a inocentes. No, de ninguna manera es esa la forma que pueda resultar compatible con el Estado democrático de Derecho. Este, según decíamos, establece mayores exigencias al órgano persecutor; por tanto, mayores exigencias para los investigadores, para quienes tienen que acreditar esos requisitos mínimos necesarios para el ejercicio de la acción penal, para obtener una orden de aprehensión, para obtener un auto de formal prisión y, finalmente, para obtener una sentencia condenatoria. Entonces, hay que dirigir la atención a otros aspectos del sistema de justicia penal para que éste sea eficiente, para que resulte realmente funcional. Desde luego, no resulta admisible que con tal de eludir la propia responsabilidad se busque un recurso fácil, pero muy endeble, de atribuirle a la propia Constitución política y a las leyes la causa de la ineficacia para combatir a la delincuencia, por las exigencias que establecen, porque precisamente lo que la Constitución y la ley hacen es señalarle límites precisos a la potestad punitiva del Estado, para que en su ejercicio no se extralimite, y garantice por tanto los derechos de los individuos.

Es dable decir que, por lo que hace a estas reformas de 1993 a los artículos 16 y 19 de la Constitución, no hay mayor repercusión en el ámbito penitenciario, al menos no una repercusión que pudiera caracterizarse como "negativa". Sí, en cambio, podría hablarse de una repercusión "positiva" en cuanto que, al establecer mayores requisitos para la orden de aprehensión y para el auto de formal prisión, respectivamente, es de esperarse que sólo sean puestos a disposición del juez a quienes realmente se les haya acreditado los requisitos mínimos para el ejercicio de la acción penal. Igualmente se espera que los jueces sólo dicten autos de formal prisión siempre y

cuando estén satisfechos los requisitos señalados por el artículo 19 constitucional, por lo que también resulta previsible que no habrá abuso de la prisión preventiva.

En donde sí podríamos observar repercusiones directas de mayor envergadura para el ámbito penitenciario, es con relación a la reforma que se ha hecho a la fracción I del artículo 20 constitucional, que tiene que ver precisamente con el problema de la prisión preventiva y con el de la libertad provisional bajo caución. El artículo 20 establece las garantías que tiene todo procesado, varias de las cuales se amplían ahora a todos los individuos que están sujetos a una averiguación previa, y por lo que hace a la "libertad provisional bajo caución" adopta un criterio diferente al que tradicionalmente había seguido hasta 1993.

Como es sabido, hasta 1993 regía el criterio de que la libertad provisional bajo caución únicamente procedía cuando la pena que estuviera señalada al delito no excediera en su término medio aritmético de 5 años; lo que hacía que solo en casos muy reducidos procediera la libertad provisional bajo caución, en virtud de que en un gran número de delitos la penalidad excedía de dicho término medio aritmético, y eso traía como consecuencia que, al analizar nuestro sistema de justicia penal, desde la perspectiva en que se han analizado diversos sistemas de justicia penal en América Latina, -a raíz sobre todo de una investigación que realizó el ILANUD en Costa Rica-, se determinó que en varios países, incluyendo a México, se ha abusado grandemente de la prisión preventiva; que hay un gran número de *presos sin condena*, es decir, de personas privadas de su libertad que no han sido todavía sentenciadas, y respecto de las cuales aún no se ha podido determinar si realmente son culpables o no y, en cambio, están ya privadas de su libertad, como si estuvieran cumpliendo lo que es parte de su pena.²⁰¹ Entonces, se ha abusado grandemente de esta medida precautoria; de ahí que en 1993, siguiendo las orientaciones de la política criminal moderna, de que cada vez se abuse menos de la prisión preventiva y en su lugar se haga uso de alternativas, se reformó el artículo 20, fracción I, de la Constitución Política, precisamente con la finalidad de reducir su uso y, en cambio, ampliar las posibilidades de uso de la libertad provisional bajo caución.

Con la nueva regulación se previó que, en principio, todo individuo que sea objeto de un proceso inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, y solo se establecía, como excepción, que no se trate de delitos en que por su gravedad la propia ley expresamente prohíba conceder este beneficio. Como se podrá observar, en el artículo 20 constitucional también se hace uso de una expresión que tiene que ver con la "gravedad del delito" que, por supuesto, no tenía por qué manejarse idénticamente a la que utiliza el artículo 16 respecto de las detenciones en "casos urgentes", que habla de delito grave así

²⁰¹ Cfr. Carranza, Zaffaroni, E.R.: y otros. *El Preso sin condena en América Latina y el Caribe*, ILANUD, (San José. Costa Rica, 1983).

calificado por la ley. Si bien "grave" y "gravedad" tienen connotaciones equivalentes, los contenidos de los artículos 16 (párrafo quinto) y 20, fracción 1, cumplen funciones diferentes en este punto, aun cuando son complementarios, pues en todo caso ambos tienen que ver con la libertad del hombre: los del primero, para limitar los casos de detención por razones de urgencia; los del segundo, para limitar el uso de la prisión preventiva, no para abusar de ella. Es decir, el criterio establecido obedecía a la idea de que sólo para ciertos casos, que por su gravedad realmente lo ameritaba, no se otorgara la libertad provisional bajo caución.

Sin duda que esa idea introducida en la fracción I del artículo 20 era una idea que respondía más a exigencias democráticas, pero que también respondía a ese gran problema penitenciario que se venía planteando desde hace ya algún tiempo; sobre todo porque observamos cómo en nuestro sistema de justicia penal las políticas que se van siguiendo por los diferentes sectores del mismo son políticas con orientaciones distintas, como obedeciendo a intereses diferentes, no obstante que los intereses deben ser comunes. Así vemos que, mientras el órgano persecutor quisiera que todo sujeto que es detenido se vaya a la cárcel y, además, se quede ahí, que no salga, el órgano ejecutor de penas, por su parte, tiene el grave problema de la sobrepoblación y, por ello, está buscando la forma de cómo poder despresurizar las cárceles. Entonces, aquí observamos que dentro del mismo sistema de justicia penal se adoptan políticas contradictorias. Por tal razón es que plantea la necesidad de la ineludible vinculación, o de la correlación o coordinación, que debe existir entre ambos sectores del sistema penal, para ver qué es lo que hay que buscar, qué es lo que realmente queremos: más gente en la cárcel, o que en la cárcel solamente estén los que realmente ameritan estar ahí. Pero todo eso implica determinar con mucha claridad cuál es el criterio político-criminal a seguir.

Pues bien, decíamos que hay un objetivo importante que se plantea en la reforma de 1993 a la fracción I del artículo 20 constitucional, que tiene precisamente que ver con la libertad del hombre. Sin embargo, cuando se lleva esta cuestión a la ley secundaria no se mantiene la idea, y así vemos que el Código de Procedimientos Penales utiliza exactamente el mismo criterio que respecto de las detenciones por casos urgentes, al establecer que para los mismos "casos graves" no procede la libertad provisional bajo caución; y de ahí, por tanto, que el catálogo de casos es sumamente amplio. Por lo que la regla sigue siendo casi igual, de que en la mayoría de los casos no procede la libertad provisional bajo caución, esto, por supuesto, implica más prisión preventiva.

No obstante esto, y precisamente por razones de los planteamientos que se van dando desde el ámbito del órgano persecutor, de que este criterio introducido en 1993 propiciaba muchas libertades provisionales bajo caución y de que eso, para los efectos que se persiguen por el "órgano acusador", resultaba sumamente contraproducente, por el hecho -según se alega- de que, por ejemplo, la criminalidad cada vez va en aumento y gran parte de esa criminalidad es atribuible precisamente a que muchos que son procesados están en libertad. Estas afirmaciones, por

supuesto, habría que analizarlas para ver qué tanto la libertad provisional implica "impunidad", o qué tanto realmente los que están gozando de libertad provisional bajo caución son los que constituyen esa causa del incremento de la delincuencia. Seguramente habrían algunas decepciones y algunas rectificaciones sobre este particular.

También se ha afirmado que la investigación de los delitos por parte del órgano persecutor se dificulta, según se argumenta, cuando la persona involucrada está en libertad, porque entonces se dificulta que pueda proporcionar mayores datos, por lo que, con tal de facilitar la investigación hay que optar porque esas personas estén preferentemente privados de su libertad. Y ante estos planteamientos y argumentos oficiales del "incremento de la criminalidad" y de la "dificultad para su investigación", se encontraron nuevamente motivos para que la fracción I del artículo 20 constitucional se reformara, y es así como se reformó una vez más en 1996.

Si bien con la reforma de 1996 todavía se mantuvo esa idea fundamental, de que sólo para los casos de mayor gravedad debía negarse la libertad provisional bajo caución, lo cierto es que a la fracción I del artículo 20 constitucional se le hicieron varios agregados, los que en definitiva vienen a desvirtuar la idea introducida en 1993, porque ahora incluso se deja casi al criterio del Ministerio Público el que se otorgue o no la libertad provisional bajo caución, al establecer que: en casos de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley, o cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias o características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o la sociedad. Es incuestionable que con esa reforma, que resulta sumamente abierta, se permite un arbitrio tan desmedido del órgano persecutor, pues se ensanchan las posibilidades de aplicación de criterios de oportunidad, que hacen a un lado el "principio de legalidad" en el manejo de la libertad provisional bajo caución. Todo esto viene, por tanto, a repercutir grandemente en el problema penitenciario, porque ahora, incluso, por hechos que no son caracterizados como graves por la ley, habrá también prisión preventiva, lo que, sin duda, agravará el problema de la sobrepoblación penitenciaria y, además, hará que los puntos de vista del órgano persecutor, por una parte, y los del órgano ejecutor, por otra, se encuentren todavía más. Es de esperarse que de ese encuentro prevalezca la idea de que en los centros de reclusión preventiva solamente estén quienes realmente ameritan estar.

Existen otros aspectos en la Constitución, que también tienen que ver con estas cuestiones penitenciarias; no obstante es pertinente considerar algunos de los aspectos de las reformas a la legislación secundaria, sobre todo por lo que hace a la legislación penal sustantiva, para ver cuáles

son sus efectos en el ámbito penitenciario. Para esto, es preciso determinar cuál es la función que tiene la legislación penal sustantiva o material en todo esto.

La legislación penal sustantiva, que se materializa fundamentalmente en los contenidos del código penal y de las leyes penales especiales, tiene, entre otras, la función de establecer, por una parte, las penas o medidas de seguridad que habrán de imponerse por la realización de un hecho delictivo y, por otra, cuáles son los presupuestos necesarios para la imposición de una pena o para la imposición de una medida de seguridad, así como los criterios para la individualización de éstas y los supuestos y condiciones en que una pena o medida de seguridad podrá ser sustituida por otra, o suspendida su ejecución, e incluso los supuestos en que no habrá necesidad de imponer pena alguna. Por tanto, todo lo que sucede en el ámbito penitenciario depende en gran medida de lo que establezcan los códigos penales. En efecto, los "presupuestos de la pena", o de la medida de seguridad, pueden ser abundantes o pueden ser reducidos, dependiendo del criterio político-criminal que la legislación penal siga. Así como de la construcción teórica que de ellos se haga, los que en definitiva repercutirán en los alcances de la potestad punitiva estatal.

Si el código penal establece muy reducidos presupuestos, es decir, pocas exigencias para que se pueda imponer una pena o una medida de seguridad, entonces esto abre las posibilidades para que muchas personas puedan ser objeto de una pena o de una medida de seguridad, sin que el órgano investigador o persecutor y el órgano judicial tengan que acreditar muchos requisitos para ello. Pero admitir un criterio como éste, sin duda que nos ubica fuera de lo que es un sistema penal de un Estado democrático de Derecho, justamente porque un sistema así, en donde los presupuestos son mínimos, se limitan ampliamente las posibilidades de defensa, el individuo casi no tiene qué alegar en su favor como para decir "yo no cometí este hecho", o "yo no soy responsable de este hecho" y, por tanto, "no se me puede imponer pena alguna". De ahí, entonces, que depende mucho de cuál es el criterio político-criminal que la legislación penal sustantiva siga, para efectos de ver cómo todo eso repercute en el ámbito de las penas y de su ejecución.

En cambio, si la legislación penal establece mayores exigencias y señala, por tanto, que sólo en la medida en que se acrediten esos requisitos puede imponerse una pena, entonces el ejercicio de la potestad punitiva (*ius puniendi*) del Estado -del Ministerio Público y del juzgador- se restringe y se limitan las posibilidades del autoritarismo, de la arbitrariedad; consecuentemente, se garantizan de mejor manera los derechos del hombre, se abren ahí las posibilidades del individuo para una mayor defensa: la persona tiene mayores posibilidades de alegar distintas circunstancias a su favor (como para decir "no cometí el delito", "no soy responsable de ese hecho", por estas y otras razones). Por supuesto que un criterio político-criminal así es el que más responde a las exigencias de un sistema penal democrático.

Ahora bien, ¿cuál de estos caminos habrá que seguir? ¿Cuál de estos criterios es el que ha seguido nuestra legislación penal y las reformas que ha experimentado en los últimos tiempos? ¿Realmente se cuenta con una legislación que se ajuste a las exigencias de un Estado de Derecho, o que se corresponde más con las de un Estado autoritario ?

Hasta 1984 existían en nuestra legislación penal sustantiva diversos contenidos que hacían que las posibilidades de defensa se limitaran y, por tanto, que las posibilidades de la persecución se ampliaran; es decir, en ella teníamos contenidos que se oponían a las exigencias de lo que es el Estado democrático de Derecho.

Con las reformas de 1984 y de 1994, en cambio, se fueron precisando esos presupuestos necesarios para la pena y para la medida de seguridad. Ciertamente, con las primeras, por ejemplo, se desechó la regulación de la presunción de intencionalidad; por lo que desde entonces existe la obligación para el órgano del Estado de demostrar la existencia de la "intencionalidad", para poder afirmar la existencia de un delito y, por tanto, para poder afirmar los presupuestos de la pena. Pero, además de eso, también se precisó en la ley lo que debemos entender por una conducta dolosa y por una conducta culposa, que antes no existía; entonces, antes se dejaba al criterio del órgano del Estado el decir, sin base legal, si en un caso concreto, había dolo o culpa. Ahora lo establece la ley con toda precisión, de tal manera que mientras el órgano del Estado no lo acredite, no podrá afirmar la existencia de ese elemento subjetivo y, por tanto, del correspondiente presupuesto de la pena. Con la reforma de 1994 se desechó el principio de peligrosidad o temibilidad y en su lugar, se introdujo el principio de culpabilidad, como criterio para la "individualización judicial de la pena".

Por otra parte, también el catálogo de las llamadas causas de exclusión del delito o circunstancias excluyentes de responsabilidad se ha visto ampliamente enriquecido en los últimos años. Como el contenido de ese catálogo, según su naturaleza, no es sino el concentrado de una serie de "recursos" con que cuenta el individuo para alegarlo frente al Estado, cuando se ve involucrado en un hecho penalmente relevante -para decir, por ejemplo, "yo no soy culpable de la comisión de este hecho, porque al momento de hacerlo me encontraba en esta circunstancia"- , entonces las posibilidades de defensa se ven incrementadas. Así, como consecuencia, por ejemplo, de haber desechado el criterio de la presunción de intencionalidad, ahora se da entrada en nuestra legislación penal a la regulación del *error* como una circunstancia que tiene como efecto la exclusión o la atenuación del delito y, por tanto, de la pena. Entonces, ahora cualquier individuo involucrado en un hecho penalmente relevante puede alegar en su favor haber actuado en situación de error, ya se trate éste de un error de tipo o de un error de prohibición, los que, a su vez, pueden ser "vencibles" o "invencibles". Ésa circunstancia necesariamente repercute en la consecuencia, pues al no afirmarse la existencia del delito, por faltar alguno de sus elementos, no se le impondrá al sujeto pena alguna y, consecuentemente, no tendrá por qué estar en prisión.

Pero la realidad nos muestra que, no obstante todos estos importantes contenidos que ahora se encuentran ampliamente precisados en nuestra legislación penal, no siempre se han hecho valer adecuadamente; de ahí que el órgano del Estado, mientras el inculpado o su defensor no lo hagan valer, en la mayoría de los casos sigue manteniendo su criterio a base de presunciones. Parece escucharse que le dicen al inculpado: "si no me acreditas lo contrario, presumo que eres culpable" y, entonces, esa forma de actuación posibilita que puedan imponerse penas aun cuando no queden debidamente acreditados los distintos presupuestos de la misma.

Existen algunos otros nuevos contenidos del código penal que tienen ese propósito de ir limitando cada vez más esa potestad punitiva del Estado; lo que implica que, de alguna manera, se ha ido adoptando -al menos en esta etapa del proceso de reforma- un criterio que trata de limitar el uso del Derecho penal y que plantea la necesidad de buscar otras alternativas. Es decir, que para la solución de los conflictos sociales, sobre todo de aquéllos que tienen que ver con la afectación de los bienes jurídicos, individuales o colectivos, no necesariamente es el Derecho penal el único medio para ello. Por eso, paralelamente con esto, en el Código penal también se ha producido, aunque no con la intensidad deseada, un proceso de descriminalización y de destipificación de ciertas conductas, por considerar que ellas no justifican la intervención penal y que pueden ser adecuadamente reguladas por alguna otra área del Derecho. Desde 1984 en adelante, varias figuras delictivas han ido saliendo del código penal que son, por supuesto las de menos gravedad, como por ejemplo: las injurias los golpes simples, el ataque peligroso. la vagancia y la mal vivencia, entre otros. El que tales conductas hayan Estado reguladas como delito por el código penal implicaba, naturalmente, la necesidad de imposición de penas y, por tanto, implicaba problemas penitenciarios. Entonces, con este proceso de descriminalización se van reduciendo esas posibilidades de hacer uso de la pena.

Sin embargo, si se compara el porcentaje que ha implicado el proceso de descriminalización con el porcentaje del proceso inverso, esto es, el de *criminalización* de nuevas conductas, o el de incrementación de las penas, es evidente que aquél se queda sumamente reducido. Es decir, el criterio para hacer menos uso de la pena se diluye, cuando vemos cómo se ha incrementado significativamente el contenido del Código penal tanto por el hecho de introducir una gran cantidad de nuevas figuras delictivas -desde 1984 a la fecha como por el de aumentar desmesuradamente la pena sobre todo la de prisión; pero eso no solo se observa en el código penal, sino también en las leyes penales especiales, que en el ámbito federal son muchas. Esto quiere decir que al ir criminalizando y penalizando nuevas conductas se van planteando nuevos problemas para el sistema penitenciario porque en casi todas esas nuevas conductas que se han criminalizado la pena que se ha señalado es la *pena de prisión* y no alguna otra alternativa.

Todo esto obedece a que, quienes tienen la función de atender los problemas sociales han partido de la idea de que, ante ciertos problemas que se dan en la realidad, la respuesta adecuada

consiste en dar origen a una nueva figura delictiva, es decir, en crear un nuevo tipo penal y, por tanto, en acudir a la pena, y no toman en consideración las consecuencias que esto trae para todo el resto del sistema de justicia penal. Es decir, el Estado, que a través de su órgano competente tiene la función de responder ante las exigencias de la sociedad que ve afectados sus intereses y exige que se adopten medidas para protegerlos, considera que la única medida adecuada para dar respuesta a esos reclamos es la "penal"; por lo que, a través de una reforma a la legislación penal, inmediatamente da origen a una nueva figura delictiva, o bien a un aumento de la pena existente, mostrando la convicción, o dando la sensación, de que con ello efectivamente "ha atendido el problema", pero en realidad el problema no ha sido atendido adecuadamente. Mas bien, con ello se han creado nuevos y mayores problemas, porque -como lo muestra la experiencia- al poco tiempo se ve que esa nueva regulación penal no ha sido funcional, no ha logrado frenar el problema que le dio origen, que es el de la delincuencia y de la inseguridad pública.

De ahí que quienes dan origen a las leyes penales, quienes crean los tipos penales y las punibilidades, que son fundamentalmente los "legisladores", no solamente deben atender lo que tiene que ver específicamente con su función -que es dar origen a leyes, crear los tipos penales, crear las punibilidades, etcétera-, sino tienen que ver el problema en su integralidad; tienen que ver el problema de la justicia penal en todos sus aspectos, para evitar que con esas nuevas regulaciones estén creando mayores problemas, porque con esta gran cantidad de nuevos delitos, ahora el problema grande no sólo lo es para el órgano persecutor, que tendrá más asuntos que investigar, sino también para el poder judicial, que ahora se atiborrará más de procesos, o para el ámbito penitenciario, que ahora tiene sus prisiones saturadas y que cada vez se verán más sobrepobladas. Por tal razón, no resulta gratuito el señalamiento de que debe haber una más estrecha vinculación entre los distintos sectores que conforman el sistema de justicia penal.

Siguiendo este criterio, habría que ver, entre otras cuestiones, qué tanto se tiene la capacidad para que nuestro sistema de justicia penal pueda regirse ampliamente por los principios que lo caractericen como un "sistema penal democrático", como son los principios de "legalidad", de "legitimidad", de "intervención mínima" o de *ultima ratio*, de "culpabilidad" o de "racionalidad de las penas", entre otros. Habría que ver, pues, cómo puede ampliarse el proceso de "descriminalización" y de "despenalización" de ciertas conductas, que puedan ser atendidas adecuadamente por otras áreas del Derecho; cómo frenar, por tanto, esa idea de que cada vez hay que ir aumentando y aumentando las penas, cuando estamos convencidos de que ese no es el camino adecuado para frenar la delincuencia. Hasta ahora, después del constante incremento, nuestras penas en el código penal llegan ya a los 50 años de prisión, y parece que a algunos no les son suficientes todavía; pero si comparamos esos 50 años con las penas que prevén otras legislaciones, nos daremos cuenta que se trata la nuestra de una pena que podríamos caracterizar como "demasiado excesiva" e "irracional". Por eso, en este punto es donde habría que insistir en

una más amplia observancia del criterio de la *racionalidad de las penas*, tanto por lo que hace a la "racionalidad" de las punibilidades que legislativamente habrá de fijarse para cada uno de los delitos, como también con relación a la "racionalidad" que habrá de observarse a la hora de la imposición concreta de la pena por parte del juzgador, para que no se prevean ni se impongan penas excesivas.

Pero todo esto tiene que ver, también, con otros problemas que la propia legislación prevé y que igualmente repercuten en el ámbito del sistema penitenciario, como es, por ejemplo, el problema de los beneficios *penitenciarios*. Habría que analizar todo este problema para determinar qué tanto los "beneficios penitenciarios" hay que mantenerlos regulados en el sentido en que están, o qué tanto hay que negarlos para ciertos delitos, como sucede ahora, que en una gran cantidad de delitos se niega el beneficio de la "condena condicional", de la "Libertad preparatoria" o de la "preliberación", etcétera. Se trata, pues, de un punto que también habrá que considerar en toda reforma legislativa para ver, por ejemplo, qué solución nos aporta en realidad la negación de un beneficio.

Otro de los importantes aspectos contenidos en el Código Penal, que también se vincula con estos problemas, es el relativo al uso de los *sustitutivos de la pena de prisión*. No obstante que existe un artículo en el Código Penal Federal, -el 24-, que establece todo un catálogo largo de distintas penas y medidas de seguridad, en realidad la casi única pena que se utiliza es la pena de prisión, que en la mayoría de los casos va acompañada de la pena de multa o de otras consideradas accesorias o secundarias. Entonces, así se trate de un delito realmente leve, siempre tiene fijada una pena de prisión, que es el criterio establecido desde el origen del código, que data del año de 1931. Pero ante la consideración de los efectos negativos de la pena de prisión, que son muchos, tanto para el sujeto que la sufre, como para la familia, para la sociedad, para el Estado mismo, y ante la no obtención de ese objetivo fundamental que señala el artículo 18 constitucional, el de la "readaptación social del delincuente", por todos esos problemas que existen precisamente en el ámbito penitenciario, se ha venido planteando, sobre todo en el plano internacional, la necesidad de buscar "alternativas a la pena de prisión", de la misma manera que hay que buscar "alternativas a la prisión preventiva".

En este sentido, atendiendo de alguna manera a esos planteamientos en el ámbito internacional, se han dado ya algunos pasos en nuestra legislación penal. Primero en el Código Penal para el Estado de Veracruz, de 1980, y luego en el Código Penal Federal, con las reformas de 1984, se adoptaron por primera vez los llamados "sustitutivos de la pena de prisión" y se introdujeron: el trabajo en favor de la comunidad, el tratamiento en libertad y la semilibertad, aparte de que la propia multa podría también fungir como un sustitutivo de la pena de prisión. Esto implicó, sin duda, un paso muy importante, porque para muchos delitos que en aquella ocasión no excedieran de tres años de prisión éstos podrían ser sustituidos por alguna de estas alternativas;

sin embargo, se observaba después de bastante tiempo, -de varios años incluso-, de vigencia de esas alternativas, que en realidad no se aplicaban, porque los propios jueces eran los primeros que no se atrevían a aplicarlas, argumentándose, entre otras cosas, que no estaban debidamente reglamentadas, por lo que no se sabía claramente en qué consistía el "trabajo en favor de la comunidad" o el lugar en donde habría que hacer dicho trabajo en favor de la comunidad. Entonces, como no estaba reglamentado, el juez decía "cómo lo impongo", o bien decía, "si le impongo al sujeto trabajo en favor de la comunidad o tratamiento en libertad, ello implica ponerlo en libertad". Pero "poner en libertad a un sujeto que ha sido sentenciado puede acarrearle responsabilidad", así que "mejor prefiero dejarlo en prisión". De ahí, entonces, que los objetivos de esta regulación sobre los "sustitutivos de la pena de prisión", planteada primero en 1980 y luego en 1984, muy poco se estaban logrando.

Con el tiempo cada vez empiezan a utilizarse un poco más estas alternativas, sin que ello implique que de manera más adecuada, porque aún sigue sin darse la reglamentación respectiva para su ejecución. A pesar de ello, con la reforma de 1994 al Código Penal Federal, las posibilidades de sustituir la pena de prisión se ampliaron. Además, habrá que destacar que con dichas reformas no sólo se prevén los sustitutivos a la pena de prisión y los casos en que la sustitución procede, que necesariamente implica que el juez, al condenar, primero impone la pena de prisión y, dependiendo del número de años, puede hacer la operación de sustituirla por alguna otra, si es que concurren los requisitos para ello; ahora señala la posibilidad de imponer directamente una pena diversa a la prisión, como es el "trabajo en favor de la comunidad" o la "multa", para un importante número de delitos, que anteriormente tenían señaladas penas leves de prisión.

Es incuestionable que todo esto tiene importantes repercusiones en el ámbito del sistema penitenciario, porque en todos esos casos en que se señala como pena el trabajo en favor de la comunidad, ya no podrá haber prisión preventiva y consecuentemente, ya no podrá plantearse el problema de si el sujeto puede o no pagar la caución para su libertad provisional. Por ello, considero que la idea de hacer uso de alternativas constituye un criterio político-criminal adecuado, tanto para hacer más funcional al Derecho penal como para ir haciendo cada vez más a un lado a la pena de prisión y dejada solamente para aquellos casos que realmente lo ameriten; y esto implica, por supuesto, precisar cuáles son esos casos y cuáles son los criterios para decir que en tal caso sí amerita la pena de prisión. De la misma manera pues, que se plantea el seguir cada vez más un proceso de descriminalización de conductas, para pasarlas a otros ámbitos del Derecho que pueden ser atendidas adecuadamente, debe igualmente propiciarse el uso de alternativas a la pena de prisión.

Un aspecto más que también tiene que ver con este problema, es el de los requisitos de procedibilidad; según esto, como es sabido, se distinguen entre "delitos perseguibles de oficio" y

"delitos perseguibles por querrela necesaria de parte ofendida". Durante mucho tiempo se mantuvo la idea de que los delitos perseguibles por querrela deberían ser excepcionales, es decir, que los delitos deben ser perseguibles, en principio, de oficio. Sin embargo, para que no necesariamente haya pena de prisión y, por tanto, prisión preventiva, en las reformas penales que se han dado a partir de 1984 se ha ido ampliando el número de delitos perseguibles por querrela, sobre todo en el ámbito de los llamados "delitos patrimoniales". Lo propio sucede en otros ámbitos, como por ejemplo en el de los "delitos fiscales", en que también se señala que se trata de delitos perseguibles por querrela de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Pero la idea de la querrela es porque la persecución de estos delitos plantea la posibilidad de encontrar soluciones alternativas, sin necesidad de llegar hasta una sentencia, o sin necesidad de la pena. El hecho de que la víctima u ofendido pueda otorgar el perdón, viene a ser una forma de solución del conflicto, en la medida en que el sujeto inculpado repare los daños y demás perjuicios. Por tanto, para todos esos delitos en los que realmente sólo se afectan intereses particulares y no tienen mayor repercusión social, resulta recomendable que dependa de ese particular la forma de solución de ese conflicto, siendo el órgano del Estado un mero promotor de esa solución. Entonces, así como la "reparación del daño" puede ser una forma adecuada de solución de un conflicto, pueden también haber otras alternativas que impliquen más efectiva satisfacción de los intereses de la sociedad que la que proporciona la pena. Precisamente el doctor Sergio García Ramírez hablaba también de la desjudicialización de ciertos casos como alternativa, es decir, que un proceso no necesariamente tiene que llegar hasta lo que propiamente es la sentencia para darle solución a los conflictos, sino que hay que buscar alternativas; pero dichas alternativas no solamente deben ser con relación a las penas, sino con relación a los propios procesos penales, a los propios procedimientos penales, para así estar realmente acordes con las ideas que tratan de hacer cada vez menos uso del Derecho penal.

En suma, es pertinente que, el problema de la delincuencia y el problema penitenciario no sean vistos de manera aislada, sino de manera integral, que abarque a todos sus aspectos, para que así pueda garantizarse que realmente podrán alcanzarse los objetivos que se plantea la justicia penal.

Habrá que precisar, por tanto, de antemano cuál es la orientación político-criminal que hay que darle a todo el sistema de justicia penal, para que sea también esa la orientación político-criminal que habrá que darle al sistema penitenciario, para procurar que no se sigan direcciones opuestas o contradictorias y que todas puedan concurrir al objetivo que se le atribuye al sistema de justicia penal.

Debe, para la futura legislación penitenciaria, partirse de bases realistas y tener, por tanto, cierta reserva frente a aquellas cuestiones que de antemano resultan utópicas, irrealizables y, consecuentemente, frente a ciertas cuestiones, habrá que ser menos ingenuos. Habría que

replantear en todo esto si el objetivo fijado en el artículo 18 de la Constitución es un objetivo que hay que buscar a toda costa, por el que hay que seguir insistiendo no obstante ser utópico, o hay que buscar alternativas más viables.

En el desarrollo de la historia de la justicia penal, si bien han habido momentos en que el hombre se ha aferrado a ciertos criterios, porque en esos momentos se está convencido de que ese es el criterio adecuado para la consecución de ciertos fines, la realidad nos llega a mostrar que esos criterios han sido errados y que siempre existe la posibilidad de reencausar ese camino. Habría, por ello, que plantearse de parte de ustedes, que son los responsables de estos aspectos importantes del sistema de justicia penal, que tiene que ver con la "readaptación social del delincuente", si en las actuales condiciones, tal como se encuentra la problemática penitenciaria, éste es realmente un objetivo viable. Pero que lo "viable" no solamente se traduzca en el hecho de que el sujeto efectivamente ya no va a delinquir, sino que con ello efectivamente se atiende al problema que ha motivado la existencia de todo el sistema de justicia penal; por que si llegara el caso, en que de pronto vemos que alguien se "readaptó socialmente", que eso no constituya el motivo para que ahora tenga que verse la forma de cómo llevar al mayor número de gente al interior una cárcel, precisamente porque la readaptación es viable.

4. Prospectiva de la Institución Penitenciaria

La política penitenciaria es parte de la política criminal, y por tal razón se trata este rubro dentro de dicho contexto, en estrecha relación con el tema de las sanciones penales y de otras formas no penales de resolución de conflictos.

El sistema de justicia penal es, precisamente, un sistema, integrado por legislación, policía, justicia y penitenciarías (podrían agregarse otros elementos, pero estos cuatro son los "básicos" o elementales en una definición clásica del sistema de justicia penal). Por esta razón es que la mayoría de los problemas del subsistema penitenciario no tienen posibilidad de solución si se abordan únicamente en su nivel; antes bien, la única manera de resolver de manera fundamental sus principales problemas es buscando la respuesta en los otros subsistemas y en el sistema global.

La prisión es la pena por antonomasia en nuestra región, sólo mitigada por la condena de ejecución condicional y por la pena de multa en los casos de criminalidad leve y de contravenciones.

O sea que la prisión es prácticamente la única pena, y son completamente inexistentes -salvo en doctrina- otro tipo de sanciones y de respuestas no penales que ya son, no obstante, de uso bastante extendido en países de otras regiones del mundo.

Es sabido que la cárcel, como institución total de carácter punitivo, genera por su naturaleza, violencia y patologías propias, que dañan a quienes la habitan, sean estos reclusos personal penitenciario. Pero a este efecto natural que ella produce, debe agregarse en la región de América Latina y el Caribe el efecto multiplicador producido por el hacinamiento y la frecuente imposibilidad de satisfacer necesidades elementales como salud, alimentación o abrigo.

Contribuye a explicar (ciertamente no a justificar) la postergación que los sistemas penitenciarios tienen en los programas de gobierno el hecho de que su clientela está compuesta, en su amplia mayoría, por personas provenientes de los sectores de menores recursos y con mayor vulnerabilidad para ser penalizadas. Pocas veces se sanciona con pena de prisión a personas de estratos sociales de mayor poder, autores de delitos que causan grave daño social. Éste es uno de los puntos débiles del funcionamiento de estos sistemas.

Como resultado de la capacidad limitada de los sistemas y de la incontenible explosión de población penitenciaria, han ido desapareciendo las prisiones convencionales en nuestros países, y se han ido transformando -salvo algunas excepciones que siempre existen- en los siguientes modelos de instituciones patológicas.²⁰²

²⁰² La Clasificación pertenece al Doctor Raúl Zaffaroni.

a) Cárcel-ghetto: instituciones que se asemejan a barrios pauperizados, callampas o villas miseria, donde los presos conviven más o menos permanentemente con personas que provienen del exterior, establecen relaciones económicas estables, zonas de especialización y, en general, un sistema de autogestión muy particular, con seguridad mínima.

b) Cárcel-campo de prisioneros: instituciones en las que sólo se proporciona contención, a costa de graves deterioros sanitarios y de seguridad personal, con altas tasas de violencia y mortalidad.

c) Cárcel-hotel: instituciones que son sostenidas financieramente por algunos presos no convencionales y cuyas condiciones dependen de la disposición de la administración.

Los tres modelos no se presentan siempre en forma pura, sino que suelen combinar, en diferente medida, elementos de estos tipos ideales.

Existe una falsa suposición respecto de la relación delito-prisión. Uno de los más poderosos argumentos para justificar el uso y el aumento de la pena de prisión ha sido decir que a más prisión corresponde menos delito. Esto ha servido a su vez para fundamentar políticas criminológicas centradas sobre la pena de prisión; No obstante se ha argumentado lo siguiente:

a) La ecuación más prisión = menos delito es falsa, o al menos no ha sido verificada. Sobre la presunta relación más prisión igual a menos delito, el indicador clásico para medir los efectos de la prisión ha sido el grado de reincidencia. Esta medición es sumamente difícil, por problemas metodológicos que por lo general invalidan los resultados de los estudios o, en el mejor de los casos, hacen totalmente imposible extender las conclusiones más allá del limitado universo al que se refieren. Hasta el momento, científicamente no se ha verificado la proposición de que la prisión reduce la reincidencia o el delito. Sobre este tema, el Consejo Nacional de Investigaciones de los Estados Unidos lo reunió a un grupo de criminólogos para determinar si la investigación criminológica disponible garantizaba las conclusiones de que los ofensores podían ser rehabilitados con éxito. Los resultados de la Comisión fueron que la mayor parte de la investigación en la materia era metodológicamente inapropiada y caracterizada por resultados débiles, inconsistentes y fragmentarios. La conclusión final fue que los estudios existentes no garantizaban un conocimiento válido sobre los posibles efectos rehabilitadores de la prisión. En la misma línea, Martinson y otros examinaron rigurosamente doscientos treinta y un investigaciones sobre programas penitenciarios realizadas durante veintidós años, y su conclusión fue que los programas estudiados no demostraban efectos, ni positivos ni negativos, sobre las tasas de reincidencia de los sancionados.²⁰³

Sin embargo, tanta investigación no ha arrojado sólo resultados inútiles. En los últimos años se ha llegado a un hallazgo muy interesante que podría denominarse "teoría de la

²⁰³ Susan Martín, B. Scherets Lee y Robin Redner, editores, *Nex Directions in the rehabilitation of Criminal Offenders*, (Washington, D.: Nacional Academy Pres., 1981).

indiferencia o de la alternatividad de las sanciones". Este hallazgo surge como producto de los resultados coincidentes de las investigaciones de varios criminólogos- en Estados Unidos y en Inglaterra. Si bien éstas -como fue el caso de las investigaciones antes referidas- no pueden llegar a demostrar la mayor eficacia de la pena de prisión por sobre las penas que no son de prisión, ni tampoco la hipótesis contraria, concluyen que cualquiera que sea la naturaleza de la sanción aplicada (prisión efectiva, *Probation*, programa con participación de la comunidad), los resultados verificables con respecto a los niveles de reincidencia son los mismos.²⁰⁴ Es decir, hasta el momento, la criminología no ha logrado probar que la pena de prisión sea más eficaz que otras para generar menores niveles de reincidencia, ni tampoco ha logrado probar que otro tipo de penas genere dicho resultado. Cualquiera que sea la sanción aplicada, estudiando sus efectos en grandes números, los resultados son similares (la naturaleza de la pena es "indiferente" o podría ser "alternativa"). Volveremos sobre esto más adelante, pues sus implicaciones para la política criminal aparecen evidentes.

b) Reducir o eliminar el delito mediante el aumento del uso de la pena de prisión, es una solución imposible. Para explicar lo anterior resumiremos un estudio realizado por la División de Justicia Penal del Estado de Colorado, Estados Unidos de América, cuyos resultados, si se sustituyen cifras, podrían ser útiles para cualquier país del mundo:

Se determinó que en 1987 había 2,300 delincuentes adultos encarcelados por orden judicial, que contaban entre todos ellos con un total de 28,750 delitos cometidos. Pero en dicho año se cometieron en el Estado un número mucho mayor de delitos; si todos estos se hubieran podido investigar con éxito y aplicar la pena de prisión al total de los delincuentes, el Estado de Colorado habría multiplicado por veinte su número de condenados a penas de prisión. Pero aunque esto hubiera sido posible, si se hubiera multiplicado por veinte la población penitenciaria ¡el presupuesto del sistema penitenciario de adultos hubiera excedido al presupuesto anual de todo el Estado.

El ejemplo simplemente quiere poner de manifiesto la real imposibilidad de detener el delito exacerbando el uso de la pena de prisión. Es necesario buscar otro tipo de soluciones.

c) Es una solución ineficiente. Lo anterior queda demostrado por la relación de costos entre la pena de prisión y el de las otras penas posibles que no son de prisión (relación 5/1 en favor de estas últimas).

Existen ejemplos irónicos y conmovedores en la literatura criminológica, que relacionan el costo de la pena de prisión con el menor costo anual de los estudios de un becario en alguna de las universidades más caras del mundo, o con el ingreso promedio de un ciudadano en libertad. Ejemplificando con el caso de Costa Rica, país en el que el preso promedio cuesta 3.749 dólares

²⁰⁴ Robert Martinson, Lipton Douglas y Judiht Wilkins, *The Effectiveness of Correccional Treatment: (A survey of Treatment Evaluation Studies*, Nueva York, Praeger Press, 1975).

anuales, y dividiendo esa suma por los meses del año, obtenemos que podríamos becar con trescientos doce dólares mensuales a muchos de quienes están encerrados y que durante su vida en libertad no sólo no pudieron estudiar, sino tampoco satisfacer sus necesidades básicas. Los estudios sobre la clase social de la población penitenciaria demuestran que los sectores más pobres constituyen la inmensa mayoría de los sancionados con prisión. Quienquiera que haya trabajado en el sistema de justicia penal, sabe también que un empleo regular y un ingreso modesto hubiera cambiado la vida de muchos clientes de ese sistema.

Si se reúnen estos argumentos con los que veíamos en el punto a) y en el b), respecto de la ineficacia de la pena de prisión, surge un razonamiento de gran importancia para los planificadores y los economistas, sobre todo para aquellos que pertenecen a sociedades en vías de desarrollo con recursos escasos: si los resultados de las diversas penas son los mismos, pero los costos no, lo aconsejable es optar por lo más eficiente, que es a su vez lo menos caro, tanto desde el punto de vista económico como desde el de sus costos sociales. Por lo tanto, hay que recurrir a la pena de prisión en la menor medida posible, utilizando todo tipo de alternativas a ella. Más aún, procurar resolver por otras vías, diversas del sistema de justicia penal, el mayor número posible de conflictos sociales.

d) Es una solución éticamente objetable. ¿Para qué reaccionar con una respuesta tan violenta como es la pena de prisión, si es posible hacerla con respuestas no violentas o de un menor grado de violencia?

La visión de futuro a corto plazo de nuestros sistemas penitenciarios es mala. Puede avizorarse que continuará el desmedido uso de la prisión con la multiplicación del hacinamiento y otras graves consecuencias relacionadas, salvo que cambiaran rápidamente las condiciones de base de la situación existente -lo que no es previsible- o que se diera una clara decisión de política criminal para revertir la situación.

Decimos que la perspectiva es mala y que puede preverse inflación carcelaria porque:

Primero, es cierto que varias figuras delictivas de la criminalidad convencional van en aumento, particularmente ciertos delitos contra la propiedad (hurtos y robos). También ha crecido el tráfico y consumo de drogas ilícitas y la penalización y uso de la prisión masiva para quienes incurrían en las figuras menores de esta categoría de delitos (adictos, en los países que penalizan el consumo; "mulas" o traficantes en menor escala -en su mayoría mujeres-; campesinos que llevan al hombro, en la montaña, los fardos de marihuana). También crece la criminalidad no convencional, particularmente económica; pero esto no tiene importancia o tiene una importancia relativa para el tema que estamos tratando, ya que, a pesar de la gravedad de estas formas de criminalidad, no es la población que incurre en ellas la que hacina las cárceles.

Segundo, está probado que la criminalidad y la penalización de los delitos convencionales contra la propiedad, aumenta en relación inversa al consumo *per capita* de la población, esto es,

aumenta esta criminalidad y su criminalización cuando el consumo *per capita* disminuye, y viceversa, disminuye, cuando el consumo *per capita* aumenta. Esto ha sido investigado con el mayor rigor en el Reino Unido, Francia, Alemania y Estados Unidos. La información de que se dispone en esta región indica que ese mismo patrón se reitera en nuestros países.

Tercero, en relación con el punto anterior, luego de la década perdida, los últimos indicadores de crecimiento económico expuestos por el Banco Interamericano de Desarrollo y la CEPAL son, al parecer, positivos en varios, países de la región. Pero el efecto de esto sobre los indicadores sociales no es inmediato. Los organismos más autorizados continúan señalando con alarma que cada vez se ensancha más, al interior de los países, la brecha del ingreso entre los sectores más altos de población -que perciben ingresos muy elevados- y los sectores más bajos, cuyo ingreso es muy reducido, con lo que aumenta la cantidad de personas que se encuentran en el nivel de pobreza. Y a mayor pobreza corresponde menor capacidad de consumo, y a menor capacidad de consumo, hemos visto que la criminología comparada comprueba que se genera mayor criminalidad y criminalización en materia de delitos convencionales contra la propiedad.

Cuarto, como es lógico, el acelerado incremento de los delitos contra la propiedad genera inquietud, alarma social y reclamo de medidas efectivas de control del delito.

Pero aquí se presentan otros fenómenos que se alimentan unos a otros y contribuyen a agravar la situación. Por una parte, frecuentemente la información que se disemina sobre la criminalidad es equivocada, está mal procesada e incurre en terrorismo informativo. Por otra parte, el explicable temor generado por los delitos que sí aumentan su frecuencia, se transfiere a otros delitos que no aumentan su frecuencia. Con ello se magnifica injustificadamente la alarma social y se crean condiciones propicias para la adopción de medidas de política criminal inapropiadas, cuyo verdadero efecto es agravar la situación.

Ampliar el horizonte más allá del solo sistema de justicia penal, es la única alternativa sensata.

En efecto, si se tiene en cuenta que el delito es sólo uno de los conflictos sociales o de las conductas socialmente indeseables, y que los límites de lo que se considera delictivo son relativos en las distintas sociedades y en el tiempo (sobre todo para ciertas categorías delictivas; otras figuras, por el contrario, expresan permanencia temporal y trascendencia cultural notables), y si se tiene también en cuenta que el sistema de justicia penal es sólo uno de los medios de resolución de tales conflictos, una forma extrema, la más radical, se advierte claramente la importancia de no limitar las respuestas sociales a las que da la justicia penal. Al contrario, habría que ser muy prudente en promover su intervención, y dar lugar en cambio a otras formas positivas, no sancionadoras o violentas, de resolución de conflictos, y reservar la intervención de la justicia penal únicamente para casos muy calificados.

Por otra parte, si lo que se desea es prevenir y reducir el delito (uno de los objetivos centrales de todo programa de política criminal), tenemos otra razón importante para mirar mucho más allá del sistema de justicia penal, ya que la acción de este sistema es exclusivamente a *posteriori* del delito.

Por eufemismo, en la jerga penal y criminológica suele llamarse "prevención" y más específicamente "prevención terciaria", "especial" o "individual", a la acción del sistema de justicia penal, pero temporalmente se trata de una acción *ex-post-facto* que, además, ha mostrado efectos muy limitados para prevenir o reducir la criminalidad.

Las acciones verdaderamente preventivas del delito son las que lo evitan o reducen su frecuencia, y que actúan antes e independientemente del sistema de justicia penal. Sistemáticamente, podemos dividir estas medidas en tres tipos, que corresponden a su vez a tres enfoques de la prevención: el social, el situacional y el basado en la comunidad.

El enfoque de prevención social coincide esencialmente con lo que tradicionalmente se ha llamado prevención primaria, y consiste en acciones dirigidas a atacar las raíces profundas del delito y la disposición de los individuos a delinquir. Estas acciones pueden ser dirigidas a la población en general o a grupos especialmente vulnerables; y básicamente consisten en fortalecer los programas de bienestar social.

El enfoque de la prevención situacional se dirige primordialmente a reducir las oportunidades del delito, partiendo de la observación de que distintas categorías de delitos y diversas modalidades de comisión ocurren con mayor frecuencia en determinadas situaciones o contextos, situaciones sobre las que es posible actuar para reducir la frecuencia delictiva.²⁰⁵

El enfoque de la prevención por medio de la comunidad toma y combina medidas de prevención propias de los dos esquemas anteriores y las lleva a la práctica en el contexto comunitario. Si se logra que verdaderamente las comunidades entren en acción, el efecto multiplicador que se obtiene es muy importante.

Los tres enfoques no son excluyentes, sino más bien complementarios. Las medidas sociales de prevención, que combaten las condiciones de base que generan el delito y que son, por tanto, las de mayor importancia, requieren de una acción consecuente y prolongada en el tiempo, y sus resultados se cosechan también en el largo plazo. Mientras tanto, la utilización de las formas más inmediatas y pragmáticas de prevención situacional del delito, contribuirían a aliviar la situación en el corto plazo. Y siempre, en todo momento, se debería trabajar en fortalecer la prevención por medio de la participación de la comunidad.

No obstante, es pertinente considerar la inclusión de los siguientes objetivos en forma prioritaria en un programa de política criminal en cualquier país de la región. Y también sugerir, a

²⁰⁵ John, Gram., *Crime Prevention Strategies in Europe and North America*, HEUNI, Helsinki, 1990, pp. 88 y ss.

un nivel más concreto, una serie de medidas de acción para alcanzarlos, algunas de ellas para ser tomadas en el nivel de la prevención anterior al delito, y otras en el nivel del sistema de justicia penal o de la prevención posterior al delito. Tales objetivos son:

1. Reducir la criminalidad violenta, tanto dolosa como culposa y los niveles de violencia de la criminalidad en general. Reducir la violencia es un objetivo importante de toda sociedad. Con el término criminalidad violenta nos referimos especialmente a los delitos de homicidio doloso, lesiones dolosas, agresión con armas, violación y otras formas de abuso sexual sin consentimiento. Nos referimos también al maltrato de niños, niñas y adolescentes, a la violencia de género y de grupos étnicos o sociales especialmente vulnerables. Estas conductas, por lo general, no están especialmente reguladas en las leyes penales de los países de la región, pero se encuentran comprendidas en los códigos penales dentro de las citadas figuras delictivas y también en otras incluidas en los capítulos de los delitos contra las personas y contra la libertad sexual.

Si la justicia penal pudiera contribuir a reducir los niveles de violencia social, sería un logro muy importante. No señalamos específicamente como objetivo reducir otras formas de violencia social -de igual o mayor importancia por el número de víctimas que genera y que podríamos resumir en el concepto de violencia estructural-, porque corresponde incluirla dentro de los objetivos de los programas de política social.

2. Reducir la frecuencia de los delitos contra la propiedad. Estos delitos, que acusan un aumento vertiginoso, generan, además de las víctimas que les son propias, un dañoso impacto social, multiplicador en materia de alarma social y de sentimiento de inseguridad.

3. Adecuar convenientemente la violencia de respuesta de la justicia penal al delito, procurando alcanzar una mayor proporcionalidad entre la entidad de las infracciones y la de las sanciones. Esto supone ampliar el margen de respuestas posibles, que actualmente están prácticamente circunscritas a la pena de prisión.

4. Reducir la selectividad de la justicia penal, tanto con respecto a las personas que son objeto de la persecución penal, como con respecto a la gama de delitos que se persiguen.

5. Limitar la acción de la justicia penal a los casos de delitos que verdaderamente ameriten esta forma drástica de enfrentarlos, promoviendo otras formas para resolver los conflictos provocados por hechos de menor entidad y, en general, para todos los casos en que las partes prefieran escoger otra forma de solución.

▪ Acciones de prevención predelictivas:

Respecto de la prevención primaria o social, haremos aquí rápida referencia a la necesidad de fortalecer al máximo los programas de educación, vivienda, salud, empleo y recreación.

No puede existir una verdadera política criminal si no existe una verdadera política social que distribuya los beneficios del desarrollo entre todos los sectores social. Salud, educación, vivienda, recreación, son objetivos valiosos en sí mismos, que deben integrar el núcleo central de

la política del Estado. Como resultado colateral, promueven también la prevención primaria de algunos delitos; es el caso de aquéllos cuya frecuencia aumenta en relación inversa al consumo. También reducen la penalización diferencial que recae sobre sectores sociales especialmente vulnerables.

Como solución de corto plazo, pueden fortalecerse también las medidas de prevención situacional, pero cuidando de no exacerbar su uso ni hacer de ellas el centro exclusivo de la política criminológica predelictiva, ya que cuando ello ocurre esta forma de prevención genera también distancia social, desconfianza y otros efectos socialmente negativos. Este tipo de efectos puede reducirse promoviendo una adecuada participación de la comunidad en la programación y desarrollo de las actividades de prevención.

En concordancia con lo anterior, es conveniente que las comunidades y la policía participen conjuntamente en la programación y desarrollo de las actividades de prevención. Si se considera necesario fortalecer los cuerpos policiales, convendría que los que se fortalezcan sean precisamente los cuerpos municipales.

- Acciones a nivel del sistema de justicia penal (prevención posdelictiva):

I. Introducir mecanismos concretos para evitar el ingreso al sistema de justicia penal (despenalizar) o para desviar o sacar de éste (diversificar) las infracciones que no ameritan esta forma drástica de intervención y que, en cambio, lo atosigan de trabajo superficial haciéndolo burocrático e ineficiente. Se le otorgaría así al sistema un verdadero carácter excepcional y subsidiario en la resolución de conflictos sociales.

Para lograr esto habría que sacar del ámbito de la justicia penal todos los conflictos que sean "reparables", y confiarle sólo aquellos que, objetiva y subjetivamente, no admiten reparación. Binder expresa en forma muy clara y sistemática el criterio que podría orientar los pasos que hay que dar en esta dirección: las afectaciones a los bienes jurídicos -de las que se ocupa el proceso penal- pueden ser reparables o irreparables, tanto objetiva como subjetivamente. De las afectaciones reparables en estos dos aspectos, bien podría dejar de ocuparse el proceso penal (y el principio de subsidiariedad de la acción penal es un buen camino para ello). Lo reparable objetivamente, pero irreparable subjetiva mente (porque el titular del bien jurídico no acepta o no desea la reparación) también podría ser dejado de lado por el proceso penal, sobre la base del principio de mínima intervención o economía del poder penal. Respecto de lo irreparable objetivamente, pero reparable subjetivamente -porque las víctimas aceptan y prefieren la reparación al castigo-, es más discutible, pero se podría aceptar el retiro del proceso penal. Quedaría, en consecuencia, el programa mínimo de lo irreparable tanto objetiva como subjetivamente, como ámbito propio del proceso penal.

De acuerdo con lo que venimos diciendo, cabe aquí señalar la interesante experiencia que en este momento se lleva a cabo en Colombia con la vigencia de la Ley 23, que despenaliza determinados delitos e introduce para su resolución el mecanismo de conciliación entre las partes.

En el informe sobre descriminalización, del Comité Europeo sobre Problemas de la Criminalidad, se detallan posibilidades prácticas en el campo de la descriminalización, referidas a los distintos tipos de delitos. Valdría la pena tenerlas en cuenta al trabajar este tema en nuestro medio, ya que se plantean problemas de mucha similitud, con sus posibles soluciones.

2. Entrando a considerar el ya mucho más reducido número de hechos que, luego del tamiz anterior, quedarían para resolver por la justicia penal, habría que legislar sobre múltiples sanciones penales alternativas, que permitan a los jueces un amplio margen de respuestas frente a la diversidad de delitos y frente a la diversa gravedad de éstos. Al presente, salvo el caso de la aplicación de la multa en infracciones de magnitud leve, la única sanción prevista es la pena de prisión, y la única posibilidad de individualización de la pena consiste en castigar con más o menos tiempo esta única pena. La prisión debería reservarse solamente para los casos de criminalidad grave.

3. En la escala de severidad de las penas, reservar la severidad de la sanción para la criminalidad violenta. Dentro de los delitos contra la vida, sexuales y contra la propiedad -que son las tres categorías de delincuencia ordinaria que generan mayor inquietud-, graduar las penalidades otorgando primordial importancia a la existencia o no de violencia en la comisión del delito y al mayor o menor grado de ésta.

Habría que estudiar con detenimiento si cabe modificar la legislación para agravar las penas de los delitos violentos. No obstante, en principio esto no es necesario ni indispensable, ya que los actuales márgenes de sanciones permiten a los jueces graduarlas, llevando a la práctica este criterio de política penológica.

4. Ser indulgente, por el contrario, con los delitos no violentos cometidos por los sectores de población más vulnerables, en situación objetiva de pobreza. La pobreza extrema es una situación objetiva de Estado de necesidad. Muchas personas necesitan un trabajo, no una pena.

5. Darle a la víctima un papel activo en el proceso. El nuevo Código Procesal Penal de Guatemala y el proyecto que tiene a su consideración en este momento el Congreso del Ecuador, están orientados en esta línea. Se ve también el avance que se ha dado en Colombia, con el dictado de la reciente Ley 23.

6. Continuar elevando el nivel del sistema de justicia penal en forma integral, guardando el equilibrio necesario de sus componentes. En esta tarea, es fundamental actualizar profesionalmente en forma periódica a los funcionarios de los niveles policial, judicial y penitenciario, en equipos interdisciplinarios e interinstitucionales. La capacitación debe ir dirigida

también a garantizar su calidad humana respetuosa de los derechos fundamentales de la población, en su tarea de prevención, investigación, resolución de los conflictos y sanción del delito, orientada a reducir la violencia, y no a multiplicarla.

7. Trabajar concertadamente con los medios de comunicación para una correcta difusión de la información sobre la criminalidad y la política criminal que se proyecta.

Desde el origen de la pena de prisión se procuró educar, reeducar y rehabilitar al preso con diversas técnicas, si bien todas ellas tuvieron en común que se trataba -como es obvio- de transformar a los hombres y mujeres que estaban privados de libertad.

En el siglo XX, con el creciente desarrollo de las ciencias sociales, y sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, renace con más fuerza este criterio con la denominada "ideología del tratamiento".

No se desarrollan aquí los sólidos argumentos científicos de médicos, psicólogos, trabajadores sociales, criminólogos, sociólogos, que comprobaron y explicaron la imposibilidad de la tarea de socializar o educar para la libertad, en el encierro.

Sólo se recuerda que en algunos países, como Canadá y Estados Unidos, a partir de la década de los sesenta se designaron comisiones gubernamentales de investigación y asesoramiento sobre el tema, las cuales invalidaron también en sus dictámenes la "ideología del tratamiento". Con esto, dicha teoría, ya al comienzo de los años setenta, perdió terreno y entró en crisis. La Comisión Canadiense de Reforma de la Ley fue clarísima en su Informe sobre la pena de prisión y la libertad, al cuestionar el argumento de la rehabilitación como una justificación para seguir enviando condenados a la cárcel, y recomendó restringir el uso de ésta. Recomendó también procurar que los ambientes penitenciarios sean, en todo lo posible, similares a la comunidad, y que el trato que se dé a los ofensores tienda a inducirlos a asumir responsabilidad por sus acciones.

Ahora bien, establecida la falacia de la ideología del tratamiento, subsiste sin embargo una pregunta importante: ¿qué hacer con el ahora más reducido número de presos que permanecerán en el sistema penitenciario? (se dice "más reducido número de presos", partiendo del supuesto de que se apliquen exitosamente los criterios de política criminal señalados precedentemente).

La pena de prisión, como su nombre lo indica, implica privación de libertad, no otro tipo de mortificaciones, penas crueles, inhumanas o degradantes, como el hacinamiento, la falta de higiene, la violencia y otras, que son frecuentes en las cárceles. Si se reduce el número de presos y se cuenta, en consecuencia, con mayor capacidad edilicia y mayores recursos humanos y materiales, se estará en mucho mejores condiciones para no desnaturalizar la pena de prisión y para evitar este tipo de violaciones a los derechos Humanos.

Sin recurrir a la "ideología del tratamiento", se procurará ahora, sencillamente, asegurar la privación de libertad de quienes han sido sentenciados a esta pena, y facilitarles el empleo de su

tiempo en actividades laborales y educacionales. Por medio de ellas podrán adquirir, si lo desean, capacitación en todos los órdenes, a fin de reducir las condiciones de vulnerabilidad que los han hecho caer en la cárcel, y promover su más exitosa inserción futura en la vida en libertad.

Esto es lo que podríamos denominar un modelo penitenciario "de brindar oportunidades".²⁰⁶ En la actualidad se plantea la necesidad de una política criminológica más apropiada a las exigencias del Estado de Derecho -de un Estado social y democrático de Derecho-, que sea ampliamente respetuoso de los derechos humanos; lo cual implica un análisis integral del sistema de justicia penal.

En este marco conceptual, el penitenciarismo mexicano debe replantearse, con base en los antecedentes y en el panorama que en la actualidad presenta, los desafíos que enfrenta y las propuestas para reformarlo.

A partir de 1995 el sistema penitenciario nacional estaba integrado por 438 centros que contaban en conjunto con 91 mil 442 espacios, mientras que la población penitenciaria era de 93 mil 574 internos. Esto indica que la sobrepoblación carcelaria era de mil 132 cautivos, equivalente al 2.33% respecto a la capacidad instalada.

Acciones como la implantación del Primer Programa Nacional de Prevención y Readaptación Social 1995-2000; la creación de las delegaciones regionales; las brigadas interdisciplinarias; el fortalecimiento de la Coordinación de Adecuación de Penas, y el Programa Rezago Cero, todas de la entonces Dirección General de Prevención y Readaptación Social que dependía de la Secretaría de Gobernación del Poder Ejecutivo Federal, permitieron un relativo equilibrio entre la capacidad instalada de las prisiones y la población cautiva.

En 1999 el Distrito Federal, Baja California, Nayarit, Chiapas, Colima, Tabasco, Tamaulipas y Sonora, eran las entidades con mayor sobre población en sus instalaciones de reclusión.

En cambio, Morelos, Campeche, Aguascalientes, Zacatecas, Tlaxcala, San Luis Potosí y Querétaro eran los estados que aún contaban en sus centros con capacidad de internamiento, con un total de 3 mil 232 espacios, los cuales, sin embargo, eran poco significativos porque apenas cubrían la sobrepoblación de Chiapas y Colima.

Al finalizar octubre de 2002 la población penitenciaria fue de 177 mil 220 internos,²⁰⁷ albergados en 448 centros; la sobrepoblación carcelaria era equivalente al 26.7% respecto a la capacidad instalada que para ese mes era de 139 mil 840 espacios.

Al cabo de ochenta meses (1995-octubre 2002) la situación del sistema penitenciario mexicano era la siguiente: diez centros de reclusión más fueron construidos, que representan el

²⁰⁶ Elías Carranza, "Presente y futuro de la política penitenciaria en Latinoamérica y el caribe" en *la experiencia del penitenciarismo contemporáneo. Aportes y Expectativas* (México, D.F., Comisión Nacional de derechos Humanos, 1995). Pp. 116 ss.

²⁰⁷ Cabe mencionar que el 95.5% de los internos eran del sexo masculino

2.3% de crecimiento; 48 mil 398 espacios se agregaron a la capacidad instalada, equivalente al 52.9% de aumento. Sin embargo, la población penitenciaria se elevó en 89.4% y la sobrepoblación creció en poco más de 1900% respecto a 1995.

En cuanto a la situación jurídica de los internos, 102 mil 837 estaban sentenciados y 74 mil 383 procesados.

Si se toma en cuenta el XII Censo de Población y Vivienda, en el cual se puntualiza que del total de la población nacional el 51 % son mujeres, confirmamos la mayoría femenina, pero a pesar de ello la población reclusa es sólo de 4.5%. Este porcentaje es la mitad del reportado en los países que integran la Unión Europea, por lo que se puede concluir que las mexicanas son menos proclives a delinquir, a pesar de reconocer también que el 70% de los habitantes que viven en extrema pobreza en México son mujeres.

La capacidad instalada hasta octubre de 2002 era de 139 mil 840 espacios, por lo tanto existe una sobrepoblación que alcanza los 37 mil 380 internos adicionales, que representan 26.7% del total.

Una vez que de manera general se ha descrito la situación actual del sistema penitenciario en la República, se puede resumir que éste enfrenta serios desafíos; en particular, la magnitud del problema y la falta de respuestas adecuadas del gobierno para atacarlo exitosamente, se están convirtiendo en un asunto que rebasa los límites de la seguridad pública y alcanza el espacio reservado a la seguridad nacional.

Ciertamente, el artículo 18 de la Constitución señala que el objetivo de la pena de prisión es la readaptación social de los sentenciados con base en el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación; pero la sobre población existente en el sistema lo que propicia son intentos de fugas, motines, riñas, homicidios, suicidios, huelgas de hambre, autogobiernos, tráfico de drogas y de armas, etcétera. No es fácil, entonces, proponer una o varias medidas que permitan enfrentar este explosivo asunto.

Algunos pensarán que con la construcción de más centros de readaptación social se resolverá el problema; otros propondrán, ante la falta de recursos públicos para la edificación de más instalaciones, concesionar a particulares la construcción y administración de los reclusorios, hasta que recuperen su inversión; habrá quienes sugieran construir estos Ceresos en las islas con que cuenta la nación; otros recordarán que es bueno permitir la inversión extranjera en la construcción de prisiones mexicanas.

Para comprender la problemática penitenciaria actual, se deben considerar entre otros factores fundamentales la ya citada sobrepoblación de los centros carcelarios, la lenta respuesta de las autoridades judiciales, del Ministerio Público y de los defensores, tanto los particulares como los de oficio, para la resolución de los procesos, el endurecimiento de las leyes penales, las restricciones para obtener la libertad bajo fianza, los limitados beneficios de libertad anticipada, la

carencia y obligatoriedad de las fianzas de interés social, la improvisación del personal penitenciario y la poca confianza de los patrones para contratar reos liberados en sus empresas.

El hacinamiento disminuye sensiblemente los índices de eficiencia de los programas de readaptación para alejar a los internos de la delincuencia y de los estupefacientes, afecta la convivencia penitenciaria y agudiza la presencia de dos fenómenos: el primero, relacionado con el aumento de hechos violentos en las prisiones; el segundo, con la corrupción de los servidores públicos quienes entran en contubernio con los cotos de poder para el control del tráfico y consumo de sustancias tóxicas, la venta de privilegios, el autogobierno y la introducción de armamento a los penales.

Juan Pablo de Tavira (1995) escribió:

[...] sin objetar el loable sentido teórico de este concepto vertido en nuestra Carta Magna, hoy por hoy, no se puede negar que, en los hechos, tanto el concepto de readaptación social, como la hipotética tradición humanista del penitenciarismo mexicano está en crisis [...]

Finalmente, la realidad del sistema penitenciario mexicano se ha deteriorado tanto que le resulta difícil hacer frente a las críticas que organismos internacionales y nacionales le han formulado, como la Comisión Interamericana de derechos Humanos y la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH). El primero señalando que en todo el sistema penitenciario del país se atenta contra los derechos fundamentales de los internos, y el segundo ha emitido una recomendación inusual para todas las prisiones del país con el propósito de que el Sistema Penitenciario Mexicano deje de ser un caos inmerso en la subcultura de la violencia, la drogadicción, la prostitución, los privilegios y el hacinamiento (Soberanes, 2002).

Adicionalmente, la CNDH ha creado la cuarta visitaduría encargada de promover libertades anticipadas para los sentenciados federales, y en caso de que sus gestiones no prosperen ante las autoridades administrativas de la Secretaría de Seguridad Pública, emite recomendaciones, ciertamente de carácter moral y ético, pero cuyos efectos son la liberación de los sentenciados, lo cual conculca atribuciones reservadas, hasta ahora, conforme a la Ley de Normas Mínimas, el Código Penal Federal y la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, a las autoridades de readaptación social.

CAPÍTULO CUARTO MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

1. Delimitación Doctrinal

La evolución del pensamiento penal en relación a la pena privativa de libertad como instrumento de reacción frente al delito, ha conducido a la formulación en la actualidad de varias reflexiones. Ante todo y en primer lugar, que la pena privativa de libertad debe limitar su ámbito de aplicación a aquellos casos en los que es estrictamente necesaria, al objeto de mantener esta pena como medio de lucha frente al delito, evitando los perjuicios e inconvenientes que la ejecución de la pena privativa de libertad comporta. En segundo lugar, que la pena privativa de libertad debe cumplir una función resocializadora, exigencia ésta que ha alcanzado en nuestro país rango constitucional. En tercer lugar, se observa que una y otra reflexión se producen en el marco de un Derecho penal, inspirado en la exigencia de que sea el último recurso al que el Estado acude para reaccionar frente a las acciones atentatorias contra los bienes jurídicos.

Todas estas ideas no han dejado, a su vez, de experimentar movimientos de signo antitético y frecuentes consideraciones críticas. Así, la ampliación del Derecho Penal ha llevado a la frecuente previsión de penas privativas de libertad, y la propia idea de resocialización ha sido ampliamente cuestionada. Sin perjuicio de todo ello, parece claro que el trabajar para un mejor Derecho Penal, aconseja la conveniencia de pasar del plano de la reflexión sobre los principios, a plantear y ofrecer vías y soluciones concretas dentro de las líneas que, según es sabido, definen la evolución de la ciencia jurídico penal.

La pena privativa de libertad requiere con toda urgencia una humanización y el hallazgo de alternativas que hagan posible una correcta limitación de aquella pena. como alternativas a la prisión, se ofrecen medidas tales como el arresto de fin de semana, la pena de multa en una nueva configuración, la sustitución de la pena, el servicio comunitario y el trabajo de utilidad social. A su vez, los sistemas de *probation* en los que se produce la suspensión del fallo o de la pena, representan unas medidas cuya significación para realidad penal, es de una evidente importancia y trascendencia.

Investigar toda esta realidad obliga, ante todo a ofrecer la imagen actual de los planteamientos y soluciones en los países europeos como son: Francia, Italia, Alemania y el Reino Unido que presentan una comunidad de caminos y soluciones, en un plano iuscomparativo, cuyo conocimiento, es un presupuesto obligado. Por otro lado, ya dentro del sistema penal español, una investigación sobre las alternativas a la prisión, obliga a examinar diversidad de planos.

El presente estudio se centra en el análisis y valoración de las medidas alternativas a la prisión, desde la perspectiva de la reinserción social de los sujetos sometidos a las sanciones penales. En la historia más reciente del Derecho penal, en efecto, el principio de la resocialización -incluso consagrado a nivel constitucional como *readaptación social*- ha sido en gran medida el que ha orientado los movimientos de reforma, buscando las fórmulas legislativas que mejor pudieran propiciar la efectividad de aquél. Superados los planteamientos absolutos de la pena entendida como mero castigo y al abrirse paso la constatación de la necesidad de que las reacciones penales se orientaran hacia unas finalidades sociales, se entra en una fase en la cual se produce una estrecha vinculación entre configuración del Estado y concepción de la pena.²⁰⁸ En el momento actual, desde la perspectiva del Estado social y democrático de Derecho, no basta sin embargo con enfatizar el principio resocializador, sino que se exige una revisión a fondo de los recursos de los que dispone el Derecho penal, analizando no sólo su idoneidad teórica para dar cumplimiento a aquél, sino también las posibilidades reales y los condicionamientos prácticos que su aplicación entraña. Se trata, por consiguiente, de valorar todas las dimensiones que contribuyen a aproximar las sanciones penales a su función propia de cara al individuo y a la sociedad, evitando que se lleguen a producir efectos contrarios a los propugnados a nivel de principios por un desajuste entre planteamientos teóricos y realidades prácticas.

Es pertinente abordar el abordar el tema de las medidas alternativas a la prisión a partir de la crisis de esta última. No obstante, conviene no detenerse en los aspectos más llamativos de dicha crisis, centrados en un problema de adecuación de fines y medios, para profundizar en las mutaciones que la estrategia del control social viene experimentando en las sociedades modernas.²⁰⁹ Porque hablar de crisis de la prisión no supone necesariamente que exista un acuerdo unánime, es decir, universal y desideologizado, acerca de las respuestas a dar. Por el contrario, hay que hacer frente ante todo a un peligro real de regresión a las grandes instituciones carcelarias y a la pena privativa de libertad, intimidadora y neutralizante por el mayor tiempo posible, tomando conciencia, por una parte, de que el aumento de la criminalidad y su prevención constituyen hoy un problema clave de la colectividad y, por otra, emprendiendo una política criminal, programada y racional, que desde ahora mismo comience a remover algunas de las causas más directas de la criminalidad y de prioridad a una revisión de los instrumentos penales.²¹⁰ La institución carcelaria apareció en un momento históricamente determinado -segunda mitad del siglo XVIII- como un instrumento que, por una parte, se insertaba en un proceso de humanización de las penas, sustituyendo los castigos corporales, y que, por otra, se adecuaba a

²⁰⁸ Juan Bustos Ramírez y H Hormazabal Malarée, *Pena y Estado*, PRS, Número 13, pp. 97 y ss.

²⁰⁹ G. P. Nascetti, *Decentramento, governo locale e controllo sociale Della devianza*, Bologna, pp. 11 ss.

²¹⁰ F. Mantovani, "Pene a misure alternative nel sistema vigente" en *Atti del Covegno* (1977). Pp. 17.

los cambios del proceso productivo, incorporando las ideas de la disciplina y la igualdad formal.²¹¹ En la actualidad se vive, por el contrario, una situación marcada por la exigencia de reducir el área de aplicación de la pena de prisión, que se fundamenta en un complejo de motivaciones. En primer lugar, una acentuación de la fase de criminalización primaria que, no siempre de manera racional, crea una verdadera inflación penal e impulsa a un uso económico de la pena en general y de la privativa de libertad en particular.²¹² En segundo lugar, un incremento de la criminalización secundaria, que eleva progresivamente los índices de delincuencia, de población carcelaria y de reincidencia, frente a los cuales la prisión no tiene respuestas satisfactorias. En tercer lugar, la reconsideración crítica acerca de las posibilidades reales de llevar a cabo un proceso de resocialización a través de la institución carcelaria.²¹³

Las respuestas a tal estado de cosas no han dejado de ser diversas. Así, mientras existía una creencia en las posibilidades ilimitadas del Estado del bienestar, surgían planteamientos que incidían en una línea abolicionista y en la confianza en transformar de raíz el contenido de las reacciones penales, que podrían irse desprendiendo cada vez más de sus aspectos aflictivos y represivos a medida que una mejor atención progresiva de las necesidades sociales fuera reduciendo los márgenes de marginalización. Pero tales perspectivas, si bien contribuyeron a profundizar en los enfoques críticos del Derecho penal y en la apertura de alternativas, contrastaban con una realidad que difícilmente asimilaba los cambios propuestos. A estas contradicciones se vino a sumar una nueva crisis del Estado social, que se concreta a través de la crisis del Estado fiscal, del Estado de servicios y del Estado asistencial²¹⁴ y que determina un replanteamiento de las estrategias del control social.

Los antecedentes expuestos han de servir, pues, para enfocar debidamente el marco dentro del cual se han de situar las propuestas de un sistema sancionatorio diferenciado en el momento presente. En este sentido, los nuevos argumentos que avalan la reducción del ámbito de la prisión pueden sintetizarse -siguiendo a Mantovani-, en la consideración de que este tipo de sanción:²¹⁵ a) no siempre resulta necesario para el fin de la prevención general, dadas las amplias posibilidades creativas de otros instrumentos sancionatorios de que dispone el Estado moderno; b) presenta contraindicaciones a los fines de la prevención especial y de la resocialización, siendo asimismo demasiado traumática y estigmatizante para el sujeto y su familia y demasiado costosa para la colectividad; c) ha sufrido, de hecho, una grave erosión de sus funciones de prevención general y especial por efecto del grave fenómeno de hipertrofia de la legislación penal y de inflación de la misma pena privativa de libertad. Fenómeno éste que ha sofocado el Derecho y el

²¹¹ Alejandro Baratta, *Criminología crítica e política penale alternativa* (QC, 1977) Pp. 347.

²¹² F. Bricola, *Teoria general del reato* (Torino, NDI XIX, 1977). P. 374.

²¹³ Roberto Bergalli, *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?* (Madrid, 1976). P. 25.

²¹⁴ Nascetti, op. cit., p. 19

²¹⁵ Martín Doñate, *La Probation como alternativa a la pena privativa de libertad*, 1984. Pp. 70, ss.

proceso penal, poniendo en crisis los dos postulados de la función intimidadora de la pena (la seguridad y la prontitud de su aplicación) y ha aumentado la población carcelaria hasta el punto de provocar la imposibilidad de cualquier eficaz tratamiento penitenciario resocializador, la insoportabilidad de los costes económicos de la gestión carcelaria, la ingobernabilidad de la cárcel.

Por todo ello, las coordenadas de un proceso de racionalización del sistema penal, que no obvie las deficiencias a las que el Estado actual se enfrenta, pasan por: la desinstitucionalización del control social, en el que la respuesta institucional segregativa reduzca progresivamente su papel preponderante; y la socialización, territorialización de dicho control, potenciando las posibilidades de la sociedad, y de sus diversas formas de articulación institucional, de incidir de una forma alternativa en la resolución de los conflictos sociales que se hallan en la base de un elevado porcentaje de hechos delictivos.²¹⁶

Más allá, por consiguiente, de la polémica entre abolicionismo y reformismo con respecto a la institución se trata de situar la función de la pena de prisión en el sistema penal. Por el valor que la libertad personal tiene para el ciudadano y el rango que le confieren los textos constitucionales, su privación ha de contemplarse como *extrema ratio*, que sólo se justificaría frente a los delitos que comporten una “significativa” lesión de un valor constitucionalmente relevante. Únicamente, pues, frente a los delitos que aparecen para la colectividad como un grave atentado a la convivencia surgen los mayores obstáculos para la renuncia a la prisión, como instrumento para afirmar la prevención general y especial que en tales casos ha de quedar asegurada. Esta necesidad resulta hoy en día difícilmente eludible, debiendo ser contrarrestada, en cambio, por un planteamiento distinto en lo que concierne al resto de las infracciones penales. Se abre entonces la posibilidad, e incluso cabría decir la exigencia, de reconsiderar la función de las penas de prisión de breve y mediana duración, previstas precisamente para delitos cuyo desvalor social no demanda ya el recurso a una reacción tan extrema.

En la eliminación de las penas cortas de privación de libertad vienen a coincidir, por lo demás, tanto los que parten del convencimiento de la inidoneidad absoluta de la cárcel para desarrollar una función resocializadora, por lo que ven en dicha eliminación un primer paso en la vía de la gradual prisión, como los que consideran que el control social puede igualmente ejercerse con técnicas más refinadas proporcionadas por medidas alternativas. En una posición intermedia se sitúan, a su vez, quienes estiman que para que la prisión pueda ser ejecutada en una perspectiva resocializadora requiere de un cierto tiempo que no se alcanza con las penas cortas, por lo que éstas tendrían una valoración criminológica negativa.²¹⁷

²¹⁶ Nascetti, op. cit., pp. 20 ss.

²¹⁷ Bricola, op. cit, pp. 364 ss.

Pero con estos planteamientos no se abarca la totalidad de la problemática de la renuncia a la prisión, quedando el sector de la mediana delincuencia frente al cual procede la introducción de criterios flexibles que permitan adoptar otro tipo de sanciones o de medidas de mayor efectividad preventivo-especial, sin que las exigencias de prevención general resulten mermadas.

Así pues, un sistema de sanciones que dé respuesta a las cuestiones expuestas debe contemplar, por una parte, la reducción de la pena privativa de libertad a los casos de estricta necesidad, en cuanto es posible recabar un amplio consenso sobre la idea de que aquélla, aún siendo irrenunciable, ha de contenerse en los límites impuestos por la exigencia de la defensa de la sociedad y por otra, la incorporación de un amplio y flexible elenco de medidas alternativas, que constituyan variantes de la misma privación de la libertad.

Evidentemente, esta diversificación de las sanciones penales quedaría muy limitada en su efectividad si no se afronta, como presupuesto indispensable, el fenómeno señalado de la inflación penal. Para ello se requiere, en primer lugar, revisar la escala de valores en la protección de bienes jurídicos colocados bajo la tutela del Derecho penal, asignando en cada caso un tipo de sanción adecuado al desvalor social que los ataques a los mismos representan y, en consecuencia, reservando el recurso a la prisión, como último extremo, para aquellos que constituyan infracciones intolerables de las normas de la convivencia social, por afectar relevantemente a intereses individuales y colectivos de rango constitucional. En segundo lugar, es necesario proceder a la despenalización de todos aquellos comportamientos frente a los cuales la defensa de la sociedad -siempre que ésta sea tal y no encubra concepciones o intereses ajenos a la función de protección del Derecho- puede quedar garantizada y satisfecha por otras vías sancionatorias no penales. Este doble planteamiento de revisión de los presupuestos de la reacción penal habría de permitir, en suma, concentrar todos los instrumentos judiciales y administrativos de represión y de prevención especial, así como las disponibilidades financieras, en la defensa de lo que es verdaderamente esencial para la colectividad.²¹⁸

Sustituir viene del latín *substituere*, poner a una persona o cosa en lugar de otra; sustitutivo es lo que puede reemplazar a otra cosa en el uso. Penal (del latín *poenalis*) es lo perteneciente o relativo a la pena, o que la incluye, y pena (del latín *poena*) en sentido general, es el castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta: sustitutivo penal será, entonces, lo que reemplaza a la pena. El término "sustitutivos penales" se utiliza en dos formas diferentes: la propuesta por Ferri y la que implica el relevo de una sanción por otra. Enrico Ferri, después de demostrar la ineficacia de la pena como instrumento de defensa social, propone medios de defensa indirecta, denominados "sustitutivos penales", y que son una serie de providencias tomadas por el poder público, previa observación de los orígenes, las condiciones,

²¹⁸ Mantovani, op. cit., p. 20

los efectos de la actividad individual y colectiva, y previo conocimiento de las leyes psicológicas y sociológicas, y por las cuales podrá controlar una parte de los factores del crimen, sobre todo los factores sociales, logrando influir indirecta, pero seguramente sobre el movimiento de la criminalidad. La teoría de los sustitutivos penales de Ferri es en realidad el primer plan de política criminológica establecido en forma orgánica. Divide los sustitutivos en siete grupos: de orden económico, político, científico, legislativo y administrativo, religioso, familiar y educativo. La segunda acepción del término implica el reemplazo de una Pena por otra. La prisión se fue desarrollando como un sustitutivo de la pena de muerte, que chocaba ya a la conciencia de los penalistas y penólogos (así, Artículo 145 Código Penal de 1871).

Actualmente, se considera que la prisión está en crisis, y que es necesario y urgente encontrar sustitutivos adecuados. En este momento, la prisión no puede desaparecer, pero es conveniente que se transforme en institución de tratamiento representando esto un primer paso hacia su sustitución total. Además de la transformación en unidad terapéutica, se ha propuesto la prisión abierta y la colonia penal como sustitutivos de la pena de prisión tradicional. Ciertas penas no pueden sustituir a prisión con ventaja; tal es el caso la pena capital (pues representaría un serio retroceso), las penas corporales (azotes, golpes, fracturas, quemaduras) que van contra los derechos humanos. Algunas formas restrictivas de libertad han demostrado su eficacia, principalmente en los casos de penas cortas de prisión, ellas son: el arresto vacacional, el arresto nocturno, el confinamiento y el arresto domiciliario.

La multa es el sustitutivo más común de la prisión, con la desventaja de beneficiar a los reos con mayor potencial económica y perjudicar a los pobres, que siempre estarán en desventaja, lo mismo podemos decir de otras sanciones de tipo pecuniario, como la confiscación y la reparación del daño.

La pena laboral, en su modalidad de trabajo obligatorio en libertad, representa múltiples ventajas, así como la reparación simbólica, que es la prestación de algún servicio social en forma gratuita. Las penas centrífugas, como el extrañamiento y el destierro, constituyen también ventajosos tipos de sustitución. Se ha discutido la pertinencia de sustituir a la prisión por medidas de seguridad. La cuestión no presenta dudas tratándose de enfermos mentales, de menores de edad o de otros inimputables. En cuanto a imputables es posible, si analizamos el amplio repertorio de medidas de seguridad: eliminatorias (Artículo 33 del Código Penal), control (vigilancia), patrimoniales (caución de no ofender, fianza, confiscación, clausura, etcétera.), terapéuticas (en libertad), educativas, privativas y restrictivas de ciertos derechos, etcétera.

Otras figuras de notoria utilidad en la sustitución penal son: la condena condicional, la libertad preparatoria en nuestro Derecho, así como la *Parole*, *la probation* y *la surcis*, en derechos extranjeros. Finalmente, señalaremos la amnistía, el indulto y el perdón como medidas adecuadas.

En el texto actual, la única diferencia entre sustitución y conmutación parece ser que la primera es la facultad del poder judicial, en tanto que la segunda esta reservada al Ejecutivo el que puede otorgarla en los casos de delitos políticos y después de dictada sentencia irrevocable.

El Código Penal faculta al juez para sustituir total o parcialmente la multa impuesta por prestación de trabajo en favor de la comunidad cuando el sentenciado no pueda pagarla o solo pueda pagar parte de ella. También faculta al juzgador apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52, para sustituir la prisión no mayor de un año por multa o trabajo a favor de la comunidad, y la que exceda de un año y no alcance a tres, por tratamiento en libertad semilibertad.²¹⁹

Resulta lógico y congruente pensar que el reo no puede ser readaptado socialmente con una sola pena, ello equivaldría a que todas las enfermedades podrían curarse con una sola medicina. Por ende, a pluralidad de delitos ya va existir pluralidad de penas.²²⁰

Como se mencionó, es necesario tener un amplio abanico de penas y la posibilidad de que sustituyan a la prisión. En el ámbito de la sustitución por pena sin supervisión o control, destaca la multa que es la pena más extendida, y se le ha considerado el substitutivo ideal de aquélla. Pero la multa dista mucho de ser la pena ideal, principalmente por las chocantes diferencias en cuanto a potencialidad económica del delincuente. Sólo encontrando un adecuado sistema de multa podrá operar como un substitutivo adecuado. Una solución, adoptada por varios países de la región, es la aplicación del sistema día-multa, en el cual el reo debe pagar de acuerdo a sus ingresos diarios, pudiendo esto comprobarse fiscalmente. En esta forma el juez dicta sentencia en días de ingreso y no en cantidades concretas de dinero, lográndose también la actualización automática de los códigos, no debiendo cambiarlos cada vez que fluctúa la moneda, o que ésta pierda poder adquisitivo. Por ejemplo, han adoptado el sistema día-multa, Brasil (artículo 49 Código Penal), Costa Rica (artículo 53 Código Penal), Cuba (artículo 35 Código Penal), México (artículo 29 Código Penal), Panamá (artículo 48 Código Penal), Perú (artículo 20 Código Penal), Venezuela (artículo 50 Código Penal).

A pesar de los problemas que presenta la multa, como el del sujeto insolvente, o la posibilidad de que un tercero (generalmente la familia) pueda pagarla (convirtiéndose en pena trascendente), es preferible en todos sentidos a la prisión. Problema grave, y que debe mencionarse en este trabajo, es la costumbre de sustituir la multa por prisión, en los casos de insolvencia o negativa de pago. "Darle al delincuente la oportunidad de elegir entre la multa y un período de prisión es la negación de nuestra responsabilidad de sentencia". En los casos de no pago de la multa, la casi totalidad de los países de la región tienen prevista la privación de la

²¹⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano* (México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2000). Pp. 3050 y 3051.

²²⁰ Juventino, Castro, *Revisión penológica y penitenciaria de la legislación mexicana* (México, D. F., SEP, 1951).

libertad, por lo que la prisión se convierte en un substitutivo de la multa, y no al revés, como debería ser.

En el caso están Argentina (artículo 21 Código Penal), Brasil (artículo 51 Código Penal), Colombia (artículo 49 Código Penal), Costa Rica (artículo 56 Código Penal), Cuba (artículo 35 Código Penal), Guatemala, El Salvador (artículo 84 Código Penal), Panamá (artículo 51 Código Penal), Perú (artículo 21 Código Penal), Venezuela (artículo 30 Código Penal).

La excepción parece ser México, que en su reforma de 1983 al artículo 29 del Código Penal, eliminó la substitución de la multa por prisión. Ahora, en caso de insolvencia, el sentenciado presta un día de trabajo a la comunidad por cada día-multa, y en los casos de no ser esto posible, se utiliza la libertad vigilada. Cuando hay bienes, pero negativa de pago, se utiliza el procedimiento económico coactivo.

Tienen la posibilidad de sustituir la prisión que substituyó a la multa, por trabajo (en ocasiones no remunerado), entre otros: Colombia (artículo 48 Código Penal), Costa Rica (artículo 55 Código Penal), Cuba (artículo 35 Código Penal), Panamá (artículo 50 Código Penal), Perú (artículo 24 Código Penal).

El impacto de la substitución de prisión por multa está atemperado con un límite en diversas legislaciones, así: en Perú no puede exceder de tres meses (artículo 23 Código Penal), en Venezuela de seis meses (artículo 51 Código Penal), en Costa Rica y Panamá, de un año (artículos 54 y 49 Código Penal, respectivamente), en año y medio en Argentina (artículo 21 Código Penal), en cinco años en Perú (artículo 23 Código Penal) y en Colombia (artículo 48 Código Penal).

Se ha ido generalizando la disposición de que el juez puede aceptar que la multa se pague en cuotas o plazos, de acuerdo a la situación económica del sentenciado; Argentina (artículo 21 Código Penal), Brasil (artículo 50 Código Penal), Colombia (artículo 47 Código Penal), Costa Rica (artículo 54 Código Penal), Cuba (artículo 35 Código Penal), Chile (artículo 64 Código Penal), Guatemala, México (artículo 39 Código Penal), Panamá (artículo 49 Código Penal, otorgando garantía), Perú (artículo 23 Código Penal), Venezuela (artículo 51 Código Penal)

Reafirmamos que la prisión debe ser substituida, así como ella ha substituido a la pena de muerte, no parece lógico en el momento actual que la prisión sea el medio de sancionar no sólo el delito sino también la insolvencia, es decir, la pobreza.

En Ecuador existe una peculiar figura llamada *Recurso o amparo de pobreza*, por el cual una persona puede justificar su situación de extrema indigencia, y en esta forma ver suspendida la orden de encarcelamiento. La multa como alternativa de la prisión se está llevando con éxito en Cuba, con el nuevo Código Penal de 1988, ya que el anterior no lo permitía. En los primeros 6 meses de aplicación se reportan un 84% de casos en los que se aplicó multa en lugar de detención.

Considerada por varios de los códigos como una pena, la reparación del daño puede ser un valioso substitutivo de la prisión, pues a la mayoría de las víctimas no les importa tanto el castigo al ofensor sino la reparación del daño que éste causó.

Es muy común que la víctima prefiera que se le regrese lo robado, indemnice en daños y perjuicios, o se le dé una satisfacción, a que el criminal vaya a la cárcel. En ciertos delitos, como el estupro, el rapto, o el robo de ínfimo valor, la reparación del daño hace desaparecer la pena. La reparación del daño es tomada en cuenta en Latinoamérica como un requisito para obtener algún beneficio, o como prueba de arrepentimiento, pero no es utilizada propiamente como alternativa a la prisión.

Por otro lado, existen penas que pueden ser alternativas y que necesitan de recursos materiales y humanos para que sean realmente eficaces, la libertad, en determinados casos, puede solamente restringirse en lugar de privarse de ella al reo, se trata de alternar períodos de privación de libertad y de tratamiento en el medio social. Los substitutivos de semilibertad que han tenido más éxito son:

Penas de Semilibertad:

Arresto de fin de semana. Es una novedad penológica aplicada de 50 años a la fecha en diversos países. No está exenta de críticas, principalmente de parte de los retribucionistas, que la consideran como un *weekend* penal, en el que el criminal va a divertirse a la cárcel los fines de semana con sus compinches y colegas del crimen. Esta modalidad penológica se ha probado ya ampliamente en los países de la región que tienen sistema progresivo (Costa Rica, México). Consiste en la obligación del reo de pasar el fin de semana recluido en la institución penitenciaria. Generalmente se aprovechan las celdas que quedan libres por los reclusos que, en fase preliberacional, van los fines de semana a su casa. Este substitutivo evita los principales defectos de la prisión, permitiendo además el tratamiento y control del delincuente o impidiendo la pérdida del trabajo, la disolución de la familia, la estigmatización, la prisionalización, etcétera. Además, es pertinente recordar que es en los fines de semana cuando la tasa de delitos, por lo general, se eleva. En México y Brasil, ha sido adoptado recientemente como alternativa de la prisión.

En México entra en las formas de semilibertad substitutivas de la prisión que puede dictar el juez (Código Penal artículo 27), y continúa aplicándose como forma de preliberación dispuesta por la autoridad administrativa (artículo 8, Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados). En Brasil es llamada "limitacao de fin de semana" (artículo 48 Código Penal), y el juez de ejecución determina las modalidades (lugar, horario, actividades).

Arresto Nocturno. De ser una etapa de transición en el tratamiento progresivo, se ha convertido en muchas partes como un eficaz substitutivo de la prisión. Lo que hace más imperativa esta solución es la escasez de oportunidades de trabajo en el medio penitenciario, obligando al recluso al ocio, o a la fabricación de curiosidades improductivas. Para evitar esto se ha propuesto

que los reclusos cuya peligrosidad sea mínima (o aun algunos de peligrosidad media), pueden salir a trabajar o a estudiar de inmediato, sin tener que esperar a que llegue su etapa preliberativa, sino en forma de substitución. Además de una etapa en el sistema progresivo, la detención puramente nocturna es considerada ya como una alternativa a la prisión en México (Código Penal artículo 27), y puede ser concedida por el juez, en Brasil (artículos 33 y 36 Código Penal, artículos 113 y siguientes, Ley de Ejecución de Penas).

Arresto domiciliario. De muy escaso uso todavía, podría aplicarse en poblaciones pequeñas, de otra forma el control es muy difícil. Es además una pena inequitativa, ya que aquellos que vivan en un palacio, o en una rica villa no la sufrirán en igual forma que el que la pase en choza o cuarto de vecindad. De todas formas, es preferible a la prisión, experimentado básicamente como substituto de preventiva en Argentina ²²¹ y en Costa Rica (artículo 293 Código Penal) está previsto como alternativa de la Prisión Preventiva en el caso de mujeres "honestas", personas mayores de 60 años. En México se ha experimentado para delitos culposos. A pesar de sus defectos, de su escaso valor reeducador y de las posibilidades de favoritismos arbitrarios, estamos de acuerdo en que vale la pena experimentarlo.

Arresto Vacacional. Junto con los anteriores, es un substitutivo aconsejable para penas cortas de prisión. Consiste en privar de su libertad al reo durante las vacaciones que le correspondan en su trabajo (o en la escuela). Desde luego esta sanción queda limitada a sujetos que tengan alguna actividad estable y en los que sea prudente de acuerdo al dictamen del Consejo Técnico Criminológico. El arresto vacacional puede aplicarse sumado al fin de semana y combinarse con salidas vacacionales de los reclusos en preliberación, para aprovechar las instalaciones. Debería aplicarse este sistema en los casos de pena administrativa; ese tipo despreciable de encierro por varios días (según el país) por faltas menores, generalmente a violaciones a las disposiciones de "policía y buen gobierno", tiempo en el que el sujeto pierde el trabajo, es chantajeado y vejado y queda en el camino abierto de la delincuencia.

Confinamiento. Consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él. Puede ser con vigilancia de la autoridad o sin ella. Esta medida tiene un valor particularmente significativo cuando el lugar de confinamiento es una población pequeña en la que la comunidad puede hacerse cargo del reo. En ciudades descomunales, como algunas de las nuestras, pierde su eficacia, tanto por la dificultad de control como por la facilidad de desplazamiento. La gran ventaja del confinamiento es que el sentenciado puede seguir una vida totalmente normal, sin exponerse a los peligros de la encarcelación y sin las desventajas de la colonia penitenciaria.

En México, el juez puede conmutar la prisión por confinamiento en los casos de delitos políticos (artículo 73 Código Penal). En Colombia se llama restricción domiciliaria (artículo 57

²²¹ Cfr. Luis Coisño Mac Iver, *La crisis de las penas privativas de libertad. Sistemas supletorios* (Buenos Aires, Argentina, Congreso Panamericano de Criminología, 1979).

Código Penal), y en Venezuela (artículo 20 Código Penal.) trae accesoriamente la suspensión de empleo; en ambos países es pena principal. En Cuba (artículo 34 C. P.) se denomina limitación de libertad, y es subsidiaria de la prisión cuando no excede de tres años; trae aparejado la suspensión de ascensos y aumentos de salario y es vigilada por las organizaciones de masas y sociales del lugar del confinamiento.

Trabajo Obligatorio. Las penas laborales, de larga historia, llegaron a convertirse en una vergüenza para la humanidad; los caminos, las minas, las galeras, vieron extinguirse a millares de hombres agotados y destruidos. Es hasta hace poco que se considera como substitutivo de la pena, realizado en libertad. El trabajo obligatorio en libertad presenta múltiples ventajas, pues el reo no pierde la continuidad de su vida familiar y social, siendo pena barata y productiva. Fue recomendado por el Congreso Internacional Penitenciario de Londres y ha sido muy utilizado en los países socialistas, gracias al control estatal de las industrias, y de los sindicatos. Es aconsejable darle a este trabajo un sentido social, de beneficio para la colectividad. Esta modalidad puede combinarse con otras de las ya mencionadas, como arresto vacacional o de fin de semana. En una de sus modalidades supone el desempeño obligatorio de una labor en el lugar habitual del delincuente, con una remuneración reducida (por ejemplo, 25% del sueldo) durante un período no superior a un año y con otras varias restricciones, como el no tener vacaciones y no poder cambiar de trabajo sin permiso.²²² En Cuba se denomina "trabajo correccional sin internamiento" (artículo 33 Código Penal) y opera cuando la pena de prisión no excede de 3 años y las características personales del sentenciado lo permiten. El sancionado cumple su pena en su mismo centro de trabajo o en el que le designe el tribunal, no puede tener ascensos, aumentos de salario ni desempeñar funciones directivas o docentes.

El servicio a la comunidad Llamado también reparación simbólica, es una novedad que se ha intentado con menores, y consiste en sustituir la reclusión por la obligación de prestar algún servicio social gratuito. En esta forma se logra "concientizar" al sujeto en los problemas sociales, evitándole el ingreso a la prisión y obteniendo una ganancia social. Esta medida es patrimonial en cuanto el sujeto debe pagar de su peculio el servicio, además de efectuado personalmente. En muchos aspectos está hermanada con la sanción laboral que ya hemos mencionado, y parece ser un notable substitutivo principalmente de penas cortas de prisión. Se ha podido observar la aplicación de esta medida en el viejo continente, concretamente para casos de vandalismo, consistiendo en labores como reforestación, limpieza de playas, reparación de asilos, cuidado de enfermos o ancianos, etcétera. Los trabajos de servicio en favor de la comunidad tienen las siguientes características comunes:

- a) No son remunerados;

²²² Cfr., ONU, VI Congreso, A/Conf. 87/7, 1980.

-
- b) Se efectúan fuera del horario de trabajo normal;
 - c) Se prestan en una institución de beneficencia, pública o privada;
 - d) Pueden prestarse también en instituciones educativas;
 - e) Las características del cumplimiento las marca el juez.

Tienen sustitución de prisión por servicio a la comunidad: Brasil (artículo 46 Código Penal), Colombia (artículo 48 Código Penal, sólo para contravenciones), Costa Rica (artículo 55 Código Penal) y México (artículo 27 Código Penal). En Brasil puede aplicarse en penas de prisión menores de un año (o en delitos culposos), para no reincidentes que tengan antecedentes sociales satisfactorios. La jornada es de 8 horas semanales y la institución beneficiada debe hacer reportes mensuales. En Costa Rica es el Instituto de Criminología el que autoriza la sustitución; el trabajo es remunerado pero el salario se usa para pagar total o parcialmente la multa. En México (artículo 70 Código Penal), la sentencia de prisión no debe superar cuatro años. La jornada no puede ser mayor de tres horas ni más de tres días a la semana. Cada día de servicio remite uno de prisión. No pueden ser labores degradantes o humillantes. En la práctica se ha utilizado muy poco, por falta de infraestructura. Es prematuro hacer una evaluación, ya que son alternativas de reciente creación. (Brasil y México, las adoptaron en 1984).

La tutela Penal. En algunos países, principalmente en Francia, se ha intentado una variante, considerada como pena, con un fuerte contenido de medida de seguridad; esta medida se ha planteado principalmente como un substitutivo de la relegación, aunque puede hacerla también con la prisión. Se utiliza con reincidentes del orden común en delitos graves o con multirreincidentes de delitos leves; puede ser puesta en ejecución ya en el curso de la propia pena principal. No es de carácter indeterminado; en cuanto a su duración es, en principio, de diez años, y se aplica después de minuciosos estudios de personalidad. Se ejecuta en un establecimiento especializado y es una pena curativa y no sólo represiva. Termina al cumplir el reo 65 años de edad o puede substituirse por libertad condicional después de cinco años de aplicación. El encargado de su aplicación y de dictar sus modalidades es el juez de aplicación de penas (*Juge de e' applicattion des peines*), figura de gran importancia en la administración de justicia europea. "La gran ventaja del nuevo sistema reside en su flexibilidad, en sus posibilidades de diversificar las modalidades de aplicación de la medida y adaptarlas a la personalidad más o menos peligrosa de cada delincuente, tal como será apreciado en el curso del cumplimiento de la pena, y especialmente en el momento en que se plantee la cuestión de su puesta en libertad bajo condición".²²³

Monitoreo Electrónico. A partir de 1985 (la primera aplicación es de diciembre de 1984), se está utilizando en los estados Unidos de Norteamérica el monitoreo electrónico con las diversas

²²³ Robert, Schemeck; "Una nueva experiencia en el tratamiento de los multirreincidentes. La tutela penal", en *Revista de estudios penitenciarios* (Madrid, año XXVII, No. 194, 1971). P. 1589.

formas de libertad vigilada. Son ya 32 estados de la Unión Americana los que participan en este programa; Canadá e Inglaterra (donde se denomina *tagging*) han iniciado, en forma experimental, la aplicación de monitores.²²⁴ Monitor (del latín *monitor*, *monitoris*) es el que amonesta o avisa, y se les ha llamado así a los aparatos que revelan la presencia de radiaciones. La tecnología del monitoreo electrónico consiste en detectar la presencia o ausencia del sujeto vigilado, por la señal que emite un transmisor, a través de las líneas telefónicas, a una computadora previamente programada. El transmisor es como un reloj de pulsera que debe portar el vigilado; la computadora está programada para avisar en el momento en que deja de recibir la señal (lo cual indica que el sujeto se apartó del lugar en que debería estar), o para hacer cotejos a horas determinadas al azar.

Se han desarrollado múltiples tecnologías, que pueden combinarse entre sí, por ejemplo: verificadores de voz, para comprobar que realmente es el vigilado el que responde al teléfono; tarjeta electrónica, portada por el sujeto, que se introduce en una caja especial previamente adaptada al teléfono del domicilio; monitoreo visual, por cámara de circuito cerrado; receptores móviles, para que el oficial de libertad vigilada pueda monitorear desde su automóvil, sin disturbar la tranquilidad del hogar o interrumpir el trabajo del supervisado; etcétera.

El monitoreo electrónico fue diseñado en un principio como complemento del arresto domiciliario, pero tiende a ampliar su radio de acción, primero a libertad vigilada y posteriormente a confinamiento, prohibición de ir a lugar determinado, o quizá extrañamiento y destierro; los proyectos de utilización de satélites, antenas parabólicas o telefonía celular hacen ver que esto no es imaginario, sino claramente factible. La tecnología de monitores ha sido peculiarmente útil para ciertos casos en que es muy desaconsejable la prisión (ancianos, mujeres embarazadas, enfermos graves y, ahora, sujetos con SIDA). Parece claro que el monitoreo electrónico tiene grandes ventajas, y que puede ser mucho más barato que la prisión, sin embargo presenta una serie de problemas por demás interesantes.

Primero mencionaremos que hay problemas técnicos: es necesaria una muy buena red telefónica, y un equipo de especialistas capacitados. Además, hay problemas jurídicos, sociales, psicológicos y éticos que es necesario plantearse de antemano. No faltará quien considere antiético el monitoreo, o peor aún violatorio a los derechos humanos, pero, ¿es más humana y ética la prisión? De todas formas siempre habrá que resolver las preguntas de: ¿a quién?, ¿cómo?, ¿por cuánto tiempo?, y tener un claro plan de acción, pues "el equipo de monitoreo no debe ser nunca un equipo en busca de un programa".²²⁵

²²⁴ K. Schmidt, Annesley, "Electrones Monitoring in the USA", *Research Workshop Document on Alternatives to imprisonment* (UNICRI, 1990). P. 377.

²²⁵ Schmidt, op. cit, p. 386.

Las medidas de seguridad ven exclusivamente a la peligrosidad, o sea 'la probabilidad de daño, y por esto pueden sustituir a una pena o a otra medida de seguridad cuando el sujeto presente una mayor o menor peligrosidad. Un error común es el creer que la medida de seguridad se aplica exclusivamente por la mayor peligrosidad del sujeto, protegiendo en esta forma a la sociedad; en realidad las medidas de seguridad deben proteger también al sujeto de la sociedad y de sí mismo. Por esto, cuando el individuo es poco peligroso, se le puede sustituir la pena por una medida de seguridad, siendo también factible la sustitución de una medida mayor por una medida menor. Las medidas de seguridad no representan reproche moral, no persiguen la intimidación, no son retributivas, su finalidad es la prevención especial, son indeterminadas y pueden ser aplicadas en algunos países, tanto a imputables como a inimputables. El problema no ha sido suficientemente estudiado, y hay aún duda sobre algunos temas, como pueden ser el de la medida de seguridad sin delito, negado por la mayoría de los autores, pero que encontramos en la realidad, como podremos observar en el desarrollo del tema.

Para los objetivos de este trabajo, y de las posibilidades de sustitución de la prisión por medida de seguridad debemos tener en cuenta que la medida de seguridad no debe implicar mayor rigor o duración que la pena que vaya a sustituir (como es ya en México, artículo 69 Código Penal), y que todo aquello que beneficiaría en caso de pena (prescripción, derogación, causas de justificación o de culpabilidad, etcétera) debe beneficiar también en el supuesto de medida de seguridad. De acuerdo a las diversas legislaciones, algunas de las medidas mencionadas pueden también ser consideradas como penas.

Medidas eliminatorias. Son aquellas que segregan de la sociedad al individuo considerado peligroso, impidiéndole cometer actos dañinos, evitando su contacto con la comunidad, expulsándolo de la misma o internándolo en instituciones adecuadas. Las instituciones son por lo general las conocidas como de "alta seguridad", y con gran especialización existen en pocos lugares, generalmente lo que encontramos son pabellones o crujías dentro de la misma cárcel en las que se da "tratamiento" de segregación. Este substitutivo se convierte en realidad en una prisión dentro de la prisión.²²⁶

Medidas de Control. Substituyen la prisión por mecanismos de vigilancia y dirección del individuo. El control puede ser ejercido por institución pública (por ejemplo, la Policía) o por un ente privado, como es el caso de la entrega del sujeto a la familia, para que ésta se haga responsable del mismo. Esta última medida ha tenido un notable éxito en menores y en otros inimputables. Las medidas de control pueden representar uno de los caminos más interesantes para sustituir la prisión, pues muchas instituciones, como sindicatos, escuelas, grupos sociales, industria, clubes

²²⁶ Cfr. Lima Malvado, María de la Luz, *La personalidad Psicópata* (México, D. F., Mesis, 1975).

deportivos, etcétera pueden coadyuvar al Estado a controlar, vigilar y orientar a sujetos inadaptados que no requieran el internamiento carcelario.

En América Latina se utiliza como medida accesoria a otras alternativas (Cuba, artículo 45 Código Penal); México (artículo 50 Bis Código Penal), o como pena posterior a la liberación (Ecuador, artículo 61 Código Penal). Algunos autores consideran la libertad condicional, la libertad bajo palabra, *la Parole*, la condena condicional, la *Probation*, etcétera, como ejemplos claros de medidas de control; en este caso, por su importancia, las trataremos en capítulo aparte.

Caución de no Ofender. Una de las medidas más antiguas (*cautio di bene vivendo*), recomendada ya desde el Congreso Penal y Penitenciario de 1890, consiste en depositar una suma ante la autoridad, como garantía de no hacer determinada cosa que es perjudicial a la sociedad. Por excepción puede depositarse para garantizar el hacer algo benéfico a lo que se está obligado.

En los casos en que el reo sea primario, o sea que esté por primera vez ante la justicia, y se declare culpable (no la confesión ante policías anticonstitucionales, atávicas y primitivas, sino ante juez, con voluntad y arrepentimiento), podría ahorrarse el largo, deprimente y costoso proceso, concediendo la libertad mediante una caución de no ofender. En la región se utiliza como complemento al apercibimiento (México, artículo 44 Código Penal), como garantía del cumplimiento de las condiciones impuestas por el juez para otras formas de liberación (Perú, artículo 38 Código Penal), o como pena accesoria (Venezuela, artículo 31 Código Penal).

Confiscación Especial. Llamada por algunos autores "comiso", es una medida peculiar, ya que se dirige más hacia el objeto peligroso que al sujeto peligroso; si hemos eliminado al objeto, ¿qué caso tiene enjaular al sujeto? La presunción de que el portador del objeto es peligroso es hasta cierto punto infundada, pues el reo podría ignorar la peligrosidad del mismo o no saber su uso, etcétera. Rico hace ver cómo la medida debe aplicarse aun en los casos en que el acusado es absuelto, lo que demuestra que ésta es una medida real y no personal. Efectivamente, la protección a la sociedad se logra destruyendo el objeto y no hay necesidad de destruir también al delincuente encarcelándolo, a menos que tengamos otras pruebas de su peligrosidad. Es necesario recordar que los objetos verdaderamente peligrosos son raros y difíciles de conseguir, y que su comiso puede cumplir suficientemente los requisitos de seguridad y protección social.

Como se señaló en su oportunidad, esta figura no se utiliza en América Latina como substitutivo de la prisión, sino como pena accesoria o como medida de seguridad.

Clausura del Establecimiento. Es indudablemente una medida patrimonial en cuanto afecta económicamente al beneficiario o propietario del local. Ha sido criticada en cuanto trasciende a los empleados, a la familia y a los acreedores, y por no ser divisible puede ser desproporcionada. Sin embargo, su poder intimidante ha sido demostrado, principalmente en delitos de "cuello blanco" o "guante blanco" (aquellos delitos cometidos por industrias "respetables", o industriales como las

lecheras, las hieleras, laboratorios farmacéuticos, sanatorios, etcétera). El razonamiento puede ser el mismo del apartado anterior, pues eliminando la industria dañina o el establecimiento peligroso podemos proteger al conglomerado social, no siendo ya criminológicamente necesario dar prisión a los culpables. En América Latina se utiliza también como medida de seguridad (excepcionalmente) o como pena accesoria.

Fianza. Depósito monetario que se da en prenda del buen cumplimiento de una obligación; es utilizada en el mundo penal muy a menudo y se da en garantía de que alguno al que suelten de la cárcel se presentará siempre que se le mande. Es una de las figuras que más han auxiliado para rescatar gente de la prisión preventiva. Indudablemente comparte con las demás medidas pecuniarias el defecto de ser dispar, según la fortuna de cada quien, encontrándose casos dramáticos de sujetos que permanecen largo tiempo en prisión por no tener quien los respalde económicamente y por carecer de bienes suficientes para hacer frente a la situación. La solución propuesta en cuanto a la multa, consiste en un sistema día-multa, podría funcionar en lo relativo a fianza, eliminando las chocantes diferencias económicas.

Medidas Terapéuticas. Se aplican en los casos de enfermedad física o mental que requieran intervención médica y que imposibiliten el tratamiento penitenciario, por su gravedad y duración, siendo 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.

- *Tratamiento médico.* Enfermos físicos crónicos o infecciosos deberían ser separados y tratados, y sólo el médico puede autorizar el regreso a prisión.²²⁷

En los casos en que el sujeto deba permanecer privado de libertad y recibir asistencia médica, el ideal es un centro especializado, con personal adecuado, instrumentos necesarios y seguridad suficiente. *Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*, consignan estas obligaciones (artículo 22) y en general todos están de acuerdo.

La situación latinoamericana es grave en este sentido, ya que no existen las instituciones especializadas, generalmente los servicios médicos se prestan en un anexo o clínica dentro de la misma prisión, y no siempre tienen el material ni el personal adecuado ni suficiente.

- *Tratamiento psiquiátrico.* Los manicomios judiciales o casas de cura y custodia son indudablemente una necesidad, la época en que los enfermos mentales eran reclusos en las cárceles fue superada por Pinel desde principios del siglo pasado, aunque aún haya muchos alienados que sufren prisión. En la ley, materialmente todos los países de nuestro continente cumplen con la disposición del artículo 82 de las Reglas Mínimas de la ONU que dispone el internamiento de los alienados en establecimientos para enfermos mentales, y prohíbe su permanencia en la cárcel. Así: Argentina (artículo 3 Código Penal), Brasil

²²⁷ Cfr. O.M.S. (Organización Mundial de la Salud), *Aspectos sanitarios de los Maltratos inevitables a Presos y Detenidos*, ONU 5º Congreso de prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.(Ginebra, 1975)

(artículo 96 Código Penal), Colombia (artículo 56 Código Penal), Costa Rica (artículo 10 1 Código Penal), Panamá (artículo 112 Código Penal), Perú (artículo 93 C. P.), Venezuela (artículo 58 Código Penal). La realidad es muy distinta, ya que generalmente no existen las instalaciones, los centros y los especialistas que las leyes señalan. No es raro, en las cárceles de provincia, ver la inversión del sistema, es decir que la cárcel sea usada como manicomio, ya que no hay dónde internar a los enfermos mentales que son captados como peligrosos.

Brasil (artículo 96 C. P.) y México (artículo 69 C. P.) han impuesto la norma de que la medida de seguridad no puede durar más de lo que duraría la pena para el mismo caso. Panamá (artículo 11) obliga a que la medida dure al menos el mínimo de la pena, pero no más de 20 años.

- *Electrochoque*. Bastante desprestigiado en el momento actual, "aunque su intención sea ostensiblemente terapéutica, de hecho se le emplea como forma de coerción". No se recomienda como substitutivo de la prisión.
- *Psicocirugía*. Ante sus resultados contradictorios y terribles efectos posteriores, las lobotomías han sido casi abandonadas en la clínica criminológica y es excepcional el especialista que las recomienda. Sería no sólo absurdo, sino antiético, sustituir la prisión por esa forma de castración mental.
- *Castración*. Utilizada en varios países, básicamente en delincuentes sexuales, ha reportado éxitos notables (tan sólo un 2.2% de reincidencia); sin embargo, hay serias objeciones técnicas para aceptarla, principalmente porque:
 - No hay correlación estadística entre la potencia sexual y los delitos sexuales.
 - No hay correlación aceptable entre el nivel de hormonas endógenas y la potencia de la libido.
 - El delito sexual no es un problema puramente físico; por el contrario, su contenido psicológico es notable.
 - Sujetos impotentes o débiles sexuales también cometen delitos de contenido sexual.

Las objeciones éticas son también poderosas, pues proponer la castración como substitutivo de la prisión es proponer a los delincuentes que "truequen sus testículos por su libertad."²²⁸

- *Fármacos*. Aparentemente, los medios químicos vienen a ocupar el lugar de otras formas de terapia como las anteriormente estudiadas. Las ventajas de costo y facilidad de aplicación son atractivas, y en el momento actual pueden recomendarse para substituir la

²²⁸ OMS. Op. Cit. P. 23.

privación de libertad por un tratamiento ambulatorio o como complemento de la libertad vigilada. No dejan de presentar problema, como puede ser el convertir al sujeto en fármacodependiente, pero indudablemente representan un avance frente a otras técnicas terapéuticas.

- *Hospital de concentración.* En los casos en que el sujeto deba permanecer privado de libertad y recibir asistencia médica, el ideal es un centro especializado, con personal adecuado, instrumento necesario y seguridad suficiente.

Es de señalarse que México tuvo una institución que reunió estas características; fue inaugurada el 11 de mayo de 1976 y se le denominó Centro Médico para Reclusorios del D.F.; para la planeación, construcción y funcionamiento del Centro se consultó a varios especialistas, por lo que, fue el resultado de un trabajo interdisciplinario que puede ser ejemplar para las futuras empresas penológicas del país.

Desgraciadamente, en forma subrepticia y por razones que nunca quedaron suficientemente claras, el centro fue cerrado en octubre de 1981, los enfermos mentales regresaron a la prisión y el hospital fue desmantelado, quedando en el total abandono durante un buen lapso, hasta que el edificio se destinó para cárcel de mujeres.²²⁹

Las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*, elaboradas y aprobadas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) disponen en su artículo 22 que "se dispondrá el traslado de los enfermos cuyo Estado requiera cuidados especiales a establecimientos penitenciarios especializados"; y el artículo 82 establece que: 1) Los alienados no deberán ser reclusos en prisiones. Se tomarán disposiciones para trasladados lo antes posible a establecimientos para enfermos mentales. 2) Los reclusos que sufran otras enfermedades o anormalidades mentales deberán ser observados y tratados en instituciones especializadas dirigidas por médicos.

Medidas Educativas. Aplicadas principalmente a menores de edad, han demostrado su utilidad como substitutivo de prisión, así como a los menores ya no se les encarcela (aunque en algunas partes hay lamentables excepciones) podría pensarse en medidas de esta índole para delincuentes adultos jóvenes (18 a 25 años). a) La forma más común es la institución de enseñanza de preferencia semiabierta, pudiendo ser pública o privada. b) Existen muchos experimentos con el control del tiempo libre como solución penal. En Inglaterra, así como en varias partes de estados Unidos, y en Nueva Zelanda, se han establecido centros asistenciales con miras principalmente a delincuentes juveniles, obligándoles a participar en actividades creativas e instructivas durante un tiempo determinado después del trabajo o de la escuela. Estas dos o tres horas que los delincuentes pasan diariamente en las residencias de libertad vigilada, sometidos a

²²⁹ *Criminalia* (México, D. F., Academia Mexicana de Ciencias Penales, año XLVII, números 10-12, 1981). Pp. 176, ss.

un régimen de supervisión y control, ha demostrado su gran eficacia, por lo que la medida se está extendiendo rápidamente. En México han existido varios centros de orientación juvenil, pero no se les ha usado como substitutivo de prisión.²³⁰

Prohibición de ir a Lugar Determinado. Se prohíbe asistir a determinado lugar o medio, cuando se supone (con fundamento), que el sujeto puede cometer nuevos delitos en ese lugar, o correr peligro en el mismo. Este es el caso de lugares criminógenos como garitos, cantinas, bares, prostíbulos, billares, palenques, etcétera; o de lugares en que se corra el peligro específico, *v.gr.*, el pueblo donde viven las víctimas del delito o los familiares del victimado (que en realidad son víctimas también), que pueden tomar venganza. La medida se ha aplicado con éxito en nuestro medio, siendo complemento o condición de otros substitutivos como la condena condicional, la preliberación, las salidas de fin de semana, etcétera.

En el Código Penal Cubano (artículo 41), es considerada como pena, en tanto que en los códigos de Costa Rica (artículo 101) y Panamá (artículo 108) es planteada como medida de seguridad. México la contempla en el artículo 24, sin mencionar su naturaleza, aunque en los artículos 322 y 371 la considera como pena.

Medidas Restrictivas de derechos. Son aquellas que limitan un Derecho que el sujeto ejercita en forma inconveniente o criminógena. De hecho toda medida implica una restricción de derechos, pero en este apartado mencionaremos algunos ejemplos que pueden con éxito sustituir la prisión.

a) *Privación de derechos de familia.* Previstas en la ley para casos en que el sujeto gire su forma de vida hacia conductas (alcoholismo, drogadicción, etcétera) que pongan a la familia en peligro de ser víctima de un delito (incesto, corrupción, lesiones).

b) *Suspensión temporal o definitiva de la licencia de manejo.* Puede ser útil en lugar de la cárcel por manejar en Estado inconveniente.

c) *Privación de derechos cívicos.* De correcta utilización en casos de falsedad de declaraciones, fraude electoral, cohecho, corrupción, cuando el hecho no sea delito, o no sea de tal gravedad que la no aplicación de la pena lesionara la prevención general.

d) *Limitación al ejercicio de profesión o empleo.* Se utiliza en los casos en que, fehacientemente, el sujeto está desempeñando su profesión o empleo en forma tal que puede dañar a otros.

Actualmente las sanciones penales están sujetas a continua revisión en relación a su costo y eficacia. "Recientes figuras, como *Probation* y *Parole* emergen de la inclinación a reducir las

²³⁰ Cfr. Roberto, Tocavén, *Vademécum de Criminología juvenil* (México, D. F., Prisma, 1976). Cfr. Marcela Ibáñez, *Delincuencia juvenil*, (México, D. F., Avelar, 1977).

medidas detentivas a su mínimo indispensable." ²³¹ Existen varias formas modernas de sustitución de la prisión, que por su eficacia y extensión en el mundo penológico actual merecen mención independiente; tales son: la condena condicional, el *sursis*, la libertad provisional, la *Probation*, la *Parole* y la libertad preparatoria, sin embargo, no todas tienen aplicación en América Latina.

Condena Condicional. Es la institución penal que tiene como objeto, mediante la suspensión de las sanciones impuestas a los delincuentes que carezcan de antecedentes de mala conducta y en quienes concurren las circunstancias de haber delinquido por primera vez, procurar la reintegración a la vida honesta, por la sola eficacia moral de la sentencia".²³² Para Goldstein, "es la condena impuesta, dejándose en suspenso el cumplimiento de la pena, para que ésta se tenga por no pronunciada si el condenado no comete un nuevo delito en el término de la prescripción de la pena. La condena condicional se concede generalmente sólo a los delincuentes primarios, y ante la presencia de delitos menores";²³³ para Cuello Calón: "el rasgo esencial de la condena condicional en su modalidad originaria, es la suspensión de la ejecución de la pena. El delincuente es juzgado y condenado, pero en vez de cumplir la condena impuesta queda en libertad. Si durante un plazo diverso en las distintas legislaciones no comete una nueva infracción, la pena suspendida se considera no impuesta".²³⁴ En países europeos existe el *sursis*, que es una posposición de la pena impuesta a un condenado, que será anulada si en los cinco años siguientes a su sentencia no incurre en ninguna otra pena por un delito de Derecho común. De no ser así, deberá cumplir las dos penas.

La condena condicional fue vista en principio con gran recelo; tratadistas de la categoría de Ferri la criticaron por dejar sin protección a la sociedad y desamparada y burlada a la víctima, pero poco a poco fue imponiéndose y, los congresos penitenciarios que inicialmente la recibieron con gran frialdad, terminaron por aprobarla y recomendarla ampliamente. Este substitutivo debe aplicarse con gran cuidado y técnica, y estamos de acuerdo con Ceniceros en que: "la condena condicional presupone, para tener éxito, otras instituciones destinadas a conocer los antecedentes de los inculcados y a su identificación, tales como el registro judicial, los gabinetes antropométricos; que se perfeccionen la policía y la magistratura penal, un procedimiento adecuado para impedir la corrupción del inculcado por la prisión preventiva, y que se facilite prudentemente la libertad provisional".²³⁵

²³¹ Franco, Ferracuti y Giuseppe Di Gennaro, *Criminology and the penal System*, (Sao Paulo, Brasil, Neuronio, I y II trimestres de 1972) P. 71

²³² *Diccionario de Derecho*, (México, D. F., Porrúa, 1973). P. 108.

²³³ Raúl, Goldstein, *Diccionario de Derecho Penal* (Buenos Aires, Omeba1962). P. 110.

²³⁴ Eugenio, Cuello Galón, *La moderna Penología*,(Barcelona España, Bosch, 1958) P. 626 y ss.

²³⁵ Ceniceros, op. cit. P. 262.

Las bondades del sistema han sido pregonadas por los principales tratadistas, así, Cuello Calón dice que: "la condena condicional no sólo constituye un substitutivo de las penas privativas de libertad, sino también un medio de eficacia educadora, pues durante el período de prueba el condenado se habitúa a una vida ordenada y conforme a la ley".²³⁶

Con relación a sus antecedentes se localizan en el Derecho Canónico, en la *Absolucio ad Reinsidentiam*, aunque la encontramos también en el Derecho anglosajón (*Frankpledge*) y en el germánico (*Cautio de Pace Tuenda*). En su sentido moderno, se encuentra en los estados Unidos de Norteamérica, en el Estado de Massachussets, en 1859, y posteriormente en la ley penal belga de 1888 y, en la francesa de 1891.

En México, en 1901, Miguel S. Macedo hizo un proyecto con articulado completo relativo a condena condicional, como proyecto de reformas al Código Penal de 1871. Se implantó por primera vez en el Código Penal de San Luis Potosí, en 1920, quedando establecida en el Código Penal de 1920, en los artículos 241 y 248, existiendo actualmente en el artículo 90 del Código Penal vigente. Es conocida en casi toda América Latina, aunque puede variar la denominación: Condena de ejecución Condicional (Colombia, Costa Rica); Remisión Condicional de la Sanción (Cuba); Suspensión Condicional de la ejecución de la Pena (El Salvador, Panamá); Suspensao Condicional de pena (Brasil); Condenación Condicional (Argentina); Remisión Condicional de la Pena (Chile); Libertad Condicional (Uruguay); Suspensión de la ejecución de la pena (Perú). Las condiciones para su aplicación, que son comunes a las diversas legislaciones, son:

- a) Que la pena suspendida no sea grave.
- b) Que el delincuente sea primario.
- e) Que las características personales del delincuente sean propicias para su vida en libertad, y que hagan presumir su alejamiento del delito.
- d) Que se cumplan con algunos deberes durante el tiempo señalado.

Además, se requiere la reparación del daño, así como el uso de medidas accesorias, como la caución de no ofender, la fianza, la prohibición de ir a lugar determinado, etcétera.

La primera condición para la suspensión de la ejecución de la sentencia es la poca gravedad del delito cometido, o el escaso reproche que se hace al sentenciado, medido por la sentencia, la que no debe pasar de cierto término. Así, por ejemplo, consideran dos años: Argentina (artículo 26); Brasil (artículo 77); Panamá (artículo 77). No más de tres años: Colombia (artículo 68); Costa Rica (artículo 59); Cuba (artículo 57); Guatemala; El Salvador (artículo 87). Ecuador considera tan sólo seis meses (artículo 53), México (Artículo 90) cambió su legislación para optar por 4 años, al igual que Perú (Artículo 57 Código Penal). México agregó además una serie de delitos en que no es posible otorgada (enumerados en el Artículo 85 Código Penal). En

²³⁶ Cuello, Calón, op. cit. P. 638.

Brasil y Perú, se consideran aparte los delitos culposos. Condición clara para obtener la condena condicional es ser delincuente primario, es decir no tener una sentencia condenatoria anterior. Son raras las excepciones a este principio; en Argentina (artículo 27), si han pasado 8 años en delitos culposos y 12 en delitos dolosos, se puede dictar una segunda condena condicional. En Cuba (artículo 57.2), puede aplicarse a reincidentes en "circunstancias extraordinarias muy calificadas", pero nunca a multireincidentes. Colombia no hace mención expresa de que debe ser delincuente primario.

Las características personales del delincuente deben ser tomadas en cuenta para el otorgamiento de la suspensión de la ejecución; los códigos penales contemplan varias: antecedentes de vida honrada, forma de vida, trabajo estable, etcétera. Así, por ejemplo, en México (artículo 90), se toma en cuenta, además de la "buena conducta antes y después del hecho punible", los antecedentes personales o modo honesto de vivir que hagan presumir que el sentenciado no volverá a delinquir. Además, se considera el tipo de delito, las circunstancias en que se realizó, los móviles para cometerlo, etcétera; y por último, el efectivo arrepentimiento y, en varios casos, la reparación del daño.

Para que el juez pueda conocer lo anterior, debe tener los informes conducentes; en este sentido es notable el código de Costa Rica, que da participación obligatoria al Instituto de Criminología, que determina el grado de posible rehabilitación del reo y las condiciones que deben ser impuestas (artículos 60 y 61). Las condiciones de aplicación pueden ser variadas; la reparación del daño o su garantía, es obligada en México (artículo 90-II-e), Panamá (artículo 78-3), El Salvador (artículo 88) y puede ser impuesta por el Tribunal en Cuba (57-5-a). Además, puede pedirse garantía o fianza, obligación de residir en lugar determinado, ejercer un trabajo lícito, no usar bebidas embriagantes o tóxicos, etcétera. Cuba representa una particularidad, en cuanto el tribunal comunica a la policía y a las organizaciones de masas y sociales del centro de trabajo y del lugar de residencia del sancionado, para que lo observen y orienten durante el período de prueba. La libertad se revoca si estas organizaciones retiran su aval (Artículo 57-6 y 7).

Desde luego que la condición básica para otorgar la suspensión de la ejecución es el respetar las leyes y no cometer un nuevo delito. De suceder esto último, la libertad se revoca y se aplica la pena pendiente, más la que proceda por el segundo ilícito penal. La duración del período de prueba es restringido, y puede ser fijo o variable, en este último caso fijado por el juez, así tenemos: Argentina, 4 años; Brasil, 2 a 4; Colombia, 2 a 5; Costa Rica, 3 a 5; Chile 3; Dominicana 1; El Salvador 2 a 6; Cuba, 1 a 5; México, 4; Panamá 2 a 5; Perú, 5. En todos los casos el tiempo cuenta a partir de la sentencia. Ecuador tiene un sistema peculiar, en cuanto considera el tiempo fijado para la prescripción de la pena más dos años (Artículo 84).

La condena condicional es la alternativa a la pena de prisión más utilizada en la región; en Argentina, del total de condenas en un año (2,567), el 54.6% (1,402) lo fueron condicionales. En

Cuba, el 85% de los delitos previstos en el Código Penal admiten suspensión condicional. El 63% de las sentencias privativas de la libertad han sido suspendidas o reemplazadas por alternativas. En Chile, para principios de 1988 se encontraban 13.650 personas beneficiadas con la medida (de un total de 25,551 condenados). En Panamá, de 2546 sentenciados en 1986, a 785 se les otorgó la suspensión condicional. Para dar una idea de la eficacia de esta medida; Jean Pinatel nos informa que, en Francia durante 1886-1939 gozaron de libertad condicional 35,758 hombres, y tan sólo 567 fueron objeto de revocación del favor concedido, o sea 1.58%. Durante el mismo período el porcentaje de reincidentes entre la población penitenciaria osciló entre 50 y 60%.²³⁷

La libertad bajo fianza. Llamada también libertad caucional, excarcelación, o libertad provisional bajo caución, es el más usual sustituto de la prisión preventiva en América Latina, lo que le da una peculiar importancia, por los problemas de preso sin condena anteriormente expuestos. Para concederlo se pueden usar tres sistemas: la aplicación automática si la pena que se daría no pasa de determinada duración, la aplicación de acuerdo a las circunstancias personales del sujeto o la aplicación de ambas. La fianza como ya se dijo²³⁸ es un depósito monetario o garantía en bienes que se da en prenda del buen cumplimiento de una obligación, es utilizada en el mundo penal muy a menudo, y se da en garantía de que alguno al que sueltan de la cárcel se presentará siempre que se le mande. La libertad bajo fianza es una de las figuras que más han auxiliado para rescatar gente de la prisión preventiva.

Indudablemente comparte con las demás medidas pecuniarias el defecto de ser dispar según la fortuna de cada quien, encontrándose casos dramáticos de sujetos que permanecen largo tiempo en prisión por no tener quien los respalde económicamente, y por carecer de bienes suficientes para hacer frente a la situación.

La solución propuesta en cuanto a la multa, consistente en un sistema día-multa, podría funcionar en lo relativo a fianza, eliminando las diferencias económicas. Aun así, se debe buscar el mayor número de alternativas que no impliquen obligación económica, como caución promisoria, libertad vigilada, arraigos, arresto domiciliario, presentación periódica, etcétera. Se ha luchado siempre por la ampliación de las posibilidades de la libertad bajo fianza, para que sólo los acusados de un delito muy grave permanezcan en la prisión preventiva.

Con excepción de Nicaragua, todos los códigos de procedimientos penales de Latinoamérica la adoptan, así: Argentina (artículo 383), Bolivia (artículo 208), Brasil (artículo 321), Colombia (artículo 329), Costa Rica (artículo 297), Cuba (artículo 255), Chile (artículo 261), Dominicana (Ley Especial 5439), Ecuador (artículo 77), El Salvador (artículo 250), Guatemala (artículo 558), Honduras (artículo 433), México (artículo 556, D. F. y artículo 399 federal), Panamá

²³⁷ Cfr. Jean Pinatel, *Criminología* (Caracas, Venezuela, Universidad Central, 1974). P. 198.

²³⁸ *Vid supra*, p. 206

(artículo 2099), Paraguay (artículo 351), Perú (artículo 141), Uruguay (artículo 141), Venezuela (artículo 320).

Aunque en sustancia es lo mismo depositar dinero, bienes o valores para asegurar la presencia a juicio y el cumplimiento de la condena, como ya mencionamos, hay variaciones en cuanto a la forma de concederla: aplicación automática si la pena que merece el delito no pasa de determinado tiempo de prisión, o no marca pena privativa de libertad; de acuerdo a las circunstancias personales del sujeto; combinación de las dos anteriores. En la mayoría de los sistemas puede el sujeto depositar la fianza; en algunos debe ser un tercero (Panamá). Hay casos en que el fiador responde con arresto (Paraguay). La fianza puede ser incondicional o con condiciones (avisar cambio de domicilio).

En México, la libertad provisional bajo caución tiene rango constitucional (artículo 20). El sistema es peculiar o procede la libertad o se dicta la formal prisión. Lo anterior se maneja a base de *numerus clausus*, pues no procede la excarcelación en los delitos enumerados en el último párrafo del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En Nicaragua, la figura usual es la "fianza de la haz", en la que el fiador responde por el presunto delincuente, sin necesidad de depósito de bienes o efectivo. En cuanto a México, las diferencias entre la condena condicional y la libertad provisional son claras. Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación indicó: "las instituciones de la libertad provisional y de la condena condicional ni siquiera pueden considerarse instituciones paralelas, pues difieren tanto por su fuente como por la finalidad que persiguen". Mientras la libertad provisional tiene rango constitucional y procura el relativo aseguramiento del favorecido para evitar su detención material mientras se decide en definitiva si es o no responsable del hecho que se le imputa, el beneficio de condena condicional se origina en la ley penal, que resulta secundaria en relación con la Constitución. Mientras que la libertad provisional es una garantía y, por ende, no queda al arbitrio del juez su concesión, la condena condicional es un beneficio que él puede o no conceder ante ciertas condiciones, las que incluso, una vez satisfechas formalmente no pueden inclinarla a la concesión de referencia (como en el caso, entre otros, de la peligrosidad manifiesta).

Mientras que la garantía que se otorga en la libertad provisional lo es para el relativo aseguramiento del acusado a fin de que comparezca a juicio, la que se hace en la condena condicional busca asegurar su presentación periódica ante la autoridad y el logro de las demás finalidades previstas en la ley penal. Se trata, en consecuencia, de institutos diferentes, al grado de que la fianza en la libertad provisional garantiza la comparecencia al juicio, en cambio en la condena condicional está garantizado la sujeción del beneficiado a la autoridad por un término de tres años (ahora cuatro años), y en relación con una sanción ya impuesta.

La libertad juratoria. Llamada también libertad bajo protesta es, después de la libertad caucional, la forma más común para evitar la prisión preventiva. Tiene características muy

similares a las de la libertad caucional, y se aplica en casos de delitos muy leves o de extrema pobreza del acusado, en que no haya indicios de que pueda fugarse. La diferencia con la libertad bajo fianza o caucional es que no se exige garantía económica, sino que basta la promesa del indiciado de que se presentará ante el juez todas las veces que sea requerido. Contemplan esta figura los códigos de procedimientos de: Argentina (artículo 382), Brasil (artículo 350), Colombia (artículo 439), Costa Rica (artículo 301), Cuba (artículo 255), El Salvador (artículo 253), Guatemala (artículo 591), México (artículos 552 y 133 bis), Nicaragua (artículo 106), Paraguay (artículo 364), Uruguay (artículo 144).

En México la libertad protestatoria la concede el Ministerio Público o el juez, cuando el término medio aritmético de la pena de prisión no exceda de tres años, no exista riesgo de fuga del inculpado, tenga domicilio fijo y trabajo, no haya sido condenado por delito intencional y no se trata de un delito de los clasificados como "graves". Hay un beneficio para personas de escasos recursos, en que se puede conceder si la pena no excede de cinco años.

La Probation es un proceso de tratamiento prescrito por la Corte, a personas condenadas por ofensa en contra de la ley, durante el cual el individuo en *Probation*, vive en la comunidad y regula su propia vida bajo las condiciones impuestas por la Corte (u otras autoridades establecidas), y es sujeto a supervisión por un oficial de *Probation*.²³⁹

Naciones Unidas la define como "un método de tratamiento de delincuentes especialmente seleccionados que consiste en la suspensión condicional de la pena, siendo el delincuente colocado bajo una vigilancia personal que le proporciona guía y tratamiento".²⁴⁰

En Estados Unidos se define como "la suspensión del juicio final (sentencia), dando al delincuente una oportunidad para mejorar su conducta, viviendo, como miembro de la comunidad, sometido a las condiciones que puede imponerle el tribunal, bajo la amistosa vigilancia de un funcionario de prueba".²⁴¹

Como se observa hay dos diferencias básicas entre el sistema de *Probation* y la condena condicional; la primera es que, en el sistema angloamericano (*probation system*) "lo que se suspende condicionalmente es el pronunciamiento de la sentencia; la causa queda en receso. En el sistema europeo se dicta la sentencia; pero se suspende la ejecución de la pena por todo el término de la prueba y hasta la extinción del Derecho de ejecución, en su caso".²⁴² La segunda diferencia es la intervención de los *Probation officers*, oficiales de prueba, encargados de la vigilancia, guía y orientación del delincuente sometido a este régimen. John Augustus es

²³⁹ Helen, Pidgeon, *Probation and Parole in the Theory and Practice*, cit. Por Ricardo Rangel en *Cuadernos Panameños de Criminología*, vol. I No. 2, p. 101.

²⁴⁰ ONU, *Probation and Releed Measures*, 1951, p. 4

²⁴¹ Cfr. Cuello Calón, op. Cit. P. 662

²⁴² Raúl Carranca Trujillo y Raúl Carranca y Rivas, *Código Penal Anotado* (México, D. F., Porrúa, 1972). P.

considerado el padre de la *Probation*, ya que sin ser jurista sino fabricante de calzado, presencié el caso de un hombre que fue llevado a la Corte, siendo que se trataba de un alcohólico. Adivinando el problema del sujeto pagó la fianza por él, recibiendo la orden de presentado en tres semanas. Cumplido aquel plazo el hombre había recobrado la fe en sí mismo y no volvió a beber.

John Augustus publicó una obra llamada *Un reporte de los trabajos de John Augustus* durante los últimos diez años en ayuda de los desafortunados, data de 1852, y relata varios casos en el que este hombre se dedicó a ayudar a delincuentes en desgracia.

La *probation* tiene múltiples antecedentes y un gran arraigo en el Common Law inglés, pues en el año 1361 se instituyó con el nombre de *recognizance* y tuvo figuras paralelas, siendo establecida en su sentido moderno en 1878 y en 1887. *Probation* viene del latín *provere*, que quiere decir probar. Es actualmente muy estudiada y aplicada en diversidad de países, sus resultados en algunos de ellos han sido notables. La *probation* consiste en un tratamiento en libertad suspendiendo el pronunciamiento de la condena o su ejecución, quedando el sujeto sometido a vigilancia y tratamiento igual que en la libertad bajo palabra, se concede como sustituto de las penas cortas de prisión (privativas de libertad). Se basa primordialmente en la supuesta falta de peligrosidad del delincuente y de su posibilidad de recuperación, para lo cual debe hacerse un estudio previo de personalidad. Su finalidad principal es evitar que el delincuente caiga en el medio regularmente corruptor de la prisión. Las restricciones que se imponen tienen carácter de tratamiento y reeducación.

Para Cuello Calón ²⁴³ son elementos fundamentales de la probation:

- a) La suspensión de la pena (en varias partes como la suspensión del pronunciamiento de la condena);
- b) Un período de prueba;
- c) Un estudio de las condiciones personales del delincuente;
- d) La sumisión a vigilancia;
- e) La sumisión del condenado a las condiciones que el tribunal le imponga.

En lo referente a menores, el sistema de probation consiste en dejar al menor delincuente en la familia y comunidad social de que procede, nombrándole una persona encargada de su vigilancia y ayuda. El tratamiento en probation ha de durar algún tiempo para que surta efecto (por lo menos seis meses), y como todo sistema tiene ventajas y desventajas, que son, en opinión de Cannivell (refiriéndose a menores):²⁴⁴

Ventajas:

- 1) Es una forma de tratamiento muy individualizada;
- 2) Deja al menor en su hogar y ambiente de origen;

²⁴³ Cuello, Calón, op. cit. Pp.646 y ss.

²⁴⁴ Joaquín, Martín Cannivell, *Delincuencia Juvenil* (Madrid, Universidad de Madrid). P. 86

-
- 3) No supone un estigma social como la institucionalización;
 - 4) Es más económica que el internamiento.

Desventajas:

- 1) No es aplicable en todos los casos;
- 2) Depende en gran manera de la adaptación del menor con su oficial o encargado de vigilancia;
- 3) Debe estar complementada con una serie de medidas escolares, familiares, ocupacionales; ambientales, etcétera, adecuadas.

La *probation* tiene como ventaja sobre la condena condicional el hecho de ser una verdadera libertad vigilada. La dificultad básica está en conseguir el personal de vigilancia, que debe reunir características muy especiales, pues debe ser más que un trabajador social y menos que un policía; con esto tratamos de decir que no cualquiera puede ni debe ser *Probation officer*. No debe desconocerse que una probation mal llevada conduce a la simulación, y a un fenómeno de "autovigilancia", como ha dicho Bacigalupo.

El hacer el examen profundo de esta figura excedería las intenciones de este trabajo, creemos que debe intentarse siendo las objeciones de costo vanas, ya que los enemigos de la figura piensan que sólo funcionaría poniendo un policía a cada delincuente, y esto no es verdad, pues pagar decorosamente a un número adecuado de vigilantes tendría un costo real (del costo social ni hablar) inferior al de mantener al delincuente en prisión. Además, se puede tener el valor de trabajar con voluntarios por lo menos en el campo de menores.

En América Latina existe el problema del costo; es indudable que un sistema de probation tiene un costo real y social inferior al de la prisión, siempre y cuando se utilice masivamente, pero en el momento actual parece que la inversión inicial está fuera del alcance de los países latinoamericanos, ahogados por una penosa deuda externa y con graves problemas económicos. Chile tiene un sistema parecido a la *Parole*, en el que los sentenciados de 2 a 5 años de prisión pueden quedar bajo la vigilancia de un delegado que depende del Ministerio de Justicia. Para principios de 1988, 614 personas estaban bajo la vigilancia de 35 delegados, reportando notable éxito, pues sólo se ha tenido un 4% de reincidencia.

La libertad condicional, llamada también libertad preparatoria o libertad bajo protesta, es una figura de rancio abolengo en América Latina; en México existe desde el Código Penal de 1871; en Uruguay, en el de 1889 y, en Argentina, en el de 1891. Actualmente se encuentra en Argentina (C. P. artículo 13); Brasil (Código Penal artículo 83); Colombia (Código Penal artículo 72); Costa Rica (artículo 64 Código Penal); Cuba (artículo 58 Código Penal); Chile (decreto 321/25); Dominicana (Ley 5635/61 artículo 2); Ecuador (artículo 87 Código Penal); El Salvador (Código Penal artículo 94); Honduras (artículo 76 Código Penal); México (artículo 84 Código Penal); Panamá (artículo 85 Código Penal); Paraguay (artículo 70 Código Penal); Perú (artículo 58

Código Penal); Uruguay (artículo 131 Código Penal); Venezuela (artículo 76 Ley Penitenciaria, artículo 20 Código Penal)

La libertad condicional se otorga a los sentenciados que hubiesen cumplido una parte de la pena privativa de libertad, si han observado buena conducta en la institución penitenciaria. Se imponen al beneficiario una serie de condiciones, la principal de ellas es no delinquir de nuevo, que de no cumplirse provocan la revocación. Los antecedentes son básicamente franceses, pues se aplicaban a menores desde 1832; Bonneville de Marsangy, Procurador del Rey la propone en su *Tratado de diversas Instituciones Complementarias del Regimen Penitenciario*, de 1847, definiéndola como "El Derecho que tendría la administración con el permiso previo de la autoridad judicial, de poner en libertad condicional, después de un tiempo suficiente de expiación, y mediante ciertas condiciones, al condenado completamente corregido, reintegrándole a la prisión a la menor queja fundada.

Se busca con ella que el reo no permanezca en prisión más tiempo del necesario, substituyendo la privación de la libertad por una libertad orientada y supervisada. En cuanto al tiempo que el sujeto debe haber pasado en prisión, la situación varía desde 1/3 de la pena (Brasil) hasta 3/5 partes (Ecuador y Venezuela). La conceden cuando se ha cumplido la mitad de la pena, Costa Rica y Cuba; las dos terceras partes, Argentina, Colombia, El Salvador, Panamá y Perú; las tres quintas partes, México. Hay casos especiales, como Argentina, en que se deben haber cumplido 20 años, si se trata de pena perpetua; Cuba, en que si el reo no ha cumplido 20 años al inicio de su condena se baja a 1/3; México, en que se cuenta la mitad de la condena en delitos culposos y Perú, en que se tiene Derecho a la condicional si ya cumplió 25 años de prisión. La autoridad competente es la judicial, con excepción de Chile, México y Panamá, en que es la autoridad administrativa.

La obligación de residir en lugar determinado se encuentra en Perú y Venezuela (donde se maneja como substitutivo de pena); la de tener medio lícito de subsistencia en Dominicana y Colombia y Uruguay, y ambas obligaciones en Argentina, Ecuador, México y Panamá. El requisito de tener trabajo ha sido duramente criticado, no sólo por el desempleo grave que padecemos, sino también por las terribles dificultades que tiene el expresidiario para encontrar quien lo reciba, convirtiéndose en una condición cuyo cumplimiento escapa a la voluntad del liberado.

La prohibición general de abusar en la ingestión de bebidas alcohólicas, que encontramos en México, Colombia y Argentina, no parece tener razón en los casos en que el alcohol no tuvo nada que ver en el delito. Más grave aún es el precepto ecuatoriano (artículo 88), en el que el liberado no puede frecuentar tabernas, o acompañarse de gente de "mala fama"; precepto similar lo encontramos en el código paraguayo (artículo 68). No tienen el Derecho a la libertad condicional los reincidentes en Argentina y Costa Rica, y en México los multireincidentes y habituales, y los que cometan delitos contra la salud, corrupción de menores, violación, homicidio agravado,

secuestro, comercialización de objetos robados, robo de vehículo con violencia, robo agravado, uso de recursos ilícitos, uso ilícito de instalaciones aéreas (Artículo 85 Código Penal). Se alarga el plazo en caso de reincidencia en Brasil (1/2 en lugar de 1/3) y, en Cuba (2/3 en lugar de 1/2).

La obligación de reparar el daño, o al menos de garantizado, lo encontramos como condición en Argentina, Brasil, Dominicana, Ecuador, México, Perú y Panamá. En cuanto a peculiaridades dignas de mencionarse, en Brasil (artículo 85 Código Penal) y en Perú (artículo 59 Código Penal), el juez dicta las condiciones a que ha de sujetarse el liberado; en México las dicta el Ejecutivo, y debe quedar sometido a la vigilancia de persona honrada y de arraigo que informe y lo presente si es requerido para ello (Artículo 84, C. P.). En Costa Rica, tiene una gran participación el Instituto de Criminología, que reporta al juez, y en México, el Consejo Técnico de la Penitenciaría envía su informe a la Secretaría de Seguridad Pública, en delitos federales, o a la autoridad ejecutora local, en delitos comunes, quien dicta en definitiva el beneficio. Ambos países tienen sistema progresivo, con prelibertades o semilibertades. Chile tiene un sistema por demás engorroso, ya que los miembros de la "visitaduría semanal", reciben un informe del director del establecimiento, con el que solicitan un pronunciamiento del "Tribunal de Conducta" (representantes del poder judicial, colegios de abogados, médicos, asistentes sociales, autoridades penitenciarias), para que se turne el caso al Ministerio de Justicia, el cual, si lo concede, expide un "Decreto Supremo". En Cuba, el Ministerio de Justicia puede solicitar la liberación aunque no se haya cumplido el tiempo de ley. Además, intervienen las organizaciones políticas, de masas, sociales y militares en la supervisión de la medida, y pueden pedir su revocación. En Bolivia, al cumplir la mitad de la sentencia, se puede pedir al juez pasar al sistema de confinamiento nocturno, de fin de semana o en institución agrícola, y al cumplir las dos terceras partes en total libertad.

En México, la clave es el reporte del Consejo Criminológico, llamado Consejo Técnico Interdisciplinario, el que, después de transcurrida una parte de la condena (tres quintas partes en delito intencional o la mitad en imprudencial), puede aconsejar la liberación del reo, así: "el examen de personalidad, finalmente, constituye el soporte técnico del moderno sistema penitenciario".²⁴⁵

La libertad condicional ha tenido notable éxito en varios países latinoamericanos, sobre todo cuando existe alguna forma de supervisión. Por ejemplo en Argentina, en el seguimiento a 2846 casos supervisados por el Patronato de Liberados, solamente se revocó la libertad en 14 casos (0.5%); en la Capital Federal el porcentaje aumenta a 1.33%.

La Parole es semejante a la libertad condicional, con la diferencia de que se otorga en cualquier momento en la época de la condena. El liberado bajo palabra queda sometido a la

²⁴⁵ García Ramírez, op. cit. P.20

vigilancia y asistencia de personal especializado, generalmente trabajadores sociales y criminólogos. Puede traducirse como tratamiento en libertad bajo palabra. El término *Parole* viene del francés "palabra de honor", y tiene también antecedentes importantes, siendo muy extendida su aplicación. La *Parole* es la liberación condicional de un recluso, de una institución penal o correccional, después que ha cumplido una parte de su sentencia. Durante el período de *Parole* el infractor continúa bajo la custodia del Estado y puede ser devuelto a la institución si viola las condiciones de su liberación.

La *Parole* no es considerada como clemencia o como un premio por buen comportamiento en la institución; tiene como propósito ser el puente en la brecha entre el encierro dentro de la institución y la completa libertad en la comunidad. Permite a las autoridades escoger un momento favorable a la liberación. Ofrece protección a la sociedad, proporcionando vigilancia cercana al comportamiento de un recluso liberado y, ayuda al infractor a través de un crítico período de ajuste.²⁴⁶

La base sobre la que gira la *Parole* es, en primer lugar, los Consejos criminológicos de la prisión, que indican en qué momento puede el recluso gozar de este beneficio, y después los oficiales de *Parole*, muy similares a los de Probation. Debe seleccionarse a los beneficiarios con gran cuidado, tal como lo menciona González Berendique, pues deben verse con franca reserva a los reclusos a quienes falta por concluir un lapso proporcionalmente muy largo de condena, a sujetos de muy bajo nivel intelectual, a sujetos adictos o alcohólicos, a reclusos que no tienen hogar conocido.²⁴⁷

En América Latina continental, por la gran tradición en la libertad condicional, no existe la *Parole*. Hay algunos intentos de libertad vigilada, pero la falta de personal de vigilancia hace que la figura se convierta en una libertad "autovigilada".

Como se sabe, la privación punitiva de la libertad constituye una sanción relativamente reciente. La antecede, a lo largo de siglos, la privación cautelar de la libertad: prisión preventiva del inculpado, hasta que se dicte sentencia y se ejecute la pena establecida en ésta.²⁴⁸ Así las cosas, la prisión penal apareció hacia el fin del Medievo -no sin antecedentes más o menos relevantes-, a imagen y semejanza de la reclusión monástica. Por eso se ha dicho que esa pena es una "invención del Derecho canónico".²⁴⁹

Al cabo del siglo XVIII, esto es, en la etapa terminal del absolutismo, había un concepto ambivalente sobre la prisión. Por una parte, existía una fuerte corriente de repudio, fundada en la

²⁴⁶ Cfr. Ricardo Rangel, "La Evolución de las penas", en *Cuadernos Panameños de criminología* (Panamá, vol. I, número. 2, 1973). Pp. 96 y ss.

²⁴⁷ Marco, González, Berendique, *El permiso bajo palabra de honor*, IV Congreso penitenciario Latinoamericano (Buenos Aires, Argentina, mayo, 1967).

²⁴⁸ Sergio García Ramírez, *El artículo 18 constitucional. Prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores* (México, D. F., UNAM, 1967). Pp. 24-25.

²⁴⁹ Cfr. Mariano Ruiz Funes, *La crisis de la prisión* (La Habana, Jesús Montero Editor, 1949). P. 76.

tradicional asociación entre el poder despótico del monarca y el empleo de la cárcel como medio para la represión ordinaria y política. De ahí que los alzamientos populares se dirigiesen, ante todo, contra las prisiones, para liberar a las víctimas de una justicia subordinada y desafiar el valor "emblemático" de aquélla. Vale recordar el caso de la Bastilla.

Por otra parte, prosperaba la nueva "ilusión penitenciaria". La pena de muerte se hallaba desacreditada. Se había aplicado con frecuencia y rigor insoportables: no bastaba la privación de la vida; también era preciso exacerbar el sufrimiento del penado. Además, hubo errores judiciales gravísimos -o injusticias deliberadas, ejemplares-, que contribuyeron a encender la opinión pública en contra de la pena capital.

La prisión acudió al relevo de la muerte. Fue vista como un sustituto plausible. Así se inició, en fin, la historia de la privación penal de la libertad, sobre la que hoy se cierne una profunda crisis. En rigor, este asunto se reformula en el contexto del abolicionismo penal,²⁵⁰ un atractivo sueño que a su vez enlaza con la idea de una sociedad gobernada por la moral (esto es, una comunidad fraterna), que para nada necesita del Derecho.

La prisión puede servir, en hipótesis, a cualquiera de los objetivos regulares de la pena, o a todos ellos: retribución, intimidación, expiación, control de la delincuencia o readaptación social.²⁵¹ Ésta constituye un esfuerzo para colocar al individuo en condiciones de no volver a delinquir cuando regrese a la vida libre (reinserción social). La readaptación no implica (o no debe implicar) una deliberada alteración de la personalidad del reo, sino dotarlo con los medios cuya carencia pudo precipitar o determinar la conducta antisocial: salud física y síquica, educación, competencia laboral, por ejemplo. En otras palabras, se ha señalado que:

No se trata de suprimir o, dicho más suavemente, de sustituir al hombre -lo que convertiría a la prisión en una pena de muerte *sui generis*-, sino de colocarlo en condiciones de ejercer sus potencialidades sin invasión o menoscabo de las facultades de los otros. Así, el lavado de cerebro no es la técnica favorita del readaptador social genuino. No oprime, sino explica, analiza, instruye, debate. Pero deja siempre abierto el espacio de la libertad; en rigor, reeduca para ésta.²⁵²

Se pretende que la prisión sea útil para la readaptación social del recluso, en la medida en que los reclusorios operen como centros de educación integral y preparación para el trabajo, que son los datos proclamados por el artículo 18 de nuestra Constitución, a partir de la reforma de 1965. Sin embargo, es aquí donde se alzan con más vehemencia las impugnaciones. La cárcel encierra una paradoja: formar hombres libres en cautiverio, esto es, calificar para la libertad en un

²⁵⁰ Luis de la Barreda, "Abolir la prisión, un canto de sirenas" en *Criminalia* (México, D. F., Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LVIII, número 1 enero-abril, 1992). P. 19.

²⁵¹ Sergio García Ramírez, *La Prisión* (México, D. F., Fondo de Cultura Económica, UNAM, 1975). Pp. 57-59.

²⁵² Sergio García Ramírez, *Manual de Prisiones* 3ª edición (México, D. F., Porrúa, 1994). P. 316.

medio ajeno a la libertad. Esto es un contrasentido, se dice. Por otro lado, la triste -cuando no terrible- situación de las prisiones, conspira contra el proyecto de mejorar a los reclusos.

Los males de la cárcel se advirtieron en plena época de "ilusión penitenciaria". Primero fue repudiada, o al menos severamente cuestionada, la pena breve privativa de libertad. Luego, a la luz del concepto mismo de regeneración, corrección o readaptación, y tomando en cuenta, además, los problemas de la reinserción social del liberado, fueron impugnadas la duración muy prolongada y la excarcelación abrupta. Los positivistas se pronunciaron contra la prisión que hoy censura la criminología crítica. Empero, todo hace suponer que la pena privativa de libertad no desaparecerá en el futuro previsible. Sin embargo, su crisis abre la puerta hacia nuevos horizontes. En ellos se localizan los sustitutivos e incluso figuran novedosas propuestas con raíces históricas y filosóficas profundas- de elevado contenido moral, dirigidas a reconcebir las consecuencias del delito y el papel de los personajes del drama penal en la solución del conflicto que éste suscita.

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

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

En segundo término, se contempla la misma suspensión en la ejecución de la condena si se está en la hipótesis mencionada en el párrafo anterior, cuando "una vez notificada la sentencia el infractor pague inmediatamente u otorgue garantía de pago de los daños y perjuicios causados, a satisfacción del ofendido".

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

En todos los casos se trata de cancelar, sustituir o reducir la prisión. En todos campea el rechazo a la cárcel. Por este rumbo ha transitado el Derecho penal moderno, adverso a la prisión punitiva. Semejantes preocupaciones han minado el empleo de la prisión preventiva, una pena que se anticipa a la pena misma, como dijo Beccaria, inexplicable bajo el principio de que todos los hombres son inocentes, y deben ser tratados como tales, hasta que se acredite su responsabilidad.

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

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

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

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

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

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

de que en la conmutación nos hallamos también ante la sustitución de la pena privativa de libertad por otra de diverso carácter.

Igualmente, se puede clasificar a los sustitutivos en atención a la autoridad que los dispone. Los sustitutivos que aquí interesan mayormente provienen de una resolución jurisdiccional. En otros casos, quedan en manos de la autoridad administrativa, ejecutora de las sanciones, al menos en un régimen con las características del mexicano, en el que la ejecución es íntegramente administrativa.

Conviene observar que la sustitución de la pena privativa de libertad por otras medidas penales se actualiza en dos instancias o momentos. Uno, de carácter absoluto, corresponde a la formulación legislativa: el legislador mismo opta, de inmediato, por una sanción diferente de la prisión en el supuesto de ciertos delitos menores. La política criminal acogida conduce a excluir la privación de libertad donde antes campeaba la reclusión. Esto forma parte del proceso de despenalización de la conducta, o bien, dicho de otra manera, de la creciente racionalidad en 'la construcción del sistema normativo penal, por lo que toca a las consecuencias jurídicas del delito. También coincide con la idea de que el Estado debe moderar, hasta el mínimo posible, el empleo de los recursos más severos del control social.

La segunda instancia o momento para la sustitución de la pena privativa de libertad ocurre en sede jurisdiccional. Es el juzgador quien elige, entre las sanciones aplicables, la que mejor convenga en el caso concreto. Se trata, entonces, de la aplicación en la sentencia de una política criminal previamente asentada en la ley. Esta manera de sustituir la prisión por otras medidas menos graves tiene un carácter solamente, relativo: el juzgador dispone mediante un juicio que pertinencia que se funda en los datos del delito y del infractor, aunque también existe, por supuesto, cierto grado de predeterminación legislativa (o "prejuicio", puesto que el legislador hace un juicio que se adelanta al del juzgador y lo bloquea): por ejemplo, la exclusión de reincidentes.

Otra consideración útil en este orden de cosas es la relativa al equilibrio de derechos e intereses implícito en el régimen de los sustitutivos. Recordemos que el orden jurídico es un método para hallar y mantener el equilibrio entre los intereses y las pretensiones admisibles de los integrantes de una sociedad determinada. El desequilibrio, en cambio, conduce a un régimen tiránico de cualquier signo. Por ello, ese ideal jurídico, social y político -el equilibrio- debe expresarse en los sistemas sustantivo, adjetivo y ejecutivo, esto es, en todo el orden jurídico, sin mengua de la tutela razonable que el legislador deba acentuar bajo las inflexiones políticas que propone o exige la circunstancia.

En el ámbito penal que ahora nos ocupa, se requiere de soluciones equilibradas y equilibradoras de los intereses y pretensiones en juego. Éstas se vinculan con los sujetos de la contienda penal: inculpado, ofendido, sociedad, Estado. Los tipos penales y las sanciones del

mismo género, los elementos del enjuiciamiento y los datos de la ejecución deben tomar en cuenta ese proyecto de equilibrio, que lleva al terreno punitivo los conceptos dominantes en la ética social.

Por ende, la formulación de los sustitutivos -y en general, de las figuras o instituciones modificativas de la pena- debe considerar las exigencias del equilibrio. De ahí que la conversión no abarque todos los casos, con independencia de las características del hecho y del autor. Las restricciones en este punto pretenden servir a la paz pública, tanto por la vía del castigo como por el medio de la reclusión que pone a buen recaudo a un sujeto cuya inmediata reincorporación social entraña problemas o riesgos severos. De ahí, asimismo, que la conversión entrañe alguna -exigencia a propósito de los derechos del ofendido, que no deben quedar insatisfechos. Vale decir: "que se beneficie al sentenciado, sin que este beneficio implique mayor perjuicio para el ofendido".

Al plantearse el tema de los llamados sustitutivos penales, se está haciendo referencia a las medidas capaces de sustituir ventajosamente²⁵³ a la pena de prisión. Pero los sustitutivos no sólo se plantean a nivel ejecutivo. Para aplicarlos se requiere primero, que estén previstos en la norma (como punibilidad) y, después, que el juez los imponga en su sentencia (como punición).

Estas medidas pueden clasificarse en dos grandes grupos: restrictivas de la libertad y no restrictivas de la libertad.

Entre las medidas restrictivas de la libertad se encuentran:

- a) La semilibertad, en la que se sale de la prisión en la mañana para trabajar en el exterior, y se regresa al anochecer, pasando en ella fines de semana y días feriados.²⁵⁴
- b) El arresto de fin de semana,²⁵⁵ que evita la pérdida del trabajo, la disolución de la familia, la prisionalización, etcétera.²⁵⁶
- c) El confinamiento, que consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él.
- d) El arresto domiciliario, que presenta inconvenientes: difícil de controlar y, en ocasiones, inequitativo, pues no se sufre igual si se vive en una choza que si se vive en un palacio.

Entre las medidas no restrictivas de la libertad encontramos:

- a) Las sanciones laborales, ampliamente aplicadas en los regímenes postcapitalistas, y recomendadas en el Congreso Internacional Penitenciario de Londres.²⁵⁷
- b) Las sanciones pecuniarias: multa, decomiso, reparación del daño, etcétera.
- c) Extrañamiento y destierro;
- d) Amonestación;

²⁵³ José Ma. Rico, *Las sanciones penales y la política criminología contemporánea, Siglo XXI* (México 1979) p. 96.

²⁵⁴ J. Constant, *Traire elementaire de Droit Penal* (París, Imprimeries Nationales, 1996). T II, pp. 963-970.

²⁵⁵ P. Bibot. "Considerations sur les arrets de fin semaine" en *Revaue Internationale de Criminologie et de police Technique* (Número 1, 1964). Pp. 49-51

²⁵⁶ Luis, Rodríguez Manzanera, "La crisis y los substitutivos de la prisión", en *Criminalia* (México, D. F., Academia Mexicana de Ciencias Penales, enero-junio, 1981). P. 27.

²⁵⁷ Eugenio, Cuello Calón, *La moderna penología*. (Barcelona, Bosch, 1958). P. 596.

e) La condena condicional, que suspende la ejecución de la pena si en un cierto plazo el sujeto no vuelve a delinquir;

f) La *Probation*, definida por Naciones Unidas como "un método de tratamiento de delincuentes especialmente seleccionados que consiste en la suspensión condicional de la pena, siendo el delincuente colocado bajo una vigilancia personal que le proporciona guía y tratamiento".²⁵⁸

g) La *Parole* -similar a la libertad preparatoria- es la liberación condicional de un recluso una vez que ha cumplido una parte de la condena.

Los denominados sustitutivos penales pueden constituir una alternativa, creativa e imaginativa, frente al fracaso de la prisión.²⁵⁹

²⁵⁸ ONU, *Probation and Related Measures*, 1951, p. 4.

²⁵⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Cuadernos para la reforma de la Justicia. Las penas sustitutivas de prisión*, Cuadernos para la reforma de la Justicia 2 (México, D. F., UNAM, 1995). Pp. 31 ss.

2. La Positivización de las Alternativas de Pena Privativa de la Libertad

2.1 Ámbito Internacional

2.1.1 Sistemas Jurídicos Extranjeros

En la actualidad no se analizan nuevas alternativas al encarcelamiento bajo los auspicios del Consejo de Europa. Desde su creación en 1957, el Comité Europeo sobre Problemas del Crimen ha discutido muy a menudo la reducción de las sentencias a penas privativas de libertad. Durante los años sesenta y principios de los setenta básicamente se utilizó la probation como medida alternativa y fue precisamente en el transcurso de esos años cuando comenzó la preocupación por utilizar nuevas penas alternativas. De ello resultó la adopción de una resolución (la número 10) que adoptó el Comité de Ministros en marzo de 1976 y que se conoce con el nombre de "Algunas medidas penales alternativas al encarcelamiento". Esta resolución y el informe correspondiente sin duda han contribuido a que el tema de reemplazo de una sentencia a pena de prisión por otras sanciones haya alcanzado tanta importancia en las reuniones científicas celebradas en la última década en los países europeos. El tema ha sido el centro de atención a nivel nacional e internacional, aunque nunca antes había sido incluido en la agenda de las anteriores reuniones de los administradores de prisiones.

El interés en las medidas alternativas al encarcelamiento (también llamadas ambulantes) ha ido en aumento tanto por razones económicas como ideológicas. En los años setenta apareció un cierto número de publicaciones especializadas apoyando las afirmaciones acerca de los limitados efectos positivos del encarcelamiento. Los estudios en este campo son coincidentes en sus conclusiones con respecto a las ventajas terapéuticas de las sanciones que no se basan en el encarcelamiento. Por otra parte, los costos para mantener establecimientos penitenciarios se han elevado a tal grado que el aspecto económico ha sido en algunas ocasiones factor decisivo en el desarrollo de la política criminal.

En julio de 1988, la división de problemas criminales de la dirección de asuntos jurídicos del Consejo de Europa, pidió a los corresponsales de sus estados miembros, que elaborasen un informe relativo a las medidas alternativas a la pena de prisión existentes en su legislación, su práctica y las tendencias futuras.

Trece estados miembros contestaron y enviaron el cuestionario; la información fue ampliamente procesada para trabajar en forma ordenada. El capítulo 1 contenía una descripción de la situación vigente en los estados miembros, incluyendo las alternativas puestas en práctica. El capítulo 2 se refería a la frecuencia de la práctica de esas alternativas y la extensión de su uso, principalmente en comparación con el uso de penas privativas de libertad y las limitaciones existentes. En el capítulo 3 se registraron las experiencias y la evaluación de los resultados

obtenidos con el uso de la medida alternativa y el grado de aceptación que tuvo. El capítulo 4 registraba las opiniones acerca de futuros desarrollos. En conclusión, se obtuvo un panorama general por lo que se refiere al uso de nuevas alternativas, así como de los problemas derivados del uso de sanciones ambulatorias.

El Comité Europeo para Problemas Criminales ha elaborado un estudio de la aplicación de medidas alternativas. El punto de partida es el reporte que presentó un subcomité en 1986, y que contribuyó a la adopción de la Resolución 76 del Comité de Ministros. Este amplio informe constituye un punto clave en la historia de las alternativas, ya que fue la primera vez que se les describió en forma particular y se les analizó científicamente. Desde entonces se han desarrollado y aplicado nuevas medidas, por lo general después de un corto periodo experimental.

Ha llegado el momento de revisar ese análisis a la luz de las recientes reformas a la legislación penal de algunos estados miembros, y la mejor manera de hacerlo es clasificar las alternativas en distintas categorías, indicando en cada caso las semejanzas y diferencias entre los países. De hecho, la comparación tiende a mostrar las distintas variedades resultado de la diversidad de los sistemas legales, más que de distintas concepciones en ellas mismas. Se pueden distinguir tres categorías, de acuerdo con su efecto sustitutivo: a) medidas que intentan sólo modificar la aplicación de las penas privativas de libertad; b) medidas alternativas que imponen sanciones diferentes a las privativas de libertad; y c) medidas que tienden a evitar la imposición de una pena privativa de libertad o, en general, cualquier tipo de sanción; no obstante, hay que señalar que para efectos de esta investigación realizada por el Consejo de Europa, las únicas medidas coincidentes aplicadas en sustitución del encarcelamiento son las descritas en el inciso b.

a) Medidas relacionadas con la imposición de una pena privativa de libertad. En esta categoría se incluyen medidas que no son propiamente tales, sino más bien acuerdos, tomados en el momento en que se dicta la sentencia, con la intención de modificar las sentencias de encarcelamiento. Su propósito es permitir una privación de libertad parcial, ya sea en forma intermitente o en un establecimiento fuera del sistema de prisiones, incluso en el hogar del delincuente. En otras palabras, son medidas que tienden a restringir parcialmente la libertad lo menos posible, con el fin de evitar que los sentenciados corran el peligro de ser afectados en forma negativa en las prisiones, anulando con ello las posibilidades de la persona de reincorporarse a la sociedad. Ellas son:

Semidetención. Por ésta se entiende una detención parcial que permite al preso salir del establecimiento a trabajar, seguir estudiando o someterse a tratamiento médico. El tiempo que pasa privado de su libertad se limita, generalmente, a las horas de la noche o al tiempo que no está ocupado por la actividad materia del acuerdo (ya sea un trabajo, instrucción o tratamiento médico). La semidetención se practica en Bélgica, Italia (donde el ofensor es obligado a pasar al

menos diez horas al día en prisión, además de sujetarse a algunas otras restricciones), Suiza, los Países Bajos, Portugal, España y Francia (la imponen los tribunales cuando las penas de prisión no exceden de seis meses, siempre y cuando el reo tenga empleo, esté inscrito en un curso o sujeto a tratamiento médico). Esta privación de libertad parcial también se aplica en la legislación penal de Irlanda (permite al reo salir de la prisión en ciertas condiciones, como sujetarse a tratamiento, tener un trabajo de tiempo completo o acudir a un centro de tratamiento y bajo vigilancia de un asistente de *Probation*).

Permiso de trabajo. Con él, se permite a una persona sentenciada emplearse fuera de la prisión. Se aplica en Suiza y los Países Bajos. En Francia, la medida sólo puede ordenarse mientras se cumple la sentencia y debe dictarla el juez que impuso la pena.

Detención de fin de semana. Es una forma de privación de libertad en periodos, ya que sólo se cumple los fines de semana. Existe en Suiza, Bélgica, los Países Bajos, Alemania y Portugal. En esta categoría se incluye la modalidad alemana de "privación de libertad del tiempo libre", que generalmente se cumple los fines de semana y se aplica a menores.

Arresto domiciliario. Éste permite al reo cumplir una sentencia corta en su casa. Se emplea en España y Turquía (cuando el reo es mayor de 65 años o si tiene una incapacidad médica que no le permita estar en prisión, y sólo si la sentencia no excede los treinta días).

Cumplimiento en una institución externa, en lugar de la prisión. Existe en Suiza y Alemania (la Ley de Drogas de 1981 permite a las personas procesadas ser admitidas en un centro de atención de alcohólicos o drogadictos, en el caso de sentencias no mayores de dos años de prisión). En el Reino Unido, el tribunal puede ordenar el internamiento en un hospital si comprueba que el procesado lo fue por un delito sancionado con pena de prisión, y antes de imponerle una pena se le beneficia con la imposición de esta medida. El reo debe ser admitido y confinado en un hospital determinado, o puesto bajo la tutela de la autoridad local.

b) Medidas alternativas que imponen sanciones diferentes a las privativas de libertad. Hay casos en los que el tribunal puede ordenar como sanción principal una que no sea privativa de libertad. Existe gran variedad de medidas, pudiéndose agrupar en cuatro categorías: a) sanciones pecuniarias y económicas en general; b) sanciones que restringen o suspenden derechos; c) diversas medidas de *Probation*, y d) trabajo en favor de la comunidad.

Sanciones pecuniarias y económicas en general

Históricamente, la primera sanción alternativa a la prisión fue la multa. Ello es lógico porque la pena de prisión ha sido la sanción principal, y la multa ha ocupado el segundo lugar en importancia. Hoy en día ya no es ésta la situación, ya que en Alemania la sanción más utilizada es la multa.

El concepto de multa o el pago de una suma de dinero como sanción ha ido evolucionando y extendiéndose a tal grado, que ya no debe uno hablar sólo de "multas" sino del término genérico

"sanciones pecuniarias". El tema de la compensación a las víctimas, al que se da cada vez más importancia, ha sido incluido en este grupo de medidas.

En cuanto al empleo de las multas, la mayoría de los países europeos las han adaptado según la personalidad y circunstancias personales del delincuente. En Francia y los Países Bajos las multas son proporcionales a las posibilidades económicas del infractor. El sistema de los días multa permite, en teoría, una correcta individualización de la pena, porque combina los dos factores variables: la gravedad del delito y las circunstancias personales del delincuente, por un lado, y la posibilidad de pago, por el otro. El sistema de días multa se usa en Suecia, Dinamarca, Alemania, Austria y Francia.

En algunos sistemas, como el francés, las multas pueden ser pagadas a plazos, y el pago puede ser suspendido por el juez, después de que ha impuesto la sanción. No pagar las multas es, teóricamente, sancionado con encarcelamiento, ya que ellas no están exentas de la abominable regla que dice: "el no cumplir con una medida alternativa a la pena de prisión acarrea una sentencia de prisión perpetua". En Italia y en la mayor parte de las entidades federativas de Alemania, es posible cambiar el incumplimiento del pago de la multa por trabajo en favor de la comunidad.

De las medidas relacionadas con las sanciones económicas, se mencionan las siguientes:

- El sistema francés de *ordonnances pénales* para delitos menores (llamados también de *bagatela*), y tratándose de primodelincuentes, puede el juez imponer una multa, siempre y cuando el delincuente acepte dicha decisión. El pago de una cantidad fija de dinero a una institución sin fines de lucro o de caridad. Esta medida alternativa se aplica en Alemania, tratándose de menores de 21 años.
- La confiscación o restitución de los productos o ganancias del delito, en el caso de delitos económicos. Se utiliza en los Países Bajos y en Alemania.
- En la compensación a las víctimas, el objetivo es ofrecer compensación o reparar el daño causado por el delito. Un ejemplo es la obligación de compensar el daño (medida utilizada en el Reino Unido), por medio de la cual el juez ordena al delincuente que le pague a la víctima una compensación por el delito cometido, debiendo cubrirle los daños personales, la pérdida o el daño sufridos.

Sanciones que restringen o suspenden derechos

La mayoría de los estados europeos aplican sanciones que restringen o suspenden derechos como penas principales. Es interesante saber la evolución de las legislaciones en este rubro, ya que aparecieron dentro de la búsqueda de alternativas a la prisión y en tanto sanciones secundarias (consideradas medidas de seguridad). En 1975 Francia las utilizaba como "medidas alternativas al encarcelamiento", e igual hacía Luxemburgo, pero ya han dejado de ser sanciones secundarias para ser principales y aplicables en cuanto medidas alternativas a la prisión.

Entre las más importantes están:

- *Inhabilitación para manejar automóviles.* Se practica en el Reino Unido (se incapacita al infractor para utilizar y obtener una licencia de manejo por cierto periodo), los Países Bajos, Noruega y Francia (suspensión de la licencia para conducir un tipo o cualquier clase de vehículos).
- *Confiscación.* Se establece en el código penal de Bélgica (confiscación de los productos del delito o de los objetos usados o preparados para ser usados, siempre que pertenezcan al delincuente), los Países Bajos, Alemania y Francia.
- *Restitución de los productos del delito.* La encontramos en la legislación penal alemana tratándose de adultos.
- *Inhabilitación para dedicarse a determinada ocupación.* Si ésta fue la que sirvió para la comisión del delito (Francia) o referente a la participación en empresas comerciales.
- *Medidas educativas.* Existen en Francia (donde una corte para jóvenes puede imponer medidas educativas en vez de sanciones penales) y el Reino Unido (por ejemplo la obligación de vigilancia o la orden de presentación a lugar determinado), que requieren del delincuente su presencia en un centro de atención educativa por periodos que no excederán de tres horas diarias y por un máximo de entre 12 y 24 horas, para personas de entre 17 y 21 años). En Alemania se utiliza la "supervisión obligatoria de la educación", durante la cual un asistente es responsable de proveer educación y orientación al joven delincuente, y debe además cooperar con sus padres con recomendaciones y consejos.
- *Sanciones morales.* Como la amonestación (aplicada en Portugal cuando el delito está sancionado con prisión no mayor a tres meses y el daño ha sido reparado); la reprensión, utilizada sobre todo en menores (los Países Bajos, Alemania); o la imposición de ciertas obligaciones (por ejemplo, en Alemania se requiere reparar el daño, disculparse personalmente con la víctima y el pago de una cantidad de dinero a una organización de caridad).
- *Libertad sujeta a vigilancia.* En Italia la impone el juez supervisor para remplazar una pena privativa de libertad que no exceda de tres meses, y consiste en cumplir ciertas obligaciones (llamar por teléfono una vez al día a la estación de policía) y respetar ciertas prohibiciones (no abandonar el lugar de residencia sin permiso, y éste sólo se concede por razones de estudio, trabajo, de salud o familiares; no poseer armas, etcétera). La vigilancia del cumplimiento de esta medida es responsabilidad de la policía.

Medidas probation

Las medidas consideradas *Probation* ocupan un lugar preponderante respecto a las medidas alternativas a la prisión (o ambulantes). Remontándonos a la época antigua, ha sido la *Probation* la única y más eficaz alternativa (aun por encima de la multa). Su objetivo no es sólo

evitar el encarcelamiento para sustituirlo por otra forma de castigo, es decir, supervisar al delincuente fuera del sistema carcelario, sino fundamentalmente facilitar su rehabilitación (función que en apariencia no tiene la multa). No sólo evita los perjuicios que causa la prisión, sino que incluso aspira a contribuir de manera positiva al restablecimiento o reincorporación del delincuente a la sociedad.

Estas medidas se han establecido en las legislaciones penales europeas en diversas épocas, hoy día se aplican en la mayoría de los países, aunque con distintas formas. Por otra parte, a pesar de los esfuerzos hechos para persuadir a los jueces de que las apliquen más efectivamente, aún están en proceso de desarrollo en muchos lugares.

El término *Probation* debe entenderse en sentido estricto, es decir, como una forma alternativa de sancionar caracterizada sobre todo por su forma de cumplimiento, que deja libre al delincuente, quien se obliga a cumplir determinadas obligaciones, bajo la supervisión de un encargado (asistente) de *Probation*; éste, como trabajador social que es, tiene la labor de apoyarle moral y materialmente para facilitarle su rehabilitación.

Este tipo de sanciones se pueden cumplir de dos maneras diferentes. Por un lado, mediante aplazamiento o prórroga de la sentencia, una vez que el delincuente ha sido declarado culpable. Así se aplica en el Reino Unido y en Dinamarca. Durante el periodo de prórroga ordenado por el tribunal, el sujeto a prueba debe cumplir determinadas obligaciones. El sistema italiano, por su parte, establece una sanción muy especial (*affidamento in prova al servizio sociale*) consistente en que el sujeto debe someterse por lo menos a un periodo de tres meses de observación privado de su libertad. Si la vigilancia y varias pruebas de personalidad resultan positivas, la pena de prisión es remplazada por la libertad del delincuente, quien queda en manos de una oficina administrativa del servicio de prisiones.

En sus inicios los aspectos procesales de la *Probation* fueron muy importantes. Ahora ya han pasado a segundo término. Por ejemplo, Portugal la introdujo en su código penal como parte obligada en el sistema de sentencias suspendidas. España parece seguir el mismo sistema. Francia adoptó un nuevo procedimiento en 1975 basado en el modelo británico (*a journement avex mise a l' épreuve*), que le permitió suspender la ejecución de las sentencias. Sin embargo, la institución *Probation* ha evolucionado considerablemente en los países europeos, y ahora se encuentra prevista en diversas formas, adaptadas al sistema legal de cada país. A veces cumple un amplio campo de necesidades, como en los Países Bajos, donde puede aplicarse en unión con la suspensión del procedimiento, y es tan frecuente su aplicación que se ha llegado a considerar un tercer sistema de ejecución de las penas, con la misma importancia jerárquica que la prisión y la multa.

En cuanto al método de tratamiento, también han ocurrido cambios. El principio tradicional que disponía una estrecha relación entre el asistente de *Probation* y el delincuente está cambiando

con miras a lograr una mejor eficiencia. Algunos de los métodos utilizados son: a) la "supervisión especial", puesta en práctica en Suecia y el Reino Unido, que consiste en una supervisión intensiva de ciertas categorías de delincuentes por el servicio encargado de la *Probation*; b) el conjunto de experimentos de *Probation*, en los cuales se trabaja para analizar diferentes situaciones; c) el tercer método está cobrando fuerza últimamente y consiste en asignar dos trabajadores sociales a cada sentenciado (en el Reino Unido, Francia y Holanda), con lo que se obtiene un conocimiento casi completo del delincuente y sus problemas, y d) el último de los métodos se utiliza en el Reino Unido para grupos especiales de delincuentes que son sometidos a una instrucción diaria.

Trabajo a favor de la Comunidad

Probablemente el servicio o trabajo comunitario sea la medida alternativa más avanzada introducida en el Derecho penal europeo en los últimos diez años, y es la que más esperanzas despierta entre los expertos en la búsqueda de alternativas a las sanciones privativas de libertad. La medida está basada en el principio de que al delincuente no detenido, se le ordena que desarrolle un trabajo sin remuneración económica por un número específico de horas, ya sea en una institución o para personas individuales. El trabajo se supone va a beneficiar a la comunidad globalmente considerada, como una forma de compensar el daño causado por el delito. La gran originalidad de la medida reside en el hecho de que la comunidad toma parte en el proceso judicial (ya que las personas que integran el aparato judicial son vecinos de la comunidad), a través de las instituciones donde se lleva a cabo el trabajo, y no sólo en la ejecución de la sentencia, sino en la rehabilitación del delincuente. En comparación con la *Probation*, el trabajo en favor de la comunidad constituye un gran avance en el cumplimiento de sentencias sin privación de libertad. Las tradicionales figuras del sentenciado y el asistente de *Probation* se han unido para dar como resultado una tercera persona: la comunidad, que será representada por la persona a cargo del cumplimiento de la tarea destinada, así como por los compañeros de trabajo y otros miembros de la misma institución.

La puesta en práctica varía de acuerdo con el sistema legal de cada país miembro. En el Reino Unido (Ley de Justicia Penal de 1972) un delincuente de 17 años o más que ha sido encontrado culpable de un delito castigado con cárcel, puede ser sentenciado a desempeñar un trabajo sin pago por un cierto número de horas no menor de 40 ni mayor de 240. Dicho trabajo normalmente deberá cumplirse en los siguientes doce meses a que se dictó la sentencia. Antes de que el juez lo disponga, deberá solicitar un informe del asistente de *Probation* relacionado con el delincuente y su personalidad. Se requiere que el juez esté convencido de que se trata de una persona confiable y adecuada para recibir tal sentencia. La disposición está en vigor desde 1983 y tratándose de menores, el periodo de trabajo va de 20 a 120 horas.

En Francia, el *travail d'intérêt général* (legislado desde junio de 1983 y en vigor desde el 1

de enero de 1984) consiste en realizar una actividad no pagada por un tiempo que va de 40 a 240 horas, en los siguientes 18 meses dictada la sentencia, y deberá ser para un fin benéfico, un servicio público, un establecimiento público o una asociación de caridad. Puede dictarse como pena principal (se requiere para ello que el acusado no haya sido previamente condenado por un delito cuya pena excediese de cuatro meses) o como una obligación impuesta en unión a una sentencia suspendida. Tratándose de menores, el período va de 20 a 120 horas, y deberá ejercerse en el plazo de un año.

En Portugal (código penal de enero de 1983) el trabajo comunitario consiste en realizar una actividad no remunerada (desde nueve hasta 180 horas) fuera de las horas de trabajo, y puede ordenarse solamente en el caso de delitos sancionados con no más de tres meses de prisión.

En Luxemburgo, el trabajo comunitario (*travaux aux profit de la communauté*), en vigor desde 1986, puede ordenarse como respuesta a la solicitud de clemencia presentada por el delincuente una vez sentenciado. De las formalidades se encarga el Servicio Central de Asistencia Social, que es también el encargado de hacer los trámites para conseguirles empleo. De hecho no constituye una pena propiamente dicha, pero sí es un sustitutivo para la pena privativa de libertad, ya que no recurre al encarcelamiento en ningún momento. El perdón surte efectos sólo si el trabajo ha sido cumplido satisfactoriamente.

El sistema en los Países Bajos (desde el 2 de febrero de 1981) ha producido resultados muy alentadores. El campo de aplicación es muy amplio porque se le puede imponer incluso mientras el juicio se lleva a cabo. La medida la ordena un juez y su propósito explícito es remplazar la pena de prisión. Puede ser ordenada junto con una sentencia suspendida (en la mayoría de los casos) o junto con *Probation*. Teóricamente, los límites del trabajo van de treinta a 150 horas, pero a menudo el límite máximo es excedido por el tribunal.

En Dinamarca, el trabajo comunitario fue introducido en fase experimental en 1982 sólo en Copenhague. En vista del éxito, se decidió extenderlo a todo el país en 1985.

Alemania aplica el trabajo comunitario desde 1953, aunque sólo para delincuentes juveniles. En gran número de entidades federativas es utilizado en los casos en que los adultos no pueden pagar las multas. Igualmente en Italia, el trabajo comunitario se usa como medida alternativa sólo con los que se declaran incapaces de pagar una multa. En Noruega, el sistema se basó en las medidas que tienden a evitar la imposición de una pena son un rubro abarcador de un amplio grupo de recursos que permite a los tribunales, una vez declarada la culpabilidad del sujeto, no imponerle ninguna sanción. Pueden clasificarse en tres categorías, de acuerdo con sus propósitos: a) suspender la ejecución de una pena privativa de libertad, b) posponer la sentencia, y c) no imponer sanción algunas modelos británico y danés; está en vigor desde 1984.

c) Medidas tendentes a evitar la imposición de una pena. Las medidas que tienden a evitar la imposición de una pena son un rubro abarcador de un amplio grupo de recursos que permite a los

tribunales, una vez declarada la culpabilidad del sujeto, no imponerle ninguna sanción. Pueden clasificarse en tres categorías, de acuerdo con sus propósitos: a) suspender la ejecución de una pena privativa de libertad, b) posponer la sentencia, y c) no imponer sanción alguna.

Con las medidas que suspenden alguna ejecución, el tribunal impone una pena de prisión, pero difiere su cumplimiento. Pueden mencionarse las tres siguientes:

Primera. La institución británica de la "pena de prisión suspendida" consiste en ordenar que la sentencia que condena a pena de prisión inferior a dos años, no surta sus efectos, a menos que el delincuente cometa otro delito sancionado con prisión. Si se dicta una sentencia carcelaria superior a seis meses de cárcel, el tribunal puede poner al sujeto bajo la supervisión de un asistente de *Probation*. Este sistema se usa también en Chipre.

Segunda. La sentencia condicional (originada en los países escandinavos) por la cual una sentencia es suspendida condicionalmente por un periodo de prueba de dos años. Se utiliza para delincuentes ocasionales con alta probabilidad de lograr un restablecimiento satisfactorio.

Tercera. El sistema continental de suspensión (*sursis*), como el italiano (suspensión condicional del encarcelamiento), es aplicable en los casos de: a) Sentencias a prisión no mayores de dos años, b) tratándose de delitos comunes, por un periodo de cinco años, y c) para delitos de bagatela,²⁶⁰ de dos años, pero aplicable una sola vez para delincuentes primarios, y sujeto además a que no cometa un delito del mismo tipo y al cumplimiento de ciertas obligaciones como el pago de los daños. El *sursis* simple que aparece en el Código de Procedimiento Penal francés, es una institución similar (sujeto a que no se cometa un segundo delito del mismo tipo en un periodo de cinco años; además, la medida no podrá ordenarse a menos que el delincuente no haya sido sentenciado durante los cinco años anteriores al proceso y que se trate de un delito con pena mayor a dos meses). Un sistema similar de suspensión existe en Portugal (en casos en que la comisión del delito no sea castigada con más de tres años de prisión, y también está sujeto al cumplimiento de obligaciones específicas en un periodo de *Probation* de entre uno a cinco años); y en España (donde la suspensión condicional se concede cuando la pena de prisión no excede un año; el periodo suspensivo será entre dos y cinco años, y asimismo estará sujeta a que la persona no cometa de nuevo un delito).

Medidas encaminadas a diferir la sentencia

El sistema de posponer la sentencia una vez que se ha comprobado la culpabilidad del sujeto, se aplica actualmente en varios estados miembros y de distintas maneras. *Aplazamiento de la sentencia* (Reino Unido). El fallo dictado por el juez a un delincuente puede ser diferido hasta por seis meses con el propósito de facilitar que el tribunal considere la conducta del sujeto antes de sentenciarlo. Para ello se requiere el consentimiento del acusado. En Suecia se aplica una

²⁶⁰ *Vid Supra*, p 230.

medida similar en los casos de sujetos adictos a las drogas, para evitarles el ingreso a prisión. El aplazamiento debe ir acompañado por un "compromiso de sujetarse a un tratamiento" durante un año, y que debe ser aceptado libremente por el delincuente.

Sentencia diferida. Se emplea en Noruega, Dinamarca, Irlanda y Bélgica. En Francia puede ordenarse un *ajournement du prononcé de la peine* si las perspectivas de rehabilitación del delincuente son satisfactorias, se ha reparado el daño y las molestias causadas por el delito han cesado. En Luxemburgo se aplica bajo condiciones especiales y sólo en casos de sujetos adictos a las drogas; en Alemania solamente los menores son sujetos de este beneficio. En estos casos, el efecto de sustitución es total ya que el tribunal se abstiene de imponer sanción alguna. Son varias las posibilidades de aplicar este sistema.

Medidas encaminadas a la no imposición de la pena

La no imposición de pena (Reino Unido y Chipre) permite al tribunal terminar el proceso sin imponer pena alguna, si está convencido de que ella no es necesaria. Se emplea en casos concretos y está sujeto a que el delincuente no cometa ningún delito con posterioridad, dentro de un periodo fijado previamente.

El sistema de *binding over* es cuando el reo debe depositar una cantidad de dinero que le avale en concepto de fianza y en los casos en los que la sentencia le obliga sólo a comportarse correctamente durante un tiempo determinado. Si infringe ese compromiso, pierde la fianza y recibe la sentencia adecuada al hecho que motivó el *binding over*; el utilizado en el Reino Unido y en Chipre implica que una vez declarada la culpabilidad del reo, el tribunal no dicta sentencia (el sistema anglosajón se caracteriza por declarar la culpabilidad primero -tarea que por lo regular corresponde al jurado- y posteriormente el juez dicta la sentencia) con la condición de que el acusado prometa tener una buena conducta durante un cierto periodo. Una medida similar se aplica en Irlanda (*Binding to keep the peace*).

En Francia, el tribunal puede ordenar una *dispense de peine* sujeta a tres condiciones: rehabilitación del delincuente, la disposición para reparar el daño causado y el cese de las molestias producidas por el delito. La orden puede dictarse una vez que la ejecución de la sentencia ha sido suspendida.

El sistema de eximir de pena en Portugal está copiado de la legislación francesa (no se impone pena alguna tratándose de delitos sancionados con prisión no mayor a seis meses, para delitos de bagatela, una vez que el daño resultado del delito se ha reparado y que dicha decisión judicial no se oponga a los requerimientos de orden público). Una medida similar se aplica en Alemania para los casos en que las consecuencias del delito son de poca gravedad y no requieran sanción.

El perdón judicial se aplica en los Países Bajos en los casos de delitos de bagatela. También se utiliza en Italia en los casos de menores sentenciados a menos de dos años de

prisión.

Uno de los principales objetivos de la introducción de alternativas al encarcelamiento es reducir el grado de injerencia en el ámbito personal del condenado. Una objeción contra la introducción de nuevas alternativas es que ellas no remplazan al encarcelamiento, sino que son sólo otro tipo de sanción aunque, en cierto sentido, menos radical (como la *Probation*). En otras palabras, se intensifica un patrón diferente de sanciones: ya no se priva de la libertad pero se incrementa el grado de injerencia. Por lo tanto, es importante analizar el problema, porque de ser cierto, algo deberá intentarse para contrarrestar el riesgo.²⁶¹

Para concluir este apartado, es pertinente describir de manera particular la situación de los sustitutivos de la pena privativa de libertad en España y Alemania, habida cuenta, de que en el ámbito penal es el referente obligado para México.

España

Nadie que conozca la realidad penitenciaria duda que el cumplimiento de una pena privativa de libertad puede llegar a producir efectos devastadores sobre la persona del condenado, sin que, por otra parte, se alcancen las pretendidas metas socializadoras. A ello deben añadirse los considerables costes económicos que la ejecución de la privación de libertad supone para el Estado y el incremento de los problemas cuando se alcanzan determinadas cuotas de hacinamiento y superpoblación carcelaria.

Tal situación ha conducido a que la mayoría de los sistemas penales actuales incluyan instituciones destinadas a evitar el ingreso en prisión de condenados a penas de escasa gravedad, cuando concurren determinadas circunstancias, o bien a permitir la excarcelación con anterioridad al agotamiento completo de la duración de la pena. Si bien algunas de estas instituciones, como la condena condicional, alcanzan ya una considerable antigüedad, lo cierto es que la propuesta y regulación de la mayoría de las actuales se produce con mayor intensidad a partir de la constatación definitiva de la crisis de la pena de prisión y la inutilidad de las penas de esta naturaleza cuando son de corta duración.

Aunque las formas sustitutivas de la ejecución de la prisión no supongan una superación del actual sistema penal, tampoco son un simple retoque cosmético. Piénsese que cuando se renuncia a imponer la pena de prisión se está renunciando al mayor efecto preventivo-general que ofrece la privación de libertad y a parte de las aspiraciones retributivas que están presentes en la colectividad social y que, frecuentemente, demandan una mayor dureza de las penas; por mucho que no quepa ocultar el contenido de control presente en este tipo de instituciones, no puede negarse que éste es menor que el ofrecido por la cárcel y si se renuncia a ejercerlo en

²⁶¹ Dolores Eugenia Fernández Muñoz, *La pena de prisión. Propuestas para sustituirla o abolirla*, Serie G: Estudios Doctrinales, número 148 (México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1993). Pp. 138 ss.

determinados casos, ello es en beneficio de consideraciones que tienden a evitar la desocialización del condenado, el efecto estigmatizador de la prisión y sus consecuencias sobre la dignidad humana.

Por tanto, una política criminal orientada a la sustitución de las penas cortas de prisión por reacciones penales de distinta naturaleza se basa fundamentalmente en una concepción del Derecho penal como *ultima ratio*, que en el caso español puede encontrar un válido apoyo en la proclamación constitucional de la libertad como valor superior del Ordenamiento jurídico (Artículo 1 Constitución Española); en tal medida puede afirmarse que la restricción absoluta de la libertad que conlleva la prisión debe reservarse para aquellos casos en que no resultan suficientes para la prevención de delitos mecanismos menos agresivos.

El Código penal incluye un sistema de alternativas a la privación de libertad que se estudia a continuación y que comprende tres apartados: la suspensión de la ejecución de la pena, la sustitución de la pena y, en el ámbito penitenciario, la libertad condicional.

Como consideración previa y común a todo el sistema de alternativas a la prisión, resulta de interés establecer los criterios generales que presiden su aplicación, puesto que el texto legal no los sistematiza ni somete a principios uniformes. Así, en la suspensión de la pena se mencionan la peligrosidad criminal del sujeto (Artículo 80,1), las características personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena (Artículo 80,2), mientras que en la sustitución de la pena se mencionan las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño (Artículo 88,1). Por otra parte, los requisitos que se establecen para la aplicación de unas u otras instituciones también varían y pueden ser interpretados con arreglo a diferentes claves: la no reincidencia en la condena condicional y la no habitualidad en la sustitución de la pena, las duraciones de las penas que pueden ser suspendidas o sustituidas, etcétera.

Sin embargo, toda esta amalgama de criterios orientadores y requisitos legales no impide establecer unas líneas generales y comunes a todo el sistema, cuya consideración puede ayudar a solucionar algunos problemas interpretativos. Así, con independencia de posteriores matizaciones, pueden establecerse las siguientes: **a)** El Código penal establece límites en la duración de las penas que pueden ser sustituidas (por ejemplo, uno o dos años de prisión) que se corresponden con lo que puede considerarse como delincuencia menos grave y que suponen una barrera de carácter preventivo-general: el legislador ha entendido que, por encima de dichos límites, la renuncia a la privación de libertad repercutiría negativamente en la eficacia intimidatoria del Derecho penal. Por tanto, respetándose esta limitación, puede entenderse respetada la orientación preventivo-general sin necesidad de tomada nuevamente en consideración. **b)** La decisión judicial sobre la alternativa a la privación de libertad supone la individualización de la sanción oportuna desde un punto de vista preventivo-especial, y considerando si la pena en cuestión es suficiente

como para evitar un nuevo delito; la renuncia a la privación de libertad en tales supuestos se basa en la consideración de que la mejor manera de resocializar es evitar la desocialización. Éste es el sentido que preside la valoración de las diferentes orientaciones resumibles en las circunstancias del *hecho* y del *autor*, aunque respecto a este último se haya introducido alguna otra restricción como las relativas a su reincidencia o su habitualidad.

Esta filosofía general del sistema de alternativas a la privación de libertad preside la elección de unas u otras cuando para un mismo presupuesto -como puede ser la imposición de una pena de un año de prisión- el Código penal permite la elección entre varias respuestas: hacerla cumplir, suspenderla, sustituirla por otra, imponer o no reglas de conducta, etcétera.

La condena condicional se encuentra regulada en los artículos 80 y siguientes del Código penal. En el marco del Derecho comparado puede incluirse en los sistemas de sometimiento a prueba del condenado, consistentes genéricamente en la *suspensión* del cumplimiento de la condena durante un cierto período en el que se establecen determinadas condiciones que, si son cumplidas, permiten declarar extinguida la responsabilidad criminal sin necesidad de ingresar en prisión.

En el caso español, los condenados a penas privativas de libertad no superiores a dos años que carezcan de antecedentes pueden ver suspendida la ejecución de la pena durante un plazo de dos a cinco años (y de tres meses a un año para las penas leves, Artículo 80,2), imponiéndose el cumplimiento de determinadas condiciones durante el mismo. Transcurrido el plazo de suspensión y cumplidas las condiciones, la pena suspendida se da por cumplida. La decisión sobre la suspensión de la pena es una facultad del juez o tribunal, que podría también ordenar el cumplimiento. El Artículo 80,1 establece como principal criterio orientador de la decisión judicial la peligrosidad criminal del reo, concepto hasta ahora extraño al sistema de penas y que sólo debería servir para la aplicación de medidas de seguridad. Esto obliga a restringirlo, interpretándolo desde los principios que rigen en la aplicación de las penas, en gran parte distintos a los propios de las medidas de seguridad.

En este sentido, no se trata aquí de la apreciación en sentido positivo del grado de peligrosidad al que debería corresponder, más propiamente, una medida de seguridad destinada a eliminarla, sino de una valoración acerca de si la suspensión de la pena con condiciones es suficiente como para evitar un nuevo delito, lo que, en cierta forma, reduce la peligrosidad a su valoración en sentido negativo; en suma, de lo que se trata es de decidir si las características del autor permiten renunciar al ingreso en prisión.

Aunque se suspenda la ejecución de la pena privativa de libertad, se dicta la condena, produciéndose determinados efectos. Así, no se suspende la responsabilidad civil nacida del delito (Artículo 90,3) ni tampoco las penas accesorias, aunque el texto legal no lo diga expresamente. Sin embargo, éstas se ejecutan por dos razones: porque el Artículo 80,1 sólo establece la suspensión de las penas privativas de libertad y porque

la tónica general en materia de penas accesorias es que éstas sólo se imponen si los derechos de los que privan tienen relación con el delito cometido (artículos 55 y ss.), es decir, tienen una fundamentación autónoma respecto a la pena privativa de libertad, por lo que no siguen la misma suerte que ésta en el caso de la suspensión.

Asimismo, la condena condicional se inscribe en una Sección especial del Registro Central de Penados y Rebeldes, con efectos restringidos (véase artículo 82). Esta inscripción resulta necesaria para el cómputo del plazo de suspensión.

Los sistemas de sometimiento a prueba con suspensión de la pena se encuentran muy extendidos en la legislación penal europea (Francia, Alemania), donde suelen acompañarse de la imposición de determinadas reglas de conducta para el sometido a prueba. Lo mismo ocurre con la probation anglosajona, aunque, dadas las peculiaridades de su sistema procesal, no sea directamente equiparable a los sistemas continentales.

Respecto a la utilización de la discrecionalidad, es cierto que hasta ahora los tribunales han concedido la suspensión con un cierto automatismo en toda pena que lo permitiera, si no constaban antecedentes penales y, generalmente, sin ponderar las circunstancias y la oportunidad de la medida. Sin embargo, la discrecionalidad puede ejercerse previamente también en la elección de la pena a imponer, de modo que cuando el marco penal y las circunstancias modificativas lo permiten, basta con elegir una pena superior a dos años para evitar la suspensión.

Los requisitos para acordar la suspensión condicional de la pena se recogen en el Artículo 81, aunque el Artículo 80,4 permite prescindir de los mismos si el penado padece una enfermedad muy grave y con padecimientos incurables (por ejemplo, fases avanzadas del SIDA), salvo que ya existiere una condena anterior suspendida por el mismo motivo. Los requisitos generales son los siguientes:

1. Que el reo haya delinquido por primera vez, sin que se tomen en cuenta los antecedentes por delitos imprudentes ni los cancelados o que pudieren serlo con arreglo al Artículo 136. Para entender que se ha delinquido es necesaria la sentencia firme, puesto que hasta ese momento prevalece la presunción de inocencia. Delinquir debe interpretarse en sentido estricto como comisión de delitos y, por tanto, no computan a estos efectos los antecedentes por faltas.

2. Que la pena impuesta o la suma de las impuestas en una misma sentencia no supere los dos años de privación de libertad. Son suspendibles todas las penas privativas de libertad, lo que incluye a la prisión, el arresto de fin de semana y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa (Artículo 35).

3. Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles, pero sólo en la medida de la solvencia del condenado, puesto que la declaración de insolvencia elimina este requisito.

La suspensión de la pena se acuerda una vez es firme la sentencia condenatoria y se comprueba la concurrencia de los requisitos (Artículo 82).

La *condición* que debe cumplirse siempre es la de no volver a delinquir durante el plazo de suspensión. Además, si la pena suspendida es de prisión, el juez o tribunal puede imponer como

condición el cumplimiento de determinadas *obligaciones* o deberes que se recogen en el Artículo 83,1.

Estas *obligaciones* (prohibición de acudir a determinados lugares, comparecer ante el juzgado, participar en programas formativos, etcétera) acercan la suspensión de la pena a otros sistemas europeos y suponen un mayor control del sometido a prueba por los servicios de la Administración encargados de informar al juez sobre su cumplimiento (Artículo 83,2). No tienen carácter punitivo ni de medida de seguridad porque no son la consecuencia jurídica de ningún juicio de culpabilidad o peligrosidad, sino que son condiciones añadidas tendentes a asegurar el cumplimiento de la condición principal que es la de no volver a delinquir.

La LO 14/1999, de 9 de junio, en Materia de Protección a las Víctimas de Malos tratos ha introducido la *prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal o de comunicarse con ellos* (Artículo 83,1, P bis Código Penal) como condición que puede imponerse al conceder la suspensión condicional de la pena de prisión.

La *revocación* de la suspensión, que obliga a cumplir la pena suspendida, se produce si el condenado delinque durante el plazo establecido (Artículo 84,1). La infracción de las obligaciones o deberes que, en su caso, se hayan impuesto no conduce irremisiblemente a la revocación, sino que puede provocar la sustitución de la regla de conducta o la prórroga de la suspensión (Artículo 84,2).

Si transcurre el plazo de suspensión habiéndose cumplido las condiciones impuestas y, en todo caso, sin haber delinquido el sujeto, el órgano judicial acordará la *remisión de la pena*, dándola por cumplida.

El Código Penal de 1995 deroga la Ley de Condena Condicional de 17 de marzo de 1908 (véase Disposición derogatoria), en la que se regulaban con mayor detalle -aunque no muy satisfactoriamente- tanto la revocación como la remisión en supuestos como la condena por un hecho cometido con anterioridad a la condena condicional, que recaiga durante el plazo de suspensión. La solución de estas cuestiones dependerá ahora de la interpretación del sentido de esta institución y de la presunción de inocencia; así, sólo podrá entenderse incumplida la condición de no delinquir nuevamente si el nuevo delito se ha cometido durante la suspensión, pero no si en ese tiempo recae sentencia condenatoria por un hecho cometido antes de la suspensión de la pena y, puesto que no puede decirse que se ha «delinquido» hasta que no recae sentencia firme, no puede revocarse la suspensión si se cometen hechos durante su plazo que resultan condenados una vez concluido y remitida la pena.

Se ha planteado si la comisión de un delito imprudente durante el plazo de suspensión debe provocar la revocación y, por tanto, el cumplimiento de la pena suspendida. Aunque el Artículo 84,1 establece la revocación en caso de delito, sin distinciones, lo cierto es que si ese nuevo delito es imprudente revocar la suspensión carece de fundamento. Por un lado, no tiene sentido que los antecedentes por delito imprudente permitan suspender la pena (Artículo 81,1 a) y, en cambio, el delito imprudente durante la suspensión obligue a revocarla; y por otro, si suspender la pena supone poner a prueba al condenado, la comisión de una imprudencia en la que no hay intención de infringir la ley no debería ser considerada como un fracaso de dicho sometimiento a

prueba.

El artículo 87 Código Penal regula como supuesto especial la suspensión de la pena en casos en que se haya cometido el hecho delictivo a causa de la dependencia de las drogas, relajando en parte los requisitos de la suspensión, aunque de manera más efectiva que en el Código anterior; con ello se pretende permitir el tratamiento de deshabituación en lugar de la prisión y, en su caso, no frustrar la deshabituación o la reinserción que pueda haberse logrado desde que se cometiera el delito.

La *pena suspendible* es aquí de hasta tres años de privación de libertad, sin que la reincidencia o existencia de antecedentes penales vete automáticamente la suspensión puesto que, en tal caso, deberá valorarse expresamente la oportunidad de esta última, pudiendo acordarse si se estima oportuno. Pese a ello, se sigue vetando para los delincuentes habituales, concepto que no difiere en mucho del de reincidencia (Artículo 94) y que no es extraño concorra en delincuentes drogodependientes. Por otra parte, es también requisito de la suspensión que se certifique que el reo se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin (Artículo 87,1, 1a).

Las *condiciones* que se imponen al condenado condicionalmente son la de no volver a delinquir durante el plazo de suspensión (que como mínimo debe ser de tres años, lo que endurece las condiciones de la condena condicional: véanse artículos 80,2 y 87,3). Asimismo, la remisión definitiva de la pena queda condicionada a que, transcurrido el plazo de suspensión sin que se cometa un delito, se acredite la deshabituación o la continuidad del tratamiento de deshabituación (Artículo 87,5). Obsérvese que la continuidad del tratamiento es requisito de la remisión de la pena transcurrido el plazo, mientras que en el Artículo 87,4 se recoge como condición de la suspensión que no abandone el tratamiento hasta su finalización; al respecto, no cabe esperar especiales éxitos en los tratamientos impuestos coactivamente con independencia de los inconvenientes que plantean desde el punto de vista de un Derecho penal democrático y, al mismo tiempo, no puede ignorarse que las recaídas eventuales en el consumo de drogas durante la aplicación del tratamiento no son raras ni excepcionales. Por todo ello, a estos efectos debería entenderse abandonado el tratamiento cuando se trate de un abandono definitivo y estimarse la continuidad del mismo cuando se mantenga, pese a haberse producido alguna recaída esporádica.²⁶²

En todo caso, la *revocación* de la condena condicional no se produce ineludiblemente cuando se incumplen las condiciones establecidas puesto que, en tal caso, subsiste la posibilidad de estimar necesaria la continuidad del tratamiento y prolongar el plazo de suspensión, oídos los informes correspondientes (Artículo 87 *in fine*).

²⁶² Caffarena Mapelli y Terradillos Basoco, *Las consecuencia jurídicas del delito* (Barcelona, Bosch, 1984)

Como alternativa a la privación de libertad se recoge también la posibilidad de *sustituir* la pena impuesta por otra distinta que se ejecuta inmediatamente. La *sustitución* de la pena está prevista para la prisión y el arresto de fin de semana y se regula en los artículos 88 y ss. La sustitución puede producirse en la misma sentencia o posteriormente, en auto motivado, pero antes de iniciarse la ejecución de la pena inicialmente impuesta, lo que debe entenderse aplicable a todos los supuestos de sustitución aunque formalmente sólo aparezca en la sustitución de la pena de prisión (Artículo 88,1), puesto que no existen razones para acordar la sustitución del arresto de fin de semana (Artículo 88,2) en un momento procesal diferente. En aplicación del Artículo 88,4 en ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras.

De la sustitución de la Pena de Prisión

El supuesto normal se produce en el caso de las penas de prisión inferiores a un año, que pueden ser sustituidas por arresto de fin de semana o por multa, conforme a las reglas de conversión establecidas en el Artículo 88 (cada semana de prisión equivale a dos arrestos de fin de semana). Tanto la consideración de los criterios orientativos (circunstancias del reo, naturaleza del hecho, etcétera) como la imposición o no de reglas de conducta del Artículo 83, es interpretable en clave preventivo-especial, tal como se ha indicado en las líneas introductorias a este tema. Ello alcanza también al esfuerzo para reparar el daño causado, que, como todas las referencias a la víctima en esta materia (véase también Artículo 81,3a en la suspensión de la pena), no debería llevar a confundir la responsabilidad civil con la penal, otorgando contenidos punitivos a la primera.

Al igual que con la reincidencia, en la suspensión de la pena la exigencia de que el reo no sea habitual (para el concepto de habitualidad a estos efectos, véase Artículo 94) podía haberse obviado, puesto que en la valoración sobre la oportunidad de una u otra sanción deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del autor, entre las que se encuentra la existencia de condenas anteriores.

El contenido eminentemente preventivo-especial de esta institución se pone de manifiesto en el supuesto excepcional de sustitución de penas de prisión de hasta dos años (Artículo 88,1, segundo párrafo), permitida si la privación de libertad había de frustrar sus fines de prevención y reinserción social.

Mientras en el caso de la suspensión el Código penal deja claro que el cómputo de la pena a suspender debe sumar todas las penas impuestas en la sentencia (Artículo 81,28), nada se dice en el caso de la sustitución de la pena de prisión lo que, en principio, permite sustituir independientemente varias penas inferiores a un año aunque acumuladas superen dicha duración. Ello podría verse como una burla del límite temporal establecido para la sustitución, pero lo cierto es que dado que la ley no impone la acumulación de las penas a estos efectos -como se hace en la suspensión-, no pueden imponerse requisitos limitadores y perjudiciales para el reo que no

estén expresamente previstos. En suma, cabe la sustitución independiente de penas inferiores a un año, aunque sigue siendo una facultad del tribunal, que puede dejar de utilizarla si las penas acumuladas superan considerablemente el año de duración.²⁶³

El Artículo 88,2 permite la sustitución de la pena de arresto de fin de semana (de cualquier duración, puesto que no se limita) por multa o por trabajo en beneficio de la comunidad. La exigencia de que sea voluntaria obliga a establecerla siempre como pena alternativa, aunque su limitación al arresto de fin de semana posiblemente resulte excesivamente tímida.

Nada se dice aquí sobre los criterios a utilizar en la decisión judicial, ni se establecen especiales requisitos, lo que podría llevar a entender que son aplicables a este supuesto los establecidos en el número anterior para la sustitución de la prisión. Al respecto, resultan válidas las orientaciones de carácter preventivo-especial (las circunstancias del autor, etcétera), pero no porque la sustitución del arresto de fin de semana sea una mera prolongación de la sustitución de la prisión, sino porque a ello empuja la filosofía general del sistema de alternativas a la privación de libertad. Por tanto, no puede entenderse aplicable aquí el requisito de la no habitualidad, ya que supondría una interpretación restrictiva perjudicial para el reo.

El Artículo 88,3 establece como efecto del incumplimiento de la pena sustitutiva la aplicación de la pena sustituida e inicialmente impuesta, sin mencionar si debe aplicarse también, en su caso, el delito de *quebrantamiento* de condena. El delito de quebrantamiento y el incumplimiento de la pena sustitutiva son situaciones diferenciadas en el Código penal. El primero supone la ineficacia de una resolución judicial con intención de sustraerse definitivamente al cumplimiento de la pena que sólo puede responderse con una condena por delito contra la Administración de Justicia (Artículo 468), mientras que el segundo es, en realidad, el incumplimiento de una condición implícita -la de cumplir la pena sustitutiva- que determina el regreso a la situación de partida, es decir, la pena sustituida. Las reglas del concurso de normas impiden aplicar *ambas consecuencias* a un único supuesto, lo que permite excluir la pena por quebrantamiento en los supuestos que ahora se tratan.

La sustitución de la pena puede acompañarse de la imposición de las obligaciones o deberes previstos en la suspensión de la pena (Artículo 88,1 en relación al Artículo 83), pero en este caso no se dice cuál es la consecuencia de su incumplimiento. Esta omisión no puede ser suplida por vía interpretativa estableciendo consecuencias sancionadoras no previstas en la ley, ni tampoco aplicarse en este caso el quebrantamiento de condena porque tales obligaciones no son penas ni medidas de seguridad, lo que confirma su carácter predominantemente tutelar y de control añadido a la suspensión o la sustitución.

El Artículo 89 recoge la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad inferior a seis años por la expulsión del territorio español de los extranjeros no residentes legalmente en España.

²⁶³ Cfr. De Sola Dueñas, et. al, *Alternativas a la prisión* (Barcelona, PPU, 1986).

La amplitud de la pena sustituible (de hasta seis años) apunta al propósito de disminuir población penitenciaria integrada por condenados de estas características, lo que se confirma con la posibilidad de expulsión de extranjeros condenados a penas iguales o superiores que hayan cumplido tres cuartas partes de la condena. En este último supuesto, y pese a que el reo deberá ser oído, el trato discriminatorio es evidente, en tanto en cuanto, con tal grado de cumplimiento, lo pertinente es la libertad condicional (véase Artículo 90).²⁶⁴

Alemania

a) *Sustitución de la pena corta privativa de libertad por multa.* Una de las líneas político criminales más importantes en Alemania se sitúa en el intento de evitar las penas cortas privativas de libertad, entendiendo por tales las inferiores a seis meses, aunque superiores a un mes, ya que no existen penas inferiores a esta última duración. Lo anterior se desarrolla en dos sentidos: la obligación para el juez de suspender la ejecución de toda pena de prisión impuesta por menos de seis meses, tema que se verá en el apartado siguiente relativo al sometimiento a prueba, y por otro lado, las posibilidad de dejar de imponer penas de prisión cortas, sustituyéndolas por una pena de multa.

Artículo 47.- Penas cortas de privación de la libertad solo para casos excepcionales.

(1) El Tribunal sólo impone una pena privativa de la libertad inferior a seis meses cuando circunstancias especiales que concurren en el hecho o en la personalidad del autor, hacen indispensable la imposición de una pena privativa de la libertad para influir sobre el autor o para defender el ordenamiento jurídico.

(2) 1 Si la ley no amenaza con una multa y no corresponde a una pena privativa de la libertad de seis meses o más, entonces el tribunal impondrá una multa si no es indispensable la imposición de una pena privativa de la libertad conforme al inciso 1.2. Si la ley amenaza con un aumento del mínimo de la pena privativa de la libertad entonces el mínimo de la multa en los casos de la frase 1 se determina de acuerdo con el mínimo de pena privativa de la libertad ordenada. En relación con esto, treinta días de importe diario corresponden a un mes de pena privativa de la libertad.²⁶⁵

Hay que señalar aquí que en Derecho alemán no existen pena de prisión inferiores a un mes y que las penas pecuniarias se determinan con arreglo al sistema de los días-multa, existente también en los sistemas escandinavos, consistente en que el juez determina en primer lugar el número de días (multa) durante los que el sujeto deberá pagar según la gravedad de lo realizado y de la culpabilidad. En segundo lugar, se determina el importe a satisfacer cada día según las

²⁶⁴ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal Parte General*, 4ª edición (Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2000). Pp. 637-649.

²⁶⁵ Alemania, *Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998*, Traducción Claudia López Díaz (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999). P. 32

circunstancias personales y económicas del reo.

Con ello se pretende combinar los dos criterios (entidad del delito y capacidad económica del reo) y al mismo tiempo evitar que la pena de multa favorezca a quienes tienen mayor capacidad económica, puesto que no se trata simplemente del pago puntual de una cantidad global, sino que el condenado se ve vinculado a la ejecución de la pena durante un cierto tiempo.

Con relación a los sistemas probation se tiene la siguiente experiencia:

España

La libertad condicional se regula en los artículos 90 y siguientes del Código Penal y, pese a ubicarse entre los sustitutivos de la prisión, no participa plenamente de su principal característica cual es evitar el ingreso en la cárcel.

La libertad condicional, que acuerda el Juez de Vigilancia, está más próxima a los beneficios penitenciarios al consistir en la posibilidad de cumplir en libertad el último período de la condena; aunque se esté en libertad, se sigue cumpliendo la condena, lo que permite establecer especiales condiciones durante ese tiempo, como son la imposición de reglas de conducta propias de las medidas de seguridad (Artículo 90,2 en relación al 105) y la condición básica de no volver a delinquir durante el mismo tiempo, cuyo incumplimiento determina la revocación del beneficio y el reingreso en prisión para cumplir el resto de la pena.

La vigente regulación establece los requisitos de la concesión en el Artículo 90,1: la) la exigencia de que el reo se encuentre en el último período de la condena se enuncia correctamente como tercer grado de tratamiento penitenciario; 2a) deben haberse extinguido tres cuartas partes de la condena; y 3a) la orientación preventivo-especial se formula al mencionarse el pronóstico individualizado de reinserción social.

De cumplirse las circunstancias primera y tercera, puede otorgarse excepcionalmente la libertad condicional a quienes hayan cumplido dos tercios de la condena, si merecen dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales (Artículo 91). Con ello se pretende establecer un incentivo al trabajo penitenciario que compense la eliminación de la redención de penas por el trabajo recogida en el Artículo 100 del Código penal anterior. Sin embargo, la mención a la excepcionalidad de este supuesto y a la valoración individualizada de su oportunidad, impiden que pueda entenderse recuperada subrepticamente la vieja redención de penas por el trabajo, cuya aplicación automática había sido rechazada unánimemente y ha sido claramente evitada por el legislador.

Por último, el Artículo 92 Código Penal permite conceder la libertad condicional a los sentenciados mayores de setenta años aunque no hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena (o, en su caso, las dos terceras). Sin embargo, deben cumplir con los restantes requisitos del Artículo 90 que exigen la clasificación en tercer grado y el pronóstico de reinserción social que especialmente en cuanto al primero- exigen el ingreso en prisión tras la firmeza de la sentencia.

Alemania

Las instituciones de interés, en este terreno, en Alemania son las siguientes: suspensión condicional de la pena con sometimiento a prueba, suspensión del resto de la pena (libertad condicional) y amonestación con reserva de pena. Además, el Código penal alemán (en adelante, StGB) recoge la institución de la dispensa de pena, equivalente al perdón en casos de poca importancia.

Suspensión de la pena con sometimiento a prueba (Strafaussetzung zur Bewährung) (Artículo 56 StGB). Se trata de una institución prácticamente equivalente al sistema de «probation» anglosajón. La suspensión de la condena como decisión fundamentada jurídicamente se introduce en el Derecho penal de jóvenes (JGG) en 1923, permitiéndose la remisión de la pena por buen comportamiento durante dos años (o hasta cinco como máximo). En esta primera regulación no estaban previstas especiales medidas de asistencia con el sentido que actualmente tienen. A partir de 1945 se desarrollan una serie de iniciativas en decisiones concretas, que se orientan al modelo anglosajón de probation y al francés de «libertad vigilada». Las experiencias llevadas a cabo en algunos estados, culminan en la introducción de la suspensión con sometimiento a prueba y la suspensión del resto de la pena, en el Derecho penal general.

Regulación. En el Derecho penal alemán, se distingue entre los jóvenes y los adultos: hasta los 14 años de edad no existe responsabilidad penal de ningún tipo y, por lo tanto, se trata de una exención total. Entre los 14 y los 18 años (el joven), sólo existirá responsabilidad penal si el sujeto es lo suficientemente maduro como para entender que actúa antijurídicamente. En el caso de que esto no sea así, el juez de jóvenes adoptará medidas educativas, mientras que de admitirse la responsabilidad criminal, se aplicarán medidas o penas adecuadas al joven," es decir, propias del Derecho penal juvenil. Además, el llamado joven-adulto (entre 18 y 21 años), se encuentra plenamente sometido al código penal general en cuanto a su responsabilidad, pero las consecuencias jurídicas de su actuación (las penas) deben tomarse del Derecho penal juvenil.

En el Derecho penal general (StGB), la suspensión condicional de la pena en sus distintos supuestos, se asienta generalmente sobre la exigencia de una prognosis social favorable al reo, contemplándose tres grados en la concesión de la suspensión:

- Las penas inferiores a seis meses, se suspenden siempre que exista una prognosis favorable, sin poderse tomar en cuenta otras consideraciones.
- Las penas comprendidas entre seis meses y un año, se suspenden también en todos los casos normales. El límite que establece aquí la ley aparece también en la sustitución de la pena corta de prisión por multa; no podrá suspenderse la pena si la defensa del Ordenamiento jurídico impone su ejecución. Este concepto se concreta, como en el caso de la sustitución por multa, a partir de lo establecido jurisprudencialmente. Así, se entiende que la ejecución de la pena es sólo necesaria, cuando su inaplicación produciría un serio

peligro para la actitud de la población ante el Derecho, como consecuencia de la disminución de la confianza en la Administración de Justicia.²⁶⁶

- En penas comprendidas entre uno y dos años, pese a que exista prognosis favorable, sólo podrá acordarse en casos excepcionales si el tipo de delito y la personalidad de su autor lo aconsejan. Ejemplos de casos excepcionales son supuestos de muerte a petición de la víctima, delitos pasionales, etcétera.

El período de prueba a acordar es de dos a cinco años, pudiendo ampliarse o reducirse dentro de estos límites según la evolución del condenado.

Característico de la regulación alemana es la distinta orientación de las instrucciones y obligaciones que pueden imponerse al condenado durante el período de prueba.

La distinta orientación y regulación se plasma en el sentido siguiente: las *obligaciones* tienen finalidad reparadora del daño causado por el delito y por ello se inscriben en la genérica función retributiva de las penas. Estas obligaciones están previstas en forma de catálogo cerrado, sin que puedan imponerse otras distintas: indemnización de daños, pago de una cantidad de dinero a una institución benéfica o estatal y prestaciones en beneficio de la comunidad.

En cambio, las instrucciones tienen finalidad preventivo especial y de control de la resocialización del sometido a prueba. Para éstas no existe catálogo cerrado y pueden imponerse las que se consideren adecuadas a los fines señalados. Se trata de instrucciones referentes al lugar de residencia, educación, trabajo, utilización del tiempo libre, deber de presentación ante las autoridades, prohibición de frecuentar determinados lugares, etcétera

En cuanto al sometimiento a la dirección y vigilancia de un delegado de probation, hay que señalar que supone la intervención permanente sobre el comportamiento del condenado y, por ello, sólo se impone si son insuficientes otras medidas menos radicales. Sin embargo, se impondrá normalmente en suspensiones de pena superior a nueve meses y si el condenado es menor de veintisiete años.

El asistente, sin perjuicio de lo que después se dirá, tiene como cometido tanto la asistencia al condenado como el control del cumplimiento de las instrucciones y obligaciones. Es competente para acordar la revocación de la suspensión el tribunal sentenciador en primera instancia, siendo causas de revocación la comisión de delito durante el período de prueba y la infracción grave y reiterada de las obligaciones e instrucciones. Hay que señalar, sin embargo, que en caso de comisión de nuevo delito, la revocación no es obligatoria, pudiendo optarse por ampliar el plazo de suspensión, por imponer obligaciones o por el sometimiento a control si éste no se había acordado antes.

²⁶⁶ H. H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y Francisco Muñoz Conde (Barcelona, 1981).

En cuanto al Derecho aplicable a los jóvenes, con el ámbito antes señalado, hay que señalar su paralelismo con el Derecho penal común respecto a las líneas generales, aunque aparecen algunas especialidades. Pese a que la gravedad de las penas a suspender es igual al Derecho penal común, se introduce el criterio de la suspensión en los casos en que el juez tenga dudas acerca de los efectos perniciosos que la pena pueda ocasionar y acerca de la necesidad de imponerla.

Igualmente, el encargado de la ejecución es el juez de menor correspondiente, a quien pasan las competencias que para los adultos tiene el juez de ejecución penal. El plazo posible de suspensión es también distinto: de dos a tres años, pudiendo disminuirse a uno o aumentarse hasta cuatro. Por otra parte, el párrafo 26 de la Ley de Tribunales de jóvenes establece como causas de la revocación la reincidencia, la infracción de las obligaciones y la sustracción voluntaria a la ayuda del agente de *Probation*.

Amonestación con reserva de pena

Esta es una institución que constituyó una de las aspiraciones del movimiento de reforma del Derecho penal alemán, plasmada en el Proyecto Alternativo de Código Penal de 1966. Este texto, alternativo al Proyecto de 1962, la concebía como una institución de amplia base, destinada especialmente a delincuentes primarios. Sin embargo, la Comisión encargada de la Reforma la incluyó con carácter excepcional y así ha sido utilizada jurisprudencialmente.

En la amonestación con reserva de pena, se pronuncia veredicto de culpabilidad y se establece la pena concreta que merece el reo, pero no se le impone y en lugar de ello, se le *amonesta*. La existencia de esta amonestación, unida a las penas a las que exclusivamente puede ser aplicada, es la diferencia fundamental respecto de la suspensión con sometimiento a prueba, ya que la amonestación es concebida como un grado mínimo de sanción penal, o en palabras de Jescheck,²⁶⁷ como una sanción cuasi penal. Requisitos de la concesión (Artículo 59 C. penal alemán) son:

La amonestación con reserva de pena sólo puede ser aplicada a reos que deberían ser castigados con penas de hasta 180 días-multa y los restantes requisitos que deben concurrir son los siguientes:

- Prognosis social favorable: El Tribunal debe esperar que el autor no perpetrará nuevos hechos punibles, pese a que no se le ejecute la pena.
- Se considera indicado reservar la pena, en atención a las circunstancias especiales que se dan en el hecho y la personalidad del autor. Es la denominada cláusula de merecimiento, mediante la cual se valoran especialmente los perjuicios que se derivarían para el reo de la ejecución de la pena. Se suelen tener en cuenta la inexistencia de antecedentes, las

²⁶⁷ Ibidem, p.1169.

imprudencias cometidas con escasa culpa del reo y gran parte de responsabilidad de la víctima, etcétera.²⁶⁸

- Es necesario que la defensa del Ordenamiento jurídico no exija la imposición de la pena. Es una cláusula limitativa preventivo general que, como hemos visto, aparece en todas las instituciones sustitutivas de la pena en Alemania.

Libertad condicional (suspensión del resto de la pena)

Con el tratamiento de la libertad condicional, entramos ya en el terreno de los beneficios penitenciarios: al igual que en otros sistemas, se trata de una medida a acordar cuando ya se ha cumplido una parte de la pena, es decir, en el ámbito penitenciario, aunque la decisión se adopta por la autoridad judicial (Sala encargada de la ejecución penal).

Existen dos casos de concesión de la libertad condicional, ésta es obligatoria cuando el reo ha cumplido dos tercios de la condena, y por lo menos, dos meses, siempre que exista prognosis social favorable y el reo lo consienta. La concesión es facultativa, cuando el reo ha cumplido la mitad de la pena y, por lo menos, un año, si además se dan las restantes condiciones (prognosis y consentimiento).

Respecto de la prognosis hay que hacer las mismas observaciones que se plantearon en la suspensión con sometimiento a prueba. Esperanza de que el reo no delinquirá en el futuro, dada la evolución de su personalidad durante el cumplimiento. Durante el resto de la pena, que el condenado cumple en libertad, son aplicables las normas relativas a sometimiento a asistencia, obligaciones e instrucciones que regulan la suspensión de la pena, es decir, se trata de casos que también entran en la competencia de los asistentes de prueba o agentes de *Probation*. Ahora bien, así como en la suspensión de pena, el Tribunal que la acuerda puede dejar de someter al reo a la asistencia y vigilancia del agente de *probation*, en los casos de concesión de libertad condicional en los que el reo haya permanecido más de un año en prisión, el tribunal acordará por lo general el sometimiento a la asistencia y control de un agente.

La situación de libertad condicional y, por tanto, el plazo de prueba, no puede fijarse por un tiempo menor al que quede por cumplir. También en materia de revocación del beneficio rigen las normas previstas para la suspensión de la pena.

²⁶⁸ Ibidem, p. 1171

2.1.2 Congresos Internacionales que abordan los Sustitutivos Penales

Organización Internacional de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. En el último siglo que acaba de concluir, se ha presenciado la aparición general de estados y gobiernos nacionales, y con ello la codificación de leyes que definen el comportamiento delictivo a niveles nacionales, estatales y municipales, surgiendo de esta manera la necesidad de efectuar diversos congresos en Europa, pues con el primer congreso celebrado internacionalmente sobre prevención y represión del delito en Londres en 1872, entre otros puntos, comenzó el surgimiento de las posibles medidas sustitutivas de encarcelamiento, las modalidades de rehabilitar a los condenados, el tratamiento de jóvenes delincuentes, los tratados de extradición y los "medios de reprimir a los capitalistas delincuentes" que en la actualidad sigue acaparando la atención de académicos y profesionales. Al final del citado congreso de Londres, se constituyó la *International Prison Commission* (Comisión Internacional de Prisiones) que entre otras cosas sirve para estimular la reforma penal y convocar periódicamente conferencias internacionales.²⁶⁹

La citada comisión, se afilió a la sociedad de las naciones y celebró conferencias en capitales europeas cada cinco años, entre 1925 y 1935 (en la última conferencia se cambió su nombre a Comisión Internacional Penal y Penitenciaria). Al prestigio de la comisión sirvió después de la conferencia de 1935, que se celebró en Berlín, ya en la resolución 415 (V) de la Asamblea General, del 1° primero de diciembre de 1950. Se llegó al acuerdo de disolver la Comisión, Internacional Penal y Penitenciaria y de incorporar sus funciones y archivos en la labor de las Naciones Unidas.

La Fundación Internacional y Penitenciaria sucesora de la comisión administra los fondos de la organización y organiza simposiums internacionales.

A medida que las Naciones Unidas fueron fomentando en todo el mundo, la confianza en las ventajas de la cooperación internacional fue ampliando su mandato, así como el alcance de su preocupación por el delito y la lucha contra la delincuencia. En primer término llevar adelante los esfuerzos de la Sociedad de las Naciones por someter la conducta de los estados al imperio de la Ley. En segundo lugar, las Naciones Unidas elaboraron normas básicas para que los estados pudieran evaluar sus prácticas en materia de justicia penal, tanto para asegurar el respeto de los derechos humanos como para mejorar la eficacia en la lucha contra la delincuencia. Los congresos y las conferencias de las Naciones Unidas reflejaron una conciencia cada vez mayor sobre la necesidad de adoptar medidas para aliviar la mala situación económica y social que da origen a la conducta delictiva.

Las Naciones Unidas apenas habían cumplido 10 diez años, cuando se convocó en 1955 el *Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del*

²⁶⁹ Naciones Unidas, *Las Naciones Unidas y la Prevención del Delito* (Naciones Unidas Nueva York 1991).

Delincuente en el Palacio de las Naciones, en Ginebra, se concentró en las dos esferas, consistentes en el tratamiento cruel e inhumano de los reclusos de los sistemas de justicia penal, ha sido el estigma de la civilización a través de la historia, pero se convirtió en un problema espinoso después de la segunda guerra mundial, cuando todavía estaba fresco el recuerdo de los horrores cometidos en las cárceles y los campos de concentración fascistas; así como en la anarquía que imperaba entre los jóvenes que se reflejó en numerosos estudios, novelas, películas y documentales de televisión.

De conformidad con la resolución 415(V) de las Naciones Unidas, continuaron la práctica de la comisión de convocar congresos cada cinco años. Los congresos se celebraron en Londres en 1960; Estocolmo en 1965; Kyoto en 1970; Ginebra en 1975; Caracas en 1980; en Milán en 1985; La Habana en 1990; en el Cairo en 1995 y en Viena en 2000. En estos congresos se generalizó la práctica de redactar documentos oficiales como las 95 Reglas Mínimas.

El aumento de la Población Penitenciaria subraya la importancia de las propuestas de las naciones unidas en el sentido de que se apliquen sanciones sustitutivas del encarcelamiento a una amplia variedad de delitos.

En la resolución 415(V), de la Asamblea General de primero de diciembre de 1950 en que se incorporo la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria a las Naciones Unidas, también se ideó que se celebraran cada cinco años congresos sobre cuestiones de justicia penal. La tradición de los congresos quinquenales fue establecida por la Comisión y su órgano antecesor, que celebraron congresos cada cinco años entre 1885 y 1910 así como entre 1925 y 1935.²⁷⁰

Primer Congreso de Ginebra Suiza, en 1955

Asistieron 512 participantes. La calidad de las credenciales y la diversidad de los antecedentes de los participantes confirió credibilidad a estos primeros intentos por lograr cooperación internacional en materia de justicia penal; asistieron delegados de 61 países y territorios en representación de cincuenta y un gobiernos; desde organizaciones internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura (UNESCO). La Organización Mundial de la Salud (OMS), el Consejo de Europa y la Liga de estados Árabes, así como de 43 organizaciones no gubernamentales. En este congreso se aprobaron las noventa y cinco reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, una especie de carta de derechos de los reclusos de los sistemas de justicia penal. Se consideró que, fuese cual fuese la magnitud de sus delitos, los reclusos tenían Derecho a la dignidad humana y a normas mínimas de bienestar. El éxito de las Reglas mínimas abrió el camino a muchos otros modelos, normas, reglas, directrices internacionales que abarcaban todos los aspectos de la administración de justicia penal y establecieron un precedente

²⁷⁰ Naciones Unidas *Las Naciones Unidas y la Prevención del Delito y Justicia Penal* Publicado por el departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, p. 17.

para el empeño de las naciones unidas, en humanizar la administración de justicia penal mediante la aplicación de principios universales acordados a nivel mundial. Otra recomendación que se llevó a cabo en este primer congreso, fue la de comprender recomendaciones para la selección, capacitación y condición del personal de las cárceles, la posibilidad de crear establecimientos penales y correccionales "abiertos" y la utilización adecuada del trabajo en la cárcel.²⁷¹

Segundo Congreso Gran Bretaña, 1960

Asistieron 70 gobiernos, 50 organizaciones no gubernamentales y 632 participantes. El de la participación, que abarcó por primera vez a la antigua unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, reflejó el crecimiento de las naciones unidas. La cuestión de la justicia penal se examinó en relación con el desarrollo nacional en general. El segundo congreso recomendó el fomento de los sistemas de justicia penal, vinculando una planificación racional con una política social en la búsqueda de soluciones al problema de la delincuencia.

Entre las principales conclusiones del segundo Congreso, estuvieron las siguientes: la delincuencia de menores debía limitarse a la violación del Derecho penal, sin incluir los delitos "en relación a la condición"; las medidas preventivas de los servicios de policía debían subordinarse a la observancia de los derechos humanos; los programas de prevención del delito debían coordinar estrechamente con la planificación a nivel nacional, social y económico; los códigos penales debían reflejar el cambio social; y la justicia social y la justicia se debía individualizar, de modo que se dictaran sentencias racionales, en que se equilibraran los intereses de la sociedad con los del individuo.²⁷²

Tercer Congreso Estocolmo Suecia, 1965

La prevención de la delincuencia fue el tema central del tercer congreso celebrado en Estocolmo 1965, y al que asistieron 74 gobiernos, 39 organizaciones no gubernamentales y 638 particulares. Aunque el Tercer Congreso tuvo un programa variado, que abarcó temas como la evolución social y la criminalidad, las fuerzas sociales y la prevención de la delincuencia, la acción preventiva en la comunidad, las medidas de lucha contra la reincidencia, el régimen de prueba y las medidas especiales de prevención y de tratamiento, resulto singular porque no formuló ninguna recomendación concreta. Sin embargo, en él se declaró que los países en desarrollo, no debían limitarse a los modelos occidentales de los sistemas de justicia penal y que, para mejorar la calidad de las investigaciones criminológicas, era necesario llevar un registro más preciso de los delincuentes.

²⁷¹ Naciones Unidas. Op. cit., p. 14.

²⁷² Boletín de información de *Prevención del Delito y justicia Penal de las Naciones Unidas*, p.17

Cuarto Congreso Kyoto Japón, 1970

El tema del Cuarto Congreso, el primero que se celebrara fuera de Europa en Kyoto (Japón) en 1970, en el que participaron 85 gobiernos, el tema central fue el delito del desarrollo. Se analizó el papel de las investigaciones y la principal conclusión fue que los esfuerzos de investigación debían centrarse en las aplicaciones para resolver el problema del delito. La importancia y la necesidad de una correlación entre la planificación nacional y la defensa social fueron centrales en el debate. El proceso de planificación se debía relacionar no solamente con la justicia penal, sino también con los principios respecto de la ley; se estudiaron las contribuciones de la participación pública o cívica y se encomiaron (sic) las iniciativas satisfactorias. También examinó los esfuerzos realizados por cada uno de los países por aplicar las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos y terminó con la aprobación de la declaración del Cuarto Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente.

Quinto Congreso Ginebra, 1975

El tema del Quinto Congreso celebrado en Ginebra en 1975, con la participación de 101 países fue, "prevención y control del delito la empresa del último cuarto siglo", Se recomendó la aprobación de una Declaración sobre la Protección de Todas las Personas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (resolución 3452 XXX) de la Asamblea General, anexos y un Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (resolución 34/169 de la Asamblea General, anexo). Por recomendación del Quinto Congreso, el Congreso Económico y Social, en su resolución 1993 (LX), del 12 de mayo de 1976, pidió al comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia que estudiara el ámbito de aplicación de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos y formulará un conjunto de procedimientos para su aplicación. Congreso que analizó por primera vez el vínculo entre la delincuencia y la violación de los derechos humanos, y algunas formas de la delincuencia transnacional organizada, por otra parte, pusieron de relieve la índole y las dimensiones cambiantes de los esfuerzos internacionales de prevención del delito.

Se analizaron en detalle las medidas sustitutivas de la prisión, habida cuenta de las iniciativas de rehabilitación satisfactorias en el decenio de 1970.²⁷³

Sexto Congreso Caracas, 1980

El tema del sexto congreso, que se celebró en Caracas en 1980 con la participación de 102 países, fue la prevención del delito y la calidad de la vida. Entre las recomendaciones de este Congreso, figuraron una más amplia participación pública en la prevención del delito, el

²⁷³ Boletín de información de "Prevención del delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas", p. 22 a 24.

mejoramiento de las estadísticas sobre el delito y los delincuentes, y la erradicación de la práctica de las ejecuciones extra judiciales, el aumento del papel de la reclusión no penitenciaria, el desarrollo de programas preventivos alternativos para los menores delincuentes y medidas para hacer frente a la delincuencia y el abuso de poder.

El informe del grupo de trabajo de expertos de América Latina y el Caribe sobre política penal y desarrollo, ayudó a que se hicieran progresos de varias esferas. El grupo de trabajo recomendó que en cada Estado miembro se estableciera un órgano encargado de asegurar la cooperación internacional y que se derogaran varias normas relativas a faltas menores que no tenían efectos dañinos sobre la sociedad.

Además, se examinó la clasificación de los delitos y se instó a que se ampliara el ámbito del Derecho penal para abarcar los daños al medio ambiente. El congreso concluyó con la aprobación de la Declaración de Caracas, en que se recalcó que el éxito de los sistemas de justicia penal y las estrategias de prevención del delito dependía ante todo de los progresos que se logaran en el mundo entero en el mejoramiento de las condiciones sociales y el fomento de la calidad de vida. En consecuencia, era esencial examinar las estrategias tradicionales de prevención del delito basadas exclusivamente en criterios jurídicos.

Séptimo Congreso, Milán Italia 1985

La prevención del delito para la libertad, la justicia, la paz y el desarrollo, fue el tema del Séptimo Congreso, que se celebró en Milán (Italia) en 1985, con la participación de 125 gobiernos. En el año de su celebración, el mundo enfrentaba un importante aumento en la delincuencia organizada, violencia y terrorismo y la utilización por la delincuencia, de métodos cada vez refinados, lo que dio mayor interés a la verificación del congreso, pues el intercambio de experiencias y propuestas que en esas reuniones se llevó acabo y los documentos que se generan cada día, demostraron su validez para luchar contra la delincuencia en general.

Este congreso tuvo gran éxito en relación con el volumen y la calidad del trabajo, porque se aprobaron 20 veinte resoluciones relativas a terrorismo, delincuencia organizada, tráfico de estupefacientes, violencia en el hogar, los derechos de los reclusos, las medidas sustitutivas del encarcelamiento, el papel de los abogados y fiscales y la cooperación técnica a través de la ONU.²⁷⁴

Así como, por consenso, los siguientes seis instrumentos internacionales importantes: el Plan de Acción de Milán, en el que se pedía a los estados miembros un esfuerzo colectivo para hacer frente a las causas socioeconómicas de la delincuencia; el acuerdo modelo sobre el traslado y recomendaciones sobre el tratamiento de reclusos extranjeros; los principios básicos relativos a

²⁷⁴ Emma Mendoza Bremauntz, *Derecho Penitenciario* (México, D.F., Mc Graw Hill. Interamericana, 1998). Pp.130 y 131.

la Independencia de la judicatura; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (reglas de Beijing) (resolución 40/33 de la Asamblea General, anexo); los Principios Rectores en Materia de Prevención del Delito y la Justicia Penal en el contexto del desarrollo y un Nuevo Orden Económico Internacional y la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (resolución 40/34 de la Asamblea General, anexo).²⁷⁵

Octavo Congreso La Habana Cuba, 1990

La cooperación internacional en materia de prevención del delito y justicia penal en el siglo XXI fue el tema del octavo congreso, que se celebró en La Habana en 1990, con la participación sin precedentes de 127 países. Las nuevas técnicas de represión, las redes informatizadas y el intercambio de información figuraron de manera prominente en el programa del Octavo Congreso.

Se recomendaron a la Asamblea General, para su aprobación varios instrumentos internacionales, el tratado modelo de extradición (resolución 45/ 116 de la Asamblea General, anexo) abarcaba disposiciones por las que se permitía a los estados signatarios donde no fuera posible la extradición, enjuiciar a sus propios ciudadanos por un delito cometido en otro Estado. El tratado modelo de asistencia recíprocas en asuntos penales (resolución 45/117 de la Asamblea General, anexo) contenía medidas relativas a la confiscación y la limitación de la utilización del producto de las actividades delictivas y a una mayor acceso a las pruebas. El tratado modelo sobre la remisión del proceso en materia penal (resolución 45/ 118 de la Asamblea General, anexo) complementó los tratados modelo de extradición y asistencia recíproca en asuntos penales. En el tratado modelo sobre el traspaso de la vigilancia de los delincuentes bajo condena condicional o en libertad condicional (resolución 45/119 de la Asamblea General, anexo).

De las decisiones y resoluciones adoptadas por este congreso, sobresalen y se fomentaba la aplicación de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad o también llamadas Reglas de Tokio, los principios básicos para el Tratamiento de los Reclusos, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia Juvenil o Directrices de RIAD.²⁷⁶

Décimo Congreso Viena, 2000

El décimo congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente se celebró en Austria Viena. Asistieron al periodo de sesiones 35 estados miembros de la comisión. (Cinco estados no estuvieron representados). Así como observadores de otros 73 estados miembros de las Naciones Unidas, 2 estados no miembros, una entidad que

²⁷⁵ Boletín de Información, ONU, p. 28

²⁷⁶ Mendoza Emma, op. Cit., p. 132

mantiene una misión de observación permanente ante las Naciones Unidas, representante de organizaciones del sistema de las Naciones Unidas y observadores de los Institutos que integran la red del programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal, 12 organizaciones intergubernamentales y 33 organizaciones no gubernamentales.

Los temas principales desarrollados en este último congreso son; los proyectos de acción contra la delincuencia organizada transnacional; el plan de acción contra la corrupción; plan de acción contra la trata de personas, el plan de acción contra el tráfico ilícito de emigrantes, el plan de acción contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, piezas componentes y municiones; el plan de acción contra el blanqueo de dinero, y el tráfico ilícito de especies protegidas de flora y fauna silvestres.

Dentro de las liberaciones los representantes de México y Tailandia informaron a la comisión que sus gobiernos habían ofrecido su hospitalidad al onceavo congreso, indicando que su ofrecimiento gozaba del respaldo de sus respectivos grupos regionales.

Institutos de las Naciones Unidas (prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente). Cuando se celebraron los primeros seminarios regionales, durante los preparativos del Primer Congreso sobre el Delito, se propuso en las reuniones celebradas en 1953, Río de Janeiro, Sao Paulo, y Brasil, que se estableciera un instituto latinoamericano de las Naciones Unidas, cuyos objetivos principales consistirían en organizar cursos de capacitación, llevar a cabo investigaciones en la esfera de la justicia penal, prestar asistencia en los gobiernos de la región, proporcionar opiniones consultivas sobre cuestiones de políticas, organizar seminarios regionales, y facilitar la cooperación entre los estados de la región y con las Naciones Unidas.

Actualmente, funcionan institutos regionales de las Naciones Unidas en Asia, el Lejano Oriente, América Latina, Europa y África.

Instituto de las Naciones Unidas en Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente. Denominado por sus siglas (UNAFEI) se creó en 1961 mediante acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Japón. Dentro de sus objetivos comprenden la capacitación de personal en administración de justicia penal, la realización de investigaciones y estudios originales en la esfera de la prevención del delito y el tratamiento del delincuente. Los estudiantes egresados de dicho instituto ocupan cargos en el sistema de justicia penal, fuerzas policiales, las oficinas fiscales, el poder judicial, los servicios correccionales y de libertad condicional y los organismos de bienestar público.

El instituto, publica un boletín en donde se resumen los cursos de capacitación y datos sobre la prevención del delito, la justicia penal, y el tratamiento del delincuente; las responsabilidades administrativas corren a cargo o son asumidas por el gobierno de Japón, el

Director es nombrado mediante consultas con las Naciones Unidas.²⁷⁷

Instituto Regional Africano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente. Denominado (UNAFRI) creado en enero de 1987 con sede en Addis Abeba, Etiopía, con ayuda financiera del programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, en el año de su inicio organizaron cursos de capacitación sobre la planificación de la prevención del delito y la justicia penal en el contexto del desarrollo, sobre la prevención y el tratamiento de la delincuencia juvenil, en ambos cursos asistieron funcionarios superiores de justicia penal, así como de instituciones de delincuencia juvenil de los países de habla inglesa y francesa. Las actividades de investigación comprendieron la adaptación para el manual de la elaboración de estadísticas sobre justicia penal a las necesidades de los países africanos, establecer las bases para un centro de documentación e información y realizar un estudio de viabilidad sobre el establecimiento de una red regional de información que se vinculara con las Naciones Unidas para establecer un sistema de información sobre justicia penal, en abril de 1988 se decidió establecer su sede en Kampala, Uganda.

Instituto de Helsinki de Prevención del Delito y Lucha Contra la Delincuencia. Denominado (HEUNI) se estableció mediante acuerdo entre las Naciones Unidas y Finlandia en 1981, con la finalidad de promover la cooperación en la prevención del delito y lucha contra la delincuencia entre los países de Europa con diferentes sistemas socioeconómicos, el presupuesto está a cargo del Gobierno de Finlandia, aunque otros gobiernos han proporcionado apoyo financiero. A sus seminarios han asistido funcionarios gubernamentales superiores y criminólogos expertos de Europa, los seminarios se preparan cuidadosamente; un grupo de trabajo de expertos de diferentes países, planifican los temas; un coordinador de proyecto prepara la documentación para las reuniones, y las conclusiones del seminario y el informe del coordinador del proyecto se publica posteriormente, este Instituto ha participado activamente en los planes de las Naciones Unidas para establecer un sistema mundial de información sobre el delito y la justicia penal, entre otros títulos tenemos *Non Custodial Alternatives in Europa*.

Centro Árabe de Capacitación y de Estudios de Seguridad. Sede en RIAD, Arabia Saudita, coopera estrechamente con los institutos regionales e interregionales de las Naciones Unidas y con la Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. El centro proporciona asistencia técnica a los países que la solicitan, lleva acabo programas de capacitación, organiza reuniones internacionales y regionales de grupos de expertos, realiza proyectos de investigación y análisis de política y cuenta con un programa de información de orientación regional. El instituto ofrece programas académicos de uno a dos años, de los cuales el programa de un año abarca los temas de justicia penal islámica, la lucha contra las drogas, la protección, la seguridad civil, la gestión del tránsito, la investigación criminal y la rehabilitación en instituciones correccionales, y el programa

²⁷⁷ Naciones Unidas. Departamento Información ONU. P. 43

que abarca dos años imparte cursos sobre dirección de la policía y lucha contra la delincuencia.

El centro organiza una reunión anual en coordinación con la subdivisión del Delito y la Justicia Penal de las Naciones Unidas, con el fin de fomentar la planificación conjunta de programas y la coordinación interregional de actividades. En enero de 1988, el centro sirvió de huésped a una conferencia internacional de las Naciones Unidas sobre investigaciones y prevención del delito, que se concentró en la adopción de medidas sustitutivas del encarcelamiento.²⁷⁸

Instituto Australiano de Criminología. Se estableció en 1973 desde entonces ha cumplido con obligaciones y responsabilidades en el ámbito internacional, su participación en las actividades de las Naciones Unidas data de un acuerdo oficial concertado con la Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal en julio de 1988, participa en los preparativos de los congresos de las Naciones Unidas sobre el delito, recibe a visitantes internacionales y mantiene vínculos regionales o interregionales con los órganos permanentes de las Naciones Unidas. Se dedica en la atención especial a ejecución de programas de prevención del delito y justicia penal en los países de la región del pacífico, lo que lleva al director del instituto y a otros funcionarios a pronunciar charlas, asistir a las conferencias y discutir cuestiones de interés común con los funcionarios gubernamentales de estos países.

Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia. La red de instituciones de justicia penal, es el Instituto Interregional de las Naciones Unidas para investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia (UNICRI), creado en 1968 con el nombre de Instituto de Investigaciones de las Naciones Unidas para la Defensa Social (UNSDRI).

En mayo de 1989 se aprobó un estatuto por el que se convirtió el UNSDRI en el UNICRI, a lo largo de su existencia el instituto ha realizado actividades que se clasifican en las siguientes categorías: Investigación con visitas a la formulación de políticas (otorgándose preferencia a un enfoque internacional comparado en el plano interregional y, de manera secundaria, en el regional); cooperación técnica, capacitación, servicios de biblioteca, documentación y publicaciones.

Las actuales tareas del UNICRI comprende proyectos relativos entre otras cuestiones a las siguientes: Política y práctica en materia de penas, con especial atención a las medidas sustitutivas del encarcelamiento.

El UNICRI mantiene relaciones de consulta, cooperación y trabajo con la Oficina de las Naciones Unidas en Viena y el Centro de Desarrollo Social y Asuntos Humanitarios (especialmente con la Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal), y trabaja con estrecho contacto con los institutos regionales. El instituto participa directamente en la preparación de los congresos

²⁷⁸ Naciones Unidas, Op. Cit., p. 47.

quinquenales de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, organiza la parte de investigación de los congresos, elaborando documentos y trabajos a instancia de la subdivisión y en colaboración con ella. La sede del UNICRI, situada en el corazón de Roma.

ILANUD. La creación del ILANUD, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente. Se debió a la reiterada insistencia de los países latinoamericanos, los que formularon peticiones en diversas reuniones regionales, la última de las cuales fue la efectuada en San José de Costa Rica en 1974. Luego de ella, por convenio celebrado entre Naciones Unidas y el Gobierno de Costa Rica, se creó, en julio de 1975, el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), con sede en San José.

Desde entonces el Gobierno de Costa Rica ha actuado de huésped; durante los primeros años las Naciones Unidas proporcionaron ayuda financiera y personal profesional superior. El Gobierno de Costa Rica proporciona actualmente una importante contribución financiera anual así como sus instalaciones físicas.

Objetivos Generales:

Según el convenio establecido con las Naciones Unidas, el objetivo principal del Instituto es colaborar con los gobiernos en el desarrollo económico y social equilibrado de los países latinoamericanos y el Caribe, mediante la formación e incorporación, en los programas nacionales, de políticas o instrumentos de acción adecuados en el campo de la prevención del delito y de la justicia penal. Consecuentemente con esto el ILANUD procura:

- ❖ Promover la adopción y aplicación por los gobiernos de normas, directrices y procedimientos en este campo que hayan recomendado las Naciones Unidas.
- ❖ Promover la adopción, por parte de países, de un planteamiento integral en materia de políticas de programas de prevención de delito y justicia penal, vinculado con la planificación nacional general.
- ❖ Contribuir a preparar, adaptar y poner en práctica estrategias y programas para la prevención del delito y la justicia penal en la región, de conformidad con un plan internacional de acción, y con las recomendaciones de Naciones Unidas en este sector.
- ❖ Promover la colaboración entre los países de la región en materia de prevención del delito y lucha contra la delincuencia, con miras al desarrollo de políticas comunes y a la iniciación de acciones conjuntas sobre cuestiones de interés común.

Objetivos Específicos:

1. Capacitación:

- ⇒ Organizar programas de capacitación para los planificadores, administradores, personal técnico especializado y encargado de elaborar políticas en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente.

-
-
- ⇒ Llevar acabo reuniones, seminarios y conferencias sobre temas especiales de política criminal y su planificación en el contexto del desarrollo.
 - ⇒ Facilitar el intercambio de conocimientos, técnicas y experiencias entre el personal de diferentes países de la región.

2.- Información:

- ⇒ Mantener y consolidar un Centro de Documentación y Banco de Datos, recogiendo, intercambiando, sistematizando y dando a conocer la información criminológica de América Latina y el Caribe.
- ⇒ Dar a conocer los resultados de las investigaciones por medio de publicaciones técnicas, boletines y otros recursos.
- ⇒ Crear conductos eficaces de comunicación, de mutuo beneficio para los usuarios del sistema.
- ⇒ Recoger y difundir ideas y experiencias surgidas respecto de los problemas del delito: no sólo las exitosas, sino también las que encontraron limitaciones y obstáculos, con el propósito de evitar los mínimos errores.

3.- Investigación:

- ⇒ Realizar, coordinar e impulsar investigaciones orientadas a la acción, que puedan utilizarse en el desarrollo y la planificación de la política criminal.
- ⇒ Desarrollar métodos de investigación dirigidos a satisfacer necesidades concretas de planificación en prevención del delito y tratamiento del delincuente.
- ⇒ Colaborar con organismos nacionales a fin de llevar acabo, en los diversos países de la región, investigaciones sobre áreas que se revelan de interés particular por los gobiernos.
- ⇒ Proporcionar a través de la investigación una base sólida para la asistencia técnica, ya sea en programas de acción o de adiestramiento de personal.
- ⇒ Informar sobre investigaciones en cursos, promoviendo la colaboración en áreas de interés común.

Asistencia Técnica:

- ⇒ Prestar, a petición de los gobiernos, asistencia técnica que contribuya a lograr estrategias más eficaces de prevención del delito y tratamiento del delincuente, en el contexto del desarrollo y a la aplicación de las políticas y programas de las Naciones Unidas en esta materia.

Desde el inicio el ILANUD, ha promovido diferentes actividades dirigidas a desarrollar y mejorar la política criminal de la región.²⁷⁹

²⁷⁹ Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Bibliografías Criminológicas. Edit. Centro de Documentación (San José Costa Rica, 1885). P.V a la VIII.

Reglas Mínimas para El Tratamiento de los Reclusos. Aprobada por el Consejo Económico y Social el 31 de julio de 1957 (resolución 663 CI XXIV), por recomendación del Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955.

Dentro del estudio de investigación que se analiza, únicamente se abordan los temas relacionados con los sustitutivos penales, Jornadas de Trabajo en Favor de la Comunidad o Semilibertad y Tratamiento en Libertad.

Reglas Aplicables a Categorías Especiales.

Principios rectores entre otros: Se deberá disponer de los servicios de organismos gubernamentales o privados, capaces de prestar al recluso puesto en libertad, ayuda post-penitenciaria.

Trabajo:

- ⇒ El trabajo penitenciario no deberá tener carácter aflictivo.
- ⇒ Todos los condenados se verán sometidos a la obligación de trabajar salvo en los casos de incapacidad física determinada por el médico.
- ⇒ En la medida de lo posible, el trabajo deberá ser de jornada completa.
- ⇒ No deberán subordinarse al deseo de lograr beneficios pecuniarios de su trabajo.
- ⇒ Los reclusos que se empleen en algún trabajo no fiscalizado por la administración, estarán siempre bajo la vigilancia, del personal penitenciario y se pagará a la administración el salario normal exigible por dicho trabajo, a menos que el trabajo se haga para otras dependencias del gobierno.
- ⇒ En los establecimientos penitenciarios se tomarán las mismas precauciones prescritas para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores libres.
- ⇒ La ley o un reglamento administrativo fijará el número máximo de días y horas de trabajo, teniendo en cuenta los reglamentos o los usos locales seguidos con respecto al empleo de los trabajadores libres, y se deberá dejar un día de descanso por semana y tiempo suficiente para el tratamiento y la readaptación para el recluso.
- ⇒ Los reclusos recibirán una remuneración equitativa y se les permitirá utilizar parte de su remuneración para adquirir objetos destinados a su uso personal, enviar una parte a sus familias y reservar otra parte a fin de constituir un fondo de ahorro.

Relaciones Sociales y ayuda post-penitenciaria

- ◆ Deberá alentarse al recluso para que mantenga o establezca relaciones con personas u organismos externos que puedan favorecer su rehabilitación al ser puesto en libertad.
- ◆ Recibirán ayuda de servicios y alojamiento y trabajo adecuado.

Reglas Mínimas sobre Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio). Aprobadas por la Asamblea General mediante su resolución 45/110, por recomendación del Octavo Congreso.

2.2 Ámbito Nacional

Un Código Penal, pieza esencial del sistema punitivo público aunque no pieza única, por supuesto, recoge en expresiones jurídicas -que propone y maneja la dogmática- ciertos contenidos que reciben las experiencias de la criminología y cumplen los proyectos de la política penal.²⁸⁰ Ese ordenamiento y, en su momento, los códigos de procedimientos y de ejecución de sanciones, son el producto de una múltiple selección que responde a determinados principios y a ciertas circunstancias. Las selecciones político-criminales se refieren a los bienes protegidos y a las fórmulas adecuadas para protegerlos (selección de tipos); a la calificación del sujeto como responsable penalmente de los hechos que realiza (selección del delincuente); a la naturaleza, intensidad y objetivo de las reacciones jurídicas frente a la conducta ilícita, que se vuelcan sobre los autores y participantes (selección de sanciones); al método para identificar el supuesto de las sanciones y disponer las consecuencias correspondientes (selección del proceso), y a la forma de llevar a efectos esas consecuencias (selección ejecutiva).²⁸¹

En este marco del orden penal se inscribe igualmente, dando tono a cada una de las selecciones enunciadas y confiriendo sentido al conjunto, la procuración de cierto equilibrio -o desequilibrio, en ocasiones- entre los intereses que entran en juego y los titulares o pretendientes de esos intereses. Este es el escenario en el que se plantea el encuentro dinámico entre los personajes de la dialéctica penal: inculpado, ofendido, sociedad, Estado. Las selecciones a las que se ha hecho referencia y la forma de actualizarlas inciden en la forma de lograr el equilibrio y, a su vez, se nutren de ellas. Si las selecciones son el dato sustancial del orden penal, el ejercicio de equilibrio es el dato instrumental que se extiende y opera con mayor o menor eficacia en la formulación de tipos, la caracterización del delincuente, la elección de sanciones, el carácter y desarrollo del proceso y la ejecución de la condena.

La reforma penal mexicana, entendida como un largo proceso de experiencias, reflexiones y regulaciones que ha ocurrido en el curso de un siglo y tres décadas -si empleamos como referencia la legislación de Martínez de Castro, por una parte, y el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, por la otra-, ha recogido de diversas maneras -con acierto o sin él, con profundidad o superficialidad, en forma progresiva o regresiva- unos datos criminológicos y unas propuestas políticas -ordenadas o desordenadas- que ha depositado en selecciones penales. Igualmente, ha procurado cierta versión del equilibrio entre intereses, posiciones y personajes, ora acentuando el valor de alguno de ellos, ora pretendiendo reconocerles la misma -o semejante- jerarquía. Es así como deben presentarse, analizarse y valorarse los diversos ensayos de la

²⁸⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *La ciencia del Derecho durante el siglo XX* (México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998). Pp. 715-718

²⁸¹ Sergio García Ramírez, "Los derechos humanos en la persecución penal" en *Temas y problemas de justicia penal* (México, D. F., Seminario de Cultura Mexicana, 1996). Pp. 77 ss.

reforma: tanto los que alcanzaron el rango de códigos completos -1871, 1929, 1931 y 2002-, como los que se resumieron en modificaciones de algunos o muchos preceptos, y particularmente aquellos, más ambiciosos o afortunados, que alteraron las soluciones tradicionales y abrieron el camino para nuevos desarrollos.

Las sanciones recogen y significan determinada opción ética, política y jurídica. Acreditan la frontera entre la democracia y el autoritarismo, con sus respectivas implicaciones. Resuelven -o lo pretenden- el dilema entre excluir e incluir, eliminar o recuperar. Además, engendran ilusiones en una sociedad siempre proclive a creer -hasta que llega el momento de la decepción- en la eficacia milagrosa de las penas. De todo ello proviene el enorme valor, demostrativo y efectivo, del sistema de las penas en el conjunto de la justicia penal del Estado.

En este ámbito, hay que tomar como punto de llegada de una época y de salida de otra, la reforma de 1983, vigente en 1984, al entonces Código Penal para la Federación, en materia federal, y para el Distrito Federal, en asuntos del orden común. Es evidente que dicha reforma ha sido la más relevante que se haya realizado entre 1931 y los días que corren. Lo ha sido por el carácter fundamental de varias de las instituciones modificadas, la profundidad y trascendencia de esas modificaciones y la influencia que habría de tener en todos los cambios posteriores, sin excluir, por supuesto, al representado por el código distrital del 2002.

El relevo de la pena privativa de libertad es uno de los grandes temas penales de nuestro tiempo. Ha poblado los ordenamientos de la materia desde los años setenta, sin olvidar los notables precedentes que se concentran, sobre todo, en la suspensión condicional de la ejecución de la condena. Bajo la reforma penal de la segunda postguerra, la prisión pierde terreno, a favor de la *Parole*, la *Probation*, la sentencia suspendida y la multa, aunque en algunos países se mantiene o avanza, con muy fuerte acento, el empleo de la prisión como medio para desalojar a la delincuencia. Las alternativas y los sustitutivos nutren la intervención más relevante del legislador -por su dimensión y por sus efectos- en el régimen de sanciones penales. Es aquí donde opera la búsqueda de novedades que amplíen racionalmente el arsenal de las penas y medidas con virtudes propias, independientemente de las ventajas que pudieran ofrecer como sustitutivos de la prisión en casos concretos, por resolución judicial. En fin de cuentas, si el instrumento penal constituye -en una sociedad democrática- el último recurso del control social, la prisión debiera ser también, una vez abolida la pena de muerte, el último recurso de la punición. No extraña, pues, la compleja historia de las alternativas y los sustitutivos de la prisión -en la acepción más amplia- y la profusión de propuestas en esta materia.

Desde luego, los sustitutivos de la pena de prisión no quedan exentos del propósito inherente al sistema penal en su conjunto. Debieran procurar y realizar -en la medida en que ello resulte factible: una medida que entre nosotros no se ha explorado sistemática y cabalmente- el objetivo readaptador que marca el artículo 18 constitucional. La crisis que se cierne sobre el

sistema penal -y específicamente sobre la idoneidad y la eficacia de las penas- abarca tanto la prisión como los sustitutivos. Que el éxito o el fracaso de éstos pone en tela de juicio, para múltiples efectos, la pertinencia de un régimen jurídico-penal inspirado en ideales recuperadores y sustraído a las orientaciones y a las tentaciones estrictamente represivas. No se trata solamente de reducir el número de reclusos -para "despresurizar" las prisiones, como se ha dicho con más imaginación que razón-, sino de conseguir los buenos resultados que promete la corriente humanista y democrática del sistema penal. En fin, los sustitutivos deben ser analizados, establecidos y aplicados a la luz del enlace que existe entre el régimen de las penas y la preservación de los derechos del sentenciado y sus familiares, de la sociedad y de la víctima del delito.

Hasta 1983, la ley penal mexicana se mantuvo fiel a las sanciones tradicionales. Entre ellas destacaba la prisión como pena central del sistema, más o menos solitaria, apenas sustituida por la condena condicional y corregida por la libertad preparatoria, la remisión parcial y la prelibertad, oriundas, estas dos últimas, de la Ley de Normas Mínimas de 1971. La pena pecuniaria se analizaba en dos especies: multa, concebida como pago de cierta cantidad de pesos, prevista en números fijos y absolutos) y reparación del daño. Conviene destacar que la multa apuntaba ya, al lado de la condena condicional (que operaba cuando la prisión impuesta no excedía de dos años), como sustitutivo de privación de libertad de corta duración: hasta de seis meses; en la reforma penal de 1971, realizadora de cambios importantes y precursora de otros que llegarían, se amplió la posibilidad de esta conversión: de aquellos seis meses de prisión convertible en multa, se pasó a un año de privación de libertad sustituible por esta sanción pecuniaria. Otras disposiciones penales seguían las pautas recibidas de 1871 o 1929.

Sobre estas disposiciones operó uno de los cambios más relevantes y representativos de la reforma de 1983. En primer término, aparecieron los sustitutivos modernos -en ese momento de la pena privativa de libertad, cuyo advenimiento marcó el principio de un viraje muy amplio en el sistema de reacciones penales: tratamiento en libertad, semilibertad -cuyo carácter de verdadero sustitutivo se ha cuestionado, y que es, en realidad una prisión "discontinua" que se ofrece como alternativa o sustitutivo de una prisión "continua"- y trabajo en favor de la comunidad -un trabajo civil, socialmente útil-, además de la multa. Esta innovación fue generalmente bienvenida. Los sustitutivos provenían del Derecho de ejecución de sanciones y del Código Penal para Veracruz, de 1980, pero también de la precursora reforma penal del Distrito Federal, de 1971, que avanzó moderadamente en esta dirección al reconocer la posibilidad de sustituir prisión por multa. Concebido como sustitutivo, pronto se ampliaría el ámbito de aplicación del trabajo en favor de la comunidad: sucedáneo de la prisión, o bien, pena autónoma, pero no instrumento asociado a otro género de medidas, como ocurre en algunas legislaciones. Esta innovación se acogió primero en el régimen de delitos de tránsito del orden federal. Así las cosas, desde entonces quedó planteada

una doble posibilidad: a) sustitución de penas breves privativas de libertad, y b) aplicación directa, que tendría su fundamento en la decisión legal, no sólo en la decisión jurisdiccional asociada a aquélla.

En 1983, la introducción de los sustitutivos se hizo dentro de fronteras racionales, que permitieran una operación eficiente. A este respecto, conviene referirse a lo que se podría denominar condiciones cualitativas y cuantitativas -que se articulan en la "lógica del sistema"-, en las que sucesivas modificaciones legales han traído inconsecuencias que no contribuyeron a la debida comprensión y al buen arraigo del sistema. Esas variaciones fueron resultado, a su vez, de los cambios en la incidencia criminal o en la percepción acerca de las reacciones adecuadas frente al crecimiento de la criminalidad. En su conjunto, estos movimientos ponen de manifiesto lo que se ha denunciado de manera tan frecuente como infructuosa: la ausencia de una política criminal que fije el cauce para la reforma penal y mida la pertinencia de las nuevas figuras e instituciones. Hoy día pudiera resultar difícil -pero no por ello impracticable-, ante una opinión pública sensible e irritada, la incorporación muy amplia de los sustitutivos y de las alternativas tanto en la legislación como en la aplicación judicial. No la favorece el auge de la criminalidad, una realidad cotidiana, incontenible -o incontenida- y notoria.

Las condiciones cualitativas son factores o elementos personales, de carácter objetivo o subjetivo, que abren la posibilidad de la sustitución. Constituyen los presupuestos de éstas. La condición general correspondió a la pertinencia misma de una sustitución, apreciada en los términos de la individualización penal judicial prevista en los artículos 51 y 52 del Código Penal (artículo 70, primer párrafo). He aquí un fundamento general con el que se pretende conferir sentido a la sustitución. Luego había que examinar otras condiciones específicas, ya estatuidas a propósito de la condena condicional, a cuyo régimen se hacía expresa remisión: a) que el delincuente fuera primerizo y hubiera "evidenciado buena conducta positiva, antes y después del hecho punible y b) que fuese posible presumir que no volvería a delinquir. Finalmente, había que tomar en cuenta el requisito que marcó el artículo 76, consecuente con la necesidad de proteger derechos de la víctima y de acreditar, a través de "signos" plausibles, que existe una "buena disposición ético-jurídica" por parte del infractor, que le hacía acreedor a confianza y benevolencia: reparación del daño o garantía de reparación.

Los requisitos cuantitativos, que se concentran en la posibilidad de sustitución de cierta privación de libertad por determinada medida, ponderada en función de la cuantía o intensidad de aquélla. Así, el artículo 70 previno en 1983 que se podría sustituir la prisión por multa o trabajo en favor de la comunidad, cuando aquélla no excediera de un año (fracción I), y por tratamiento en libertad o semilibertad, cuando no excediera de tres (fracción II). La suspensión condicional de la ejecución de la condena procedía cuando la pena privativa de libertad impuesta no excedía de dos años. Para fortalecer la novedad se reorientó la medida de vigilancia de la policía, transformada en

vigilancia de la autoridad. El cambio fue de nombre y de sentido. Otras modificaciones, de gran relevancia, hubo en el régimen de penas y medidas. Entre ellas, la histórica adopción del sistema de días multa, que figuró en el proyecto de Código Penal para Veracruz, de 1979, pero no en el código aprobado; y que ha marcado el nuevo rumbo de la sanción pecuniaria en nuestro país.

La reforma de 1991,²⁸² fijó un principio general de preferencia de la pena alternativa de la prisión. Esta es una prevención que el legislador dirige al juzgador, aunque también se podría formular la misma instrucción al propio legislador: olvidar la prisión, cada vez que ello sea posible y conservar únicamente la pena que hoy es alternativa. Igualmente, esa reforma amplió inmoderadamente las sustituciones de la prisión -en cuanto al tiempo, no en cuanto a los sustitutivos-, sin que el legislador proporcionara la razón -más allá del discurso- para el cambio que introdujo en este punto.²⁸³ Las sustituciones quedaron en los siguientes términos: a) condena condicional, cuando no excediera de cuatro años (en vez de dos, que anteriormente se prevenía) la prisión impuesta en la sentencia (artículo 90, fracción 1, inciso a); b) trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la prisión no era superior a cinco años (en vez de un año en el supuesto del trabajo, y de tres, en el de la semilibertad); e) tratamiento en libertad, en la hipótesis de que la prisión no fuese mayor de cuatro años (no de tres, como se previno con anterioridad); y d) multa, cuando la privación de libertad no excedía de tres años (artículo 70).

Con todo ello sembró problemas que pusieron en riesgo la eficacia misma del sistema; en esta perspectiva hay que tomar en cuenta que la sustitución trae consigo condiciones ejecutivas singulares y necesidades específicas de orientación y observación de la conducta, que deben organizarse de acuerdo con las características de la medida misma y con las posibilidades reales de la administración. Ni la semilibertad ni el trabajo en favor de la comunidad pueden cubrir periodos excesivamente prolongados; tampoco deben imponerse éstos al tratamiento en libertad, aunque en este caso la duración manejable -esto es, la practicable en condiciones adecuadas- puede ser más amplia que en aquéllos.

La reforma de 1993 suprimió condiciones para la sustitución, entre ellas la de que el beneficiario fuera delincuente primerizo. Conservó las referencias cuantitativas incorporadas por la reforma de 1991. Después de 1993 hubo más reformas relevantes para el tema que ahora se examina. La primera, de 1996, rectificó la desmesura del sistema introducido en 1993. Efectivamente, excluyó los sustitutivos en determinados casos de previa comisión de delitos, acogiendo de tal suerte la cautela que impone la reincidencia, y modificó las condiciones cuantitativas. En virtud de esto último, resultó el siguiente sistema de sustituciones de la prisión recogido en el artículo 70 del Código Penal: a) por trabajo a favor de la comunidad o semilibertad,

²⁸² Moisés Moreno Hernández, "Las recientes reformas al código Penal", *Criminalia* (México, D. F., Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LVIII, número 1, enero-abril de 1992). Pp. 186 y 187

²⁸³ Sergio García Ramírez, *Proceso Penal y derechos Humanos* (México, D. F., Porrúa, 1993). P. 267

si aquélla no excedía de cuatro años (no cinco, como antes) (fracción I); b) por tratamiento en libertad, cuando no fuera superior a tres años (antes, cuatro años) (fracción II); y c) por multa, si la privación de libertad no excedía de dos años (en vez de tres) (fracción III). La suspensión de la ejecución quedó en los mismos términos hasta cuatro años de prisión.

En 1998, una nueva reforma al artículo 70 trajo consigo una posible causa excluyente de la sustitución penal, que aún se conserva y que constituye un flagrante error que la ley prohíba la sustitución cuando se trate de transgresiones en perjuicio de la hacienda pública; finalmente, una reforma de 1999 incorporó en el artículo 85 del Código Penal una lista de exclusiones de los sustitutivos y de la libertad preparatoria. El Distrito Federal no siguió ese camino.

El régimen adoptado por el Código Penal de 1931-1999 para el Distrito Federal, y de las variantes, aportan la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, también de 1999.

En lo que respecta al Código Penal: a) el inciso 2 del artículo 24 y el artículo 27 conservaron las sanciones sustitutivas creadas en 1983: tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad, a las que se agrega la multa al amparo de la fracción III del artículo 70; y b) el juez aprecia la pertinencia de la sustitución, atento a los artículos 51 y 52. En el supuesto de penas alternativas, se debe optar por la sanción no privativa de libertad, salvo que la solución opuesta sea "ineludible -como se dijo a partir de la reforma de 1991- a los fines de justicia, prevención general y prevención especial".

Por lo que hace a las condiciones referentes a la cuantía de las penas sustituibles, el código autorizó la sustitución en los siguientes extremos, que son los mismos acordados por la reforma de 1996, rectificadora de la de 1993: a) condena condicional, cuando la prisión no sea mayor de cuatro años (artículo 90, fracción I, a); b) trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la prisión no exceda de cuatro años (artículo 70, fracción I); c) tratamiento en libertad, si la prisión no va más allá de tres años (*id.*, fracción II); y d) multa, cuando la privación de libertad no sea mayor de dos años (*id.*, fracción III).

La Ley de Ejecución de Sanciones contiene diversas referencias a los sustitutivos. Sólo se mencionan las más destacadas. Una de ellas, contenida en el artículo 24, referente a las "instituciones que integran el sistema penitenciario", señala que en las instituciones de baja seguridad "se ubicará a quienes hayan sido sentenciados por delitos no considerados como graves por la ley o a penas que compurguen en régimen de semilibertad, o estén al final de la ejecución de la pena de internamiento". Otra, mucho más relevante, delicada y cuestionable, se localiza en el artículo 33. En este erróneo precepto, el legislador distrital echó a volar la imaginación. En ese ejercicio de vuelo urdió un "tratamiento en externación" que "lejos de ser una forma de ejecutar sanciones previstas en el Código Penal constituye una sanción diferente, con perfil propio, que asociada a otras medidas incorporadas en la propia ley ejecutiva puede significar

la exclusión, de *tacto*, de la privación de libertad prevista en el código sustantivo y en la sentencia de condena".

Es válido decir que el código utiliza profusamente la pena privativa de libertad, e insiste en las penas elevadas de esta naturaleza, y así contraría las mejores recomendaciones²⁸⁴ e ignora que -como se ha hecho ver desde la obra primordial de Beccaria- no es la gravedad de los castigos, sino la certeza de que los habrá, lo que mayores efectos disuasivos produce.

El nuevo Código Penal distrital de 2002, cuya exposición de motivos no expresa en lo absoluto los que el legislador tuvo a la vista para adoptar el régimen que finalmente estableció mantiene las tres categorías creadas en 1983, además de la multa, a las que agrega una: trabajo en beneficio de la víctima (artículos 30, fracciones II-IV, y 34-36), que adelante se examina; b) establece el carácter facultativo de la aplicación de sustitutivos, en función de las reglas de individualización (artículos 84, primer párrafo, y 72), como se ha hecho desde el advenimiento de aquéllos a la ley penal federal y distrital; y c) parece establecer el carácter obligatorio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena (artículo 89, primer párrafo). También reitera la opción favorable a la punibilidad no privativa de libertad, cuando aquélla sea alternativa (artículo 70, segundo párrafo), conservando a este respecto, inclusive, la combatida referencia a la prevención general que ha campeado desde la reforma de 1991. El anteproyecto del IJ, que supera en diversos puntos al código del 2002, admitía la intención de esta regla y la proyectaba a los sustitutivos a través de una preferencia del mismo signo.

Por otra parte, el código no revisa las condiciones de aplicación de algunos sustitutivos que pudieran requerir modificaciones -así, el consentimiento explícito del sentenciado, necesario en algunas medidas que implican terapia-y tampoco incorpora algunas sanciones que bien pudo recoger, o que pudieron y debieron ser materia de deliberación, sea como sustitutivos, sea como alternativas de la prisión: por ejemplo, suspensión del fallo, amonestación con reserva de pena o detención domiciliaria, para sólo citar algunas que han avanzado últimamente, entre las muchas que integran este arsenal de consecuencias jurídicas del delito. Muy escasamente se reconoce a la reparación del daño eficacia extintiva de la persecución penal.

Por lo demás, no han sido infrecuentes las críticas a ordenamientos de fecha más o menos reciente por insuficiencia en la adopción y regulación de sustitutivos. Igualmente, habría que examinar, en relación con el tema objeto de estudio, las exclusiones y exenciones de pena o perdón judicial en sentido lato, que también sirven al propósito de conferir equidad y racionalidad, casuísticamente, a la reacción estatal frente al crimen. En este aspecto, fue igualmente innovadora la reforma penal de 1983, recogida por modificaciones posteriores y por el propio Código Penal del

²⁸⁴ Cfr. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del Galantismo penal*, Traducción: Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan terradillos Basoco y Rocío Canterero Bandrés, 5ª edición (Madrid, TRotta, 2001). Pp. 414 y 415.

2002.

Se advierte, en todos los casos, que la libertad bajo tratamiento, la semilibertad y el trabajo a favor de la comunidad o en beneficio de la víctima podrán ser sustitutivas o autónomas. En diversas oportunidades se ha insistido en la necesidad de emplear a fondo aquellas sanciones en forma independiente de la prisión. Obviamente, no basta con que la norma general apunte esta alternativa. La precisión es plausible en la medida en que el ordenamiento recoja las hipótesis de aplicación autónoma en las punibilidades previstas en el libro segundo, lo cual ocurre escasamente en algunos casos, y no ocurre para nada en otros. Es esto último lo que se observa con respecto a la libertad de imputables, en su posible vertiente de libertad bajo vigilancia, nombre que, por cierto, no figura en el catálogo de penas y medidas adoptado por los artículos 30 y 31. La semilibertad, a título de pena autónoma y única, sólo se considera en dos supuestos, y el trabajo en favor de la comunidad, en calidad de pena autónoma y alternativa, en otros dos.

Tampoco se ha avanzado tanto como era posible hacerlo en el rumbo de otras penas autónomas, ampliamente exploradas en la legislación y en la práctica comparadas, sobre todo la multa, que ha sido sistemática y crecientemente utilizada en otros países. El código acoge la sanción pecuniaria, muy extensamente, como pena conjunta con la privativa de libertad. En otras hipótesis la maneja como alternativa, principalmente, o bien, como pena única, en un reducido número de casos. Sea lo que fuere, el ordenamiento del 2002 consolida, así sea de manera declarativa en algunas ocasiones, e insuficiente en otras, la doble proyección natural de la multa, la libertad bajo tratamiento, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad. En algún caso, el propio Código Penal adelanta el ámbito al que deberá aplicarse el trabajo. Esta orientación, interesante en el código penal, puede ser ampliamente adoptada por el tribunal y atendida por la autoridad ejecutora, en sus respectivos espacios de competencia.

El mismo ordenamiento penal indica, naturalmente, los requisitos cuantitativos y cualitativos para la aplicación de los sustitutivos. En cuanto a los requisitos cualitativos, se atiende a los siguientes datos, ya recogidos, con diferente sistematización, por el código del Distrito Federal 1931-1999: a) reparación de daños y perjuicios causados o garantía de pago, exigencia ciertamente adecuada que ha permeado y debe permear el conjunto de sustitutivos, correctivos y beneficios legales; y b) exclusión de dos supuestos, a saber: a') en el caso de sustitución, condena previa por delito doloso perseguible de oficio, que implica una razonable limitación atenta a la reincidencia y a lo que ésta significa en el caso del reo y ante el concepto público; y en el caso de suspensión, al que también en este punto se da un tratamiento injustificadamente distinto, que el sujeto no "cuenta con antecedentes personales positivos y un modo honesto de vida" (artículo 89, fracción III); y b') transgresiones en perjuicio de la hacienda, que significa una equivocada salvedad al régimen de sustituciones, fundada en la orientación recaudatoria que se quiere imprimir al sistema penal fiscal (artículo 86), y que no tiene correspondencia en la suspensión.

El código debió regular esta materia con técnica mejor, agrupando en un solo rubro los sustitutivos y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, que obedecen al mismo propósito esencial: excluir la privación de libertad -o moderarla radicalmente- por innecesaria e ineficaz en el caso concreto. Este agrupamiento, que no impide precisiones específicas para las diversas categorías, hubiera permitido un tratamiento unitario en cuanto al carácter facultativo u obligatorio -para el juez- de la sustitución y la suspensión. También se habría traducido en una solución uniforme a propósito de la revocación.

Además, el tratamiento unitario de estas figuras hubiera evitado la incongruencia en lo que respecta a la previsión de determinadas condiciones en un caso, que no se extienden a los otros, no obstante la pertinencia de hacerlo, como se mira en el supuesto, antes mencionado, de suspensión condicional de la ejecución de la pena: ésta se resolverá "motivadamente", y para ello se requiere, entre otras cosas, "que el sentenciado cuente con antecedentes personales positivos y un modo honesto de vida. El juez considerará además -añade el precepto respectivo la naturaleza, modalidades y móviles del delito" (artículo 89, fracción III). Difícilmente se encontraría una razón suficiente para no extender esta norma a los restantes sustitutivos, tanto en cuanto a la "motivación" del fallo -que es dato de los actos de autoridad- como en cuanto a los demás requerimientos mencionados.

Por lo que toca a los requisitos cuantitativos, el código del 2002 fija las siguientes reglas: a) sustitución por multa o trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad, cuando la pena de prisión no exceda de tres años (artículo 84, fracción I); b) sustitución por tratamiento en libertad o semilibertad, cuando aquélla no exceda de cinco años (artículo 84, fracción II), y e) suspensión cuando la privación de libertad no exceda, igualmente, de cinco años (artículo 89, fracción I). Se supone que en todos los casos se trata de sustituir la privación de libertad impuesta en la sentencia -es decir, una prisión específica, individualizada-, y no la prevista, a título de punibilidad, por la norma general aplicable al delito correspondiente esto es, una prisión genérica, hipotética. La asimetría en el tratamiento de estas cuestiones se refleja en la precisión que al respecto contiene la norma sobre suspensión condicional, que habla textualmente de "pena impuesta" al dictar sentencia condenatoria, y la imprecisión en la que incurren las disposiciones sobre sustitutivos, que sólo hablan de "sustituir la pena de prisión".

En torno a los mencionados requerimientos cuantitativos, surgen interrogantes derivadas de la necesaria racionalidad del régimen, que no es un estatuto de benevolencia, sino de pertinencia político-criminal, y que por ello debe tomar en cuenta razones de fondo y factores de operación. En primer término, surge duda, por lo menos, a propósito de la justificación de tratar con mayor benevolencia -en igualdad de circunstancias- al autor del delito más grave: sea por su gravedad objetiva, sea por su gravedad (además) en el caso concreto. Efectivamente, se dispone trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad -medidas que implican considerable

esfuerzo por parte del sentenciado, de la autoridad supervisora e incluso de otros sujetos- cuando la pena impuesta no es superior a tres años; en cambio, se autoriza la suspensión -que desvincula al beneficiario de obligaciones deducidas específica y directamente del delito cometido, con la salvedad de la reparación del daño- cuando esa pena alcanza una duración considerablemente superior: cinco años, reflejo de la gravedad del delito cometido. Si ésta fue la sanción establecida en el caso concreto, es probable -o quizás seguro- que la punibilidad general correspondiente alcance una duración mucho mayor. Algo semejante se puede decir en cuanto a la conversión de prisión por multa, que generalmente ha sustituido las penas de menor duración -uno o dos años de prisión- y en el código del 2002 puede sustituir penas de tres años.

Es preciso examinar las consecuencias de la sustitución en casos que aparejan ciertas actividades, deberes, compromisos, tanto del sentenciado como de la autoridad y, según dije, inclusive de otros sujetos: por ejemplo, los administradores del centro de trabajo en el que aquél labora en beneficio de la víctima o de la comunidad. Es obvio que el régimen completo de alternativas "depende principalmente de la institución de formas ambulantes de vigilancia en el sentido de la asistencia en libertad vigilada o de servicios sociales equivalentes de la justicia y, con ello, de una correspondiente infraestructura". No es conveniente, pues, poner en curso alternativas que no se tiene capacidad de sustentar. Propongamos como ejemplos -que no son "de laboratorio"- una hipótesis en que se disponga la sustitución de pena privativa de libertad de tres años por trabajo en favor de la comunidad o en beneficio de la víctima, y otra en que se resuelva la sustitución de cinco años de prisión por semilibertad.

Para ponderar el primer ejemplo, se debe tomar en cuenta que las jornadas de trabajo se desarrollan en periodos distintos al horario de labores normales del sujeto -de las que dependen su subsistencia personal y la subsistencia familiar, y que no pueden exceder de la jornada extraordinaria que determina la ley laboral. Esto último significa un límite preciso en cuanto a la duración de cada jornada, pero también en cuanto a la posibilidad de que las haya en una misma semana. En efecto, la fracción XI del artículo 123 constitucional señala que "en ningún caso el trabajo extraordinario podrá exceder de tres horas diarias ni de tres veces consecutivas"; y la fracción IV del mismo precepto dispone que "por cada seis días de trabajo deberá disfrutar el operario de un día de descanso, cuando menos".

Así las cosas, en el curso de una semana sólo sería admisible realizar cinco jornadas de trabajo en favor de la comunidad o de la víctima. Suponiendo que este régimen -que significa, laboralmente, trabajo extraordinario constante: sólo interrumpido por los motivos que marcan ambas fracciones constitucionales citadas- se prolongara sin pausa, esto es, sin periodos vacacionales ni alteraciones de otro carácter, sucedería que el sentenciado deberá trabajar por mucho más de tres años de calendario, y que por todo ese tiempo habrá de mantenerse el complejo y laborioso sistema de prestación de servicios, por una parte, y de administración, control

y supervisión, por la otra. De todo ello proviene la cautela empleada en la aparición de esta medida en otros países,²⁸⁵ como también entre nosotros bajo la reforma de 1983: sustitutiva de un año de prisión. Quizás un año es poco; seguramente tres años son demasiado. Hay, desde luego, otros supuestos que mueven a reflexión y preocupación en este mismo ámbito.

Segundo ejemplo: sustitución de cinco años de prisión por semilibertad. Son varias las especies del género semilibertad en el código de 2002: externación durante la jornada de trabajo (quizás se quiso decir: durante la semana, como lo dice el ordenamiento anterior), con reclusión de fin de semana; salida de fin de semana con reclusión durante el resto de ésta; salida diurna con reclusión nocturna (que sería la verdadera externación durante la jornada de trabajo) y salida nocturna con reclusión diurna (artículo 35). Esta última no figuraba en el código de 1931-1999. La semilibertad, muy útil en sí misma, obedece a cierta lógica interior: facilitar el reacomodo social y evitar la contaminación carcelaria. En este sentido, se debe recurrir a ella. Ahora bien, la medida también trae consigo actividades que entrañan riesgos y problemas; por ello no conviene extremarla, colocarla en predicamento, llevarla demasiado lejos en el tiempo y, por lo tanto, en la molestia y en el peligro.

La ley no dice cual es la equivalencia del tiempo de semilibertad con respecto al tiempo de prisión, pero se puede suponer -a falta de disposición expresa en otro sentido- que un día de semilibertad equivale a uno de prisión, a diferencia de los dos días recogidos expresamente por el anteproyecto del IJ. No habría razón para disponer otra cosa y prolongar aquélla por más tiempo, sustrayendo del cómputo los momentos en que el sujeto se halla fuera de la prisión: se trata, precisamente, de que invierta una buena parte de su tiempo extramuros.

Si se piensa en una semilibertad que consista en salida (excarcelación) diurna con reclusión nocturna, como podríamos pensar -para los efectos de estas observaciones- en cualquier otra variante. De ser aquello, reflexionemos en lo que significa -para todos: reo, autoridad, familia, sociedad, empleador- que el sujeto salga de la cárcel todas las mañanas y regrese a ella todas las noches (inclusive los fines de semana, en esta hipótesis precisa), durante nada menos que cinco años. El mero enunciado de la situación permite advertir sus riesgos y deficiencias. Por ello resultaba sensato limitar la semilibertad a tres años, como lo dispuso la creativa reforma de 1983, y además reconocer que un día de semilibertad extinguiría dos de prisión.

El doctor García Ramírez señala que hay otros puntos vinculados con los sustitutivos, entre los que destaca, trabajo en beneficio de la víctima, que no existía previamente en la legislación del Distrito Federal y que constituye una sanción de reciente ingreso al catálogo de sanciones. En cuanto al tema completo de la víctima del delito, que por fortuna ha adquirido mayor dignidad, respetabilidad y atención en los últimos años, conviene subrayar que entre los nuevos equilibrios,

²⁸⁵ Cfr. J. A. Sáinz Cantero *Trabajos preparatorios del Código Penal español*.

virajes o reorientaciones del sistema penal figuran, con particular apremio y justicia, los que recojan y resuelvan los intereses legítimos de la víctima. Hay diversos caminos para hacerlo, y al mismo tiempo procurar una solución conveniente y equitativa del suceso penal.

En este contexto, habría que mejorar y avanzar los medios de "reencuentro" entre delincuente y ofendido, víctima y victimario, a través de mediación, conciliación, composición, reparación, reconciliación, etcétera.²⁸⁶ Y por ende, habría que conformar a este propósito no pocas soluciones penales sustantivas y adjetivas. El código de 2002 no lo hizo, al desechar avances plausibles que ya se encuentran en ordenamientos locales y que figuraban en el anteproyecto penal del Instituto de Investigaciones Jurídicas: uno de ellos, la eficacia extintiva de la conciliación; otro, el régimen de reparación del daño, al que adelante me referiré.

El código de 2002 caracteriza al trabajo en beneficio de la víctima del delito como "la prestación de servicios remunerados, en instituciones públicas, educativas, empresas de participación estatal o en empresas privadas, en los términos de la legislación correspondiente" (artículo 36). Queda pendiente, pues, una legislación que detalle esta materia, y que habrá de ser, al menos en parte, la anunciada ley que establezca el Fondo para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito, que la Asamblea Legislativa deberá expedir en septiembre de 2002 (artículo 2o. transitorio del decreto correspondiente al nuevo Código Penal).

Obviamente, el propósito del trabajo que en esta hipótesis desarrolle el sentenciado - diferente del trabajo en favor de la comunidad-, es la utilidad o provecho de la víctima, no la readaptación social del sujeto (aunque se halle asociado a ella y la favorezca); tampoco el beneficio social (aunque el bien particular de la víctima traiga consigo, indirectamente, un bien para la sociedad). Y también parece natural que esa utilidad se vincule a la reparación de daños y perjuicios causados, no a un enriquecimiento de la víctima por encima de lo que sea debido en concepto de reparación. En fin de cuentas, los rendimientos del trabajo del reo se entregarán a la víctima; en otros términos, aquél trabajará para ésta, en correspondencia al mal que le causó.

En esencia, se trataría de un trabajo que no tiene, en sí mismo, trascendencia social, y que tampoco se relaciona con los factores individuales del delito (como ocurriría en el supuesto de medidas laborales vinculadas con el tratamiento en libertad de imputables). Asimismo, vendría a cuentas una actividad cuyos rendimientos se entregarían a la víctima, puesto que se trata de "beneficiar" a ésta. En suma, se actualiza un método específico, singular, para la reparación del daño, que en poco se diferenciaría -como no fuese en la imposición del quehacer específico por medio de una sentencia- de la afectación de ingresos del condenado a la satisfacción de los daños y perjuicios causados, como en un caso ordinario de reparación.

²⁸⁶ Elías neuman, *Mediación y conciliación penal* (Buenos Aires, Desalma, 1997). P. 60

La formulación de la medida es defectuosa. Puesto que se trata de servicios remunerados - a cambio de que no lo sean los correspondientes al trabajo en favor de la comunidad-, sería debido ampliar el catálogo de las fuentes de trabajo. En realidad, cualquier actividad laboral lícita devendría admisible, y no sólo las acotadas, en cuatro categorías deficientemente caracterizadas, en el artículo 36.

Lo característico de esta medida, que en tal sentido difiere en sus expresiones y propósitos de cualquier otra sanción penal, es que establece un vínculo inmediato, directo y continuo entre víctima y victimario, por cuenta y orden del Estado, y en que ese vínculo jurídico entraña para el victimario una posición de servicio o beneficio explícito en favor de la víctima: aquél, en suma, trabaja para éste. Este fenómeno de enlace entre víctima y victimario, mirado a través del supuesto ordinario de reparación del daño, tiene otro carácter: se aproxima más al pago de una deuda -como efectivamente ocurre- que a una servidumbre penal.

Habrá que observar cercanamente la aplicación de la nueva medida -más allá de sus virtudes en el discurso penal- para ponderar sus ventajas. Estas son las mismas desventajas, vistas desde una perspectiva diferente: bien que el victimario resarza a la víctima, pero no tan bien -probablemente- que en ese resarcimiento se cree una situación ambigua y potencialmente irritante, sobre todo cuando existe, para alcanzar lo uno y evitar lo otro, el régimen de reparación del daño. En fin de cuentas, hay que explorar la utilidad de la nueva sanción -cuidadosamente organizada, para extraer de ella los mayores dones-, que tiene expresiones importantes en Derecho comparado y cuenta con defensores calificados. Una vez más, el éxito de esta frase del discurso penal dependerá de la eficacia del sistema ejecutivo: será la palabra final y decisiva en ese parlamento.

Como se advierte, la regulación del 2002 recoge y prosigue, acentuándola, la línea que adoptó el código de 1931-1999, que a su vez recibió algunos de los discutibles desarrollos -y no necesariamente progresos- acuñados en esta materia por reformas posteriores a 1983. Se ha querido abrir con generosidad la posibilidad de sustituir penas privativas de libertad por medidas que no entrañan -al menos no en todos los casos- esa privación, que con gran frecuencia resulta verdaderamente indeseable y absurda.

Sin embargo, esta tendencia aparentemente racionalizadora del sistema penal, parecería ser apenas una forma de "aliviar la conciencia" del Estado por las constantes incursiones en otro sentido, que largamente prevalece: las penas excesivas, que constituyen una especie de "exorcismo" político contra la delincuencia. Olvidamos siempre que el verdadero exorcismo sólo reside en el destierro de la impunidad. Pero no es éste el tema específico de las presentes consideraciones. Independientemente de la ausencia de un criterio unitario que racionalice todo el régimen de sanciones, y no alguno de sus segmentos para amparar los extravíos de otro, lo cierto

-en mi opinión, por supuesto- es que existen yerros en el sistema de sustitutivos que pudieran engendrar mayores problemas en perjuicio del sistema penal en su conjunto.²⁸⁷

Finalmente, el marco institucional mexicano, de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad, está regulado de la siguiente manera:

CÓDIGO PENAL FEDERAL
CAPÍTULO VI
Substitución y conmutación de sanciones

(REFORMADO, D.O.F. 30 DE DICIEMBRE DE 1991)

ARTÍCULO 70.- La prisión podrá ser sustituida, a juicio del juzgador, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52 en los términos siguientes:

(REFORMADA, D.O.F. 13 DE MAYO DE 1996)

I.- Por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años;

(REFORMADA, D.O.F. 13 DE MAYO DE 1996)

II.- Por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de tres años, o

(REFORMADA, D.O.F. 13 DE MAYO DE 1996)

III.- Por multa, si la prisión no excede de dos años.

(REFORMADO, D.O.F. 17 DE MAYO DE 1999)

La sustitución no podrá aplicarse a quien anteriormente hubiere sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio. Tampoco se aplicará a quien sea condenado por algún delito de los señalados en la fracción I del artículo 85 de este Código.

(REFORMADO PRIMER PARRAFO, D.O.F. 10 DE ENERO DE 1994) (F. DE E., D.O.F. 1 DE FEBRERO DE 1994)

ARTICULO 71.- El juez dejará sin efecto la sustitución y ordenará que se ejecute la pena de prisión impuesta, cuando el sentenciado no cumpla con las condiciones que le fueran señaladas para tal efecto, salvo que el juzgador estime conveniente apercibirlo de que si se incurre en nueva falta, se hará efectiva la sanción sustituida o cuando al sentenciado se le condene por otro delito. Si el nuevo delito es culposo, el juez resolverá si se debe aplicar la pena sustituida.

(REFORMADO [N. DE E. ADICIONADO], D.O.F. 13 DE ENERO DE 1984)

En caso de hacerse efectiva la pena de prisión sustituida, se tomará en cuenta el tiempo durante el cual el reo hubiera cumplido la sanción sustitutiva.

(REFORMADO [N. DE E. ADICIONADO], D.O.F. 13 DE ENERO DE 1984)

ARTÍCULO 72.- En caso de haberse nombrado fiador para el cumplimiento de los deberes inherentes a la sustitución de sanciones, la obligación de aquél concluirá al extinguirse la pena impuesta. Cuando el fiador tenga motivos fundados para no continuar en su desempeño, los expondrá al juez, a fin de que éste, si los estima justos, prevenga al sentenciado que presente nuevo fiador dentro del plazo que prudentemente deberá fijarle, apercibido de que se hará efectiva la sanción si no lo hace. En caso de muerte o insolvencia del fiador, el sentenciado deberá poner

²⁸⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, número 107, 2003).

el hecho en conocimiento del juez, para el efecto y bajo el apercibimiento que se expresan en el párrafo que precede, en los términos de la fracción VI del artículo 90.

ARTÍCULO 73.- El Ejecutivo, tratándose de delitos políticos, podrá hacer la conmutación de sanciones, después de impuestas en sentencia irrevocable, conforme a las siguientes reglas:

I.- Cuando la sanción impuesta sea la de prisión, se conmutará en confinamiento por un término igual al de los dos tercios del que debía durar la prisión, y

(REFORMADA, D.O.F. 13 DE ENERO DE 1984)

II.- Si fuere la de confinamiento, se conmutará por multa, a razón de un día de aquél por un día multa.

(REFORMADO, D.O.F. 13 DE ENERO DE 1984)

ARTICULO 74.- El reo que considere que al dictarse sentencia reunía las condiciones para el disfrute de la sustitución o conmutación de la sanción y que por inadvertencia de su parte o del juzgador no le hubiera sido otorgada, podrá promover ante éste que se le conceda, abriéndose el incidente respectivo en los términos de la fracción X del artículo 90.

(ADICIONADO, D.O.F. 30 DE DICIEMBRE DE 1991)

En todo caso en que proceda la sustitución o la conmutación de la pena, al hacerse el cálculo de la sanción substitutiva se disminuirá además de lo establecido en el último párrafo del artículo 29 de este Código, el tiempo durante el cual el sentenciado sufrió prisión preventiva.

(REFORMADO, D.O.F. 19 DE MARZO DE 1971)

ARTICULO 75.- Cuando el reo acredite plenamente que no puede cumplir alguna de las modalidades de la sanción que le fue impuesta por ser incompatible con su edad, sexo, salud, o constitución física, la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social podrá modificar aquélla, siempre que la modificación no sea esencial.

(REFORMADO, D.O.F. 19 DE MARZO DE 1971)

ARTICULO 76.- Para la procedencia de la sustitución y la conmutación, se exigirá al condenado la reparación del daño o la garantía que señale el juez para asegurar su pago, en el plazo que se le fije.

NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CAPÍTULO VII

SUSTITUCIÓN DE PENAS

ARTÍCULO 84 (Sustitución de la prisión). El Juez, considerando lo dispuesto en el artículo 72 de este Código, podrá sustituir la pena de prisión, en los términos siguientes:

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

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

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

ARTÍCULO 85 (Sustitución de la multa). La multa podrá ser sustituida por trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad.

ARTÍCULO 86 (Condiciones para la sustitución). La sustitución de la sanción privativa de libertad procederá, cuando se reparen los daños y perjuicios causados o se garantice su pago, en el supuesto a que se refiere el artículo 48 de este Código.

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

ARTÍCULO 87 (Revocación de la sustitución). El Juez podrá dejar sin efecto la sustitución y ordenar que se ejecute la pena de prisión impuesta, en los siguientes casos:

I. Cuando el sentenciado no cumpla con las condiciones que le fueran señaladas para tal efecto, salvo que el juzgador estime conveniente apercibirlo de que si se incurre en una nueva falta, se hará efectiva la sanción sustituida. En estos casos, se fijará garantía para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones con motivo del sustitutivo concedido; o

II. 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.

En caso de hacerse efectiva la pena de prisión sustituida, se tomará en cuenta el tiempo durante el cual el sentenciado hubiera cumplido la pena sustitutiva.

ARTÍCULO 88 (Obligación del fiador en la sustitución). La obligación del fiador concluirá al extinguirse la pena impuesta, en caso de habersele nombrado para el cumplimiento de los deberes inherentes a la sustitución de penas.

Cuando el fiador tenga motivos para no continuar en su desempeño, los expondrá al Juez a fin de que éste, si los estima fundados, prevenga al sentenciado para que presente nuevo fiador dentro del plazo que se le fije, apercibido de que de no hacerlo se le hará efectiva la pena. En este último caso, se estará a lo dispuesto en el artículo anterior.

En caso de muerte o insolvencia del fiador, el sentenciado deberá poner el hecho en conocimiento del Juez, para los efectos que se expresan en el párrafo que precede.

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE GUERRERO

LIBRO PRIMERO

Parte general.

TÍTULO IV

Aplicación de las sanciones y medidas de seguridad.

CAPÍTULO VIII

Sustitución y conmutación de penas y suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Artículo 71. La prisión podrá ser sustituida, a juicio del juez, cuando se paguen o garanticen a su satisfacción la multa y la reparación de los daños y perjuicios causados, observando en lo procedente lo dispuesto por el artículo 56 y sujetándose a las siguientes reglas:

I. Por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de 5 años.

II. Por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de 4 años, o por multa si la prisión no excede de 3 años.

III. Para los efectos de la sustitución, se requerirá que el reo satisfaga, además, los requisitos señalados en las fracciones I y II del artículo siguiente.

Tratándose de mujeres con hijos menores de edad; jóvenes menores de 23 años que acrediten que están realizando estudios en instituciones legalmente autorizadas, y que demuestren fehacientemente que se dedican a una actividad lícita; indígenas monolingües; trabajadores o jornaleros, asalariados o no, que tengan dependientes económicos y cuya remuneración no sea superior al salario mínimo general de la zona, y que comprueben un modo honesto de vivir; por cada jornada de trabajo saldrá dos días de multa; la libertad bajo vigilancia no excederá de la mitad de los días de multa substituidos, y la multa substitutiva de la pena privativa de libertad, equivaldrá a un día de multa por dos de prisión.

CAPÍTULO QUINTO LA TRANSICIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN A LOS SUSTITUTIVOS PENALES

1. La Experiencia Carcelaria

En los últimos años se ha dado en casi todo el mundo una crítica severa ante la prisión. Los problemas de la cárcel y sus contradicciones, sus efectos, han tomado como objeto de estudio esta institución.

Para muchos importantes pensadores, la prisión como pena ha mostrado un camino que parte de la esperanza y termina en el desastre, vuelve a la esperanza y una vez más cae en la catástrofe.²⁸⁸ Ello no ha sido -no tendría por que serlo- distinto en nuestro país. No obstante, la prisión sigue ahí, paradójicamente, mientras en el ámbito académico ha perdido su sustento teórico y justificativo, en la realidad cotidiana continúa reproduciéndose. Tras sus muros, por diversas razones se encuentran personas que trabajan, experimentan, penan o simplemente sobreviven.

Hoy por hoy, la prisión forma parte de nuestra realidad y por ello es un fenómeno que requiere una atención apremiante. De ahí que la intención -y también el límite de este trabajo- no puede ser otra que la de encontrar y tratar de fundamentar una propuesta en torno a la práctica cotidiana de la cárcel dentro de un sistema en el que tal institución existe.

Tal reflexión sobre la prisión debe partir de una toma de conciencia sobre su historia. Una premisa necesaria para ello es la de tomar una prudente distancia ante las posiciones que, siguiendo a Stanley Cohen, podríamos denominar de buenas intenciones: las del reformismo optimista, que aportan una visión simplista e idealizada sobre la historia de la cárcel y la de la desviación y que ponen el énfasis en la reforma, bajo el supuesto de que "[...] con buena voluntad y recursos suficientes el sistema es capaz de ser humanizado".²⁸⁹ Con el mismo criterio se deben analizar las actitudes pesimistas, que aceptan las buenas intenciones originales, pero consideran que, a pesar de ello, los resultados han sido desastrosos.

Una tercera posibilidad, que permite una actitud mucho más objetiva y menos ingenua, es la expresada por los trabajos de diversos autores, entre los que destaca Michel Foucault,²⁹⁰ que revelan que el fracaso de la prisión ha sido sólo el de sus funciones declaradas de prevención o de readaptación social, y que narran la historia de la cárcel y de la desviación como una Historia de la disciplina y de la mistificación, lo que hace aparecer a la privación de la libertad como uno de los

²⁸⁸ Sergio. García Ramírez, "Cambio en las Prisiones", en *Criminalia* (México, D.F., Academia Mexicana de Ciencias Penales, XIL, núm. 1, 1993). Pp. 191-194.

²⁸⁹ S. Cohen, *Visiones del Control Social* (Barcelona, PPU, 1998). P. 38.

²⁹⁰ Michel Foucault, *Vigilar y Castigar* (México, D. F., Siglo XXI, 1979).

recursos más favorecidos, pero también más redituables, para el proyecto de la modernidad.²⁹¹ Sólo desde este punto de vista es posible reconstruir la historia de la cárcel sin eufemismos y enfrentar el hecho real de su brutalidad su condición incuestionable de castigo.

La historia de la prisión moderna en México entró en un periodo en el que se adoptó de lleno la filosofía positivista y con ello la pretensión de atribuir fines utilitarios a la privación de la libertad, que entonces cobró sentido como pena pública. Al igual que en Europa, la ideología penal se fue aproximando a una concepción aséptica del castigo, invocando la necesidad de humanizar a la prisión a fin de recuperar para la sociedad a aquellos sujetos que habían delinquido. El tránsito de la lúgubre Cárcel de la Acordada hacia la Cárcel de Belém tuvo como trasfondo la intención de modificar la práctica penitenciaria mexicana para hacerla científica y progresista. De esta forma, la prisión se convirtió en un auténtico laboratorio en el que fue posible someter a prueba las teorías *peligrosistas*, así como construir nuevas hipótesis acerca de la delincuencia.²⁹²

De ahí que la política penitenciaria finisecular se haya fincado en una concepción que ampliaba las potestades del Estado para intervenir, incluso en los casos en que era presumible que las condiciones de vida del sujeto eran determinantes de sus actitudes delictivas. Junto al positivismo, se adoptaron también criterios correccionalistas, basados en las experiencias surgidas de los modelos de Auburn y de Filadelfia, en los estados Unidos. Tal es el caso de la Colonia Penal de las Islas Mariás, localizada en el Pacífico mexicano, que durante el porfiriato se convirtió en una efectiva medida de control social para los grupos disidentes -obreros de Cananea- que se oponían "al progreso" del país. Esa colonia penal se fundó en una concepción *peligrosista* del delincuente, que exigía un tratamiento riguroso basado en el confinamiento y en el trabajo como medios de rehabilitación.²⁹³

En el periodo posrevolucionario, la práctica penitenciaria se desarrolló en un proceso que acusaba, por un lado, una importante labor reflexiva por parte de distinguidos criminólogos y penitenciaristas mexicanos y, por el otro, una realidad penitenciaria pletórica de problemas, abusos y descontrol, que hicieron ganar para la célebre prisión de Lecumberri, en el Distrito Federal, el sobrenombre de Palacio Negro.²⁹⁴

Ya en el último tercio de este siglo XX, los herederos de esa generación de criminólogos y penitenciaristas de los años cincuenta y sesenta plantearon la necesidad de reformar a fondo el sistema penitenciario. Esta reforma debería basarse en una concepción que humanizara el castigo, evitara la convivencia entre procesados y sentenciados, redefiniera el tratamiento

²⁹¹ Massimo. Pavarini, "La Justificación imposible. Historia de la idea de la pena, entre justicia y utilidad", en *Delito y Sociedad*, 1, núm. 1, 1992, pp. 10 y ss.

²⁹² G. Mellado, "Belém por dentro y por fuera", en *Criminalia* (México, D. F., Academia Mexicana de Ciencias Penales, XXV, núm. 8, 1959) Pp. 404-467.

²⁹³ N. Cruz, "Las cárceles del siglo XIX en Puebla", en *La política Criminal Contemporánea* (Tlaxcala, México, Universidad de Tlaxcala, 1993).

²⁹⁴ Sergio García Ramírez, *El final de Lecumberri*, (México, D.F., Porrúa, 1979).

penitenciario y creara espacios en los que el encierro fuera menos adverso para las personas privadas de la libertad. La tesis de la readaptación social, presente en el discurso internacional desde la década de los años cincuenta, llegaba a las prisiones mexicanas y se materializaba.

En los años setenta se inició la construcción de los modernos edificios que hoy ostentan el nombre de Centros de Readaptación Social, cuyo modelo se extendió a todo el país y continúa vigente. La clasificación científica del delincuente, basada en criterios poco afortunados de medición de la peligrosidad, la idea de un tratamiento progresivo, fundado en la educación y la capacitación para el trabajo, y la conciencia cada vez más generalizada de que una práctica de encierro se contradice con la idea de vida en sociedad, no han logrado, sin embargo, abatir los problemas principales que ha planteado la prisión. No se ha conseguido abatir realmente la delincuencia, ni tampoco readaptar a los delincuentes. Por otro lado, han resurgido los viejos vicios de las cárceles anteriores a la reforma: sobrepoblación, internamiento conjunto de procesados y sentenciados, corrupción, violencia, motines y otros.

Entre noviembre de 1991 y julio de 1993, la población promedio del Sistema Penitenciario de la ciudad de México fue de 8,455 internos, 7,989 hombres y 466 mujeres. De ellos, el 2.06% está constituido por indiciados, el 22.81% se encuentra en proceso, el 72.58% ha recibido sentencia y el 46.05 % tiene sentencia que ha causado ejecutoria. En total, estamos hablando del 0.04% de la población censada en el Distrito Federal. Los datos anteriores implican también que una de las principales preocupaciones de las Naciones Unidas, aquella referida a los denominados presos sin condena ha sido abatida, puesto que el número de sentenciados constituye ya un porcentaje más elevado que el de internos en espera de sentencia.

Cabe señalar que 1,625 internos (1,496 hombres y 129 mujeres) están siendo procesados por delitos del fuero común y 723 (703 hombres y 20 mujeres) por delitos del fuero federal. En cuanto a los sentenciados, los del fuero común ascienden a 4,419 (4,221 hombres y 198 mujeres) y los del fuero federal a 1,592 (1,473 hombres y 119 mujeres).

Por lo que se refiere a la edad, los grupos más importantes están constituidos, en orden decreciente, por los siguientes rangos: de 21 a 30 años, el 39.26% del total; de 31 a 40 años, el 24.79%, y de 18 a 20 años, el 17.86%, lo que en conjunto representa el 81.91% de la población total de los centros penitenciarios. Como puede observarse, se trata en su mayoría de personas cuyas edades las sitúan como parte importante de la población económicamente activa. Destacan también aquí los resultados de los programas de excarcelación, que incluyen la asistencia jurídica ante la Dirección General de Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Gobernación, para la concesión de beneficios a ancianos e internos seniles. También es un factor importante el hecho de que, en los últimos años, la curva de permanencia en los centros sea, en su punto más elevado, entre los doce meses y las dos años, en el que se registra un total de 1,464 internos (17.52 %), para decrecer considerablemente conforme aumenta el número de años en prisión.

Otro dato interesante se desprende del análisis del tipo de delito cometido por los reclusos. Destaca el hecho de que un 37.18% (3,105) de los internos lo está por delitos de tipo patrimonial, y de éstos, el 30.17 % (2,520) por robo. Estas cifras llaman la atención hacia la posibilidad de aplicar mecanismos de solución de conflictos que no recurran a la privación de la libertad y que pongan énfasis en la posibilidad de regular una solución entre particulares. Esto podría lograrse, por ejemplo, mediante la reparación del daño, lo que impactaría favorablemente en la reducción de la población penitenciaria y redundaría en un beneficio directo para la víctima del delito. Los delitos que, después de los patrimoniales, alcanzan los mayores porcentajes son los siguientes, en el orden que se indica: delitos contra la vida, 24.78 % de los internos; contra la salud, 11.47%, y contra la libertad sexual, 9.7%.

Uno de los principales problemas enfrentados por el Sistema Penitenciario del Distrito Federal radica, como antaño lo fuera para las cárceles que le precedieron, el de la sobrepoblación. A la fecha, los reclusorios preventivos varoniles Norte y Oriente acusan un porcentaje de sobrepoblación del 23% y el 45%, respectivamente. La Penitenciaría del Distrito Federal, por su parte, tiene un porcentaje de sobrepoblación del 31%. En total, la capacidad instalada en los distintos centros es de 7,307 internos, frente a una población promedio de 8,455. Se han elaborado programas de abatimiento de la sobrepoblación penitenciaria que incluyen la asistencia jurídica para la externación de internos analfabetas, indígenas, ancianos, personas en situación económica precaria, en estado de salud grave, enfermos mentales, minusválidos y, por supuesto, de aquellos internos que están en posibilidad jurídica de recibir beneficios. Como solución alternativa a este problema, se ha iniciado también la construcción de una nueva penitenciaría para el Distrito Federal, la que tendrá capacidad para 2,000 internos.

Otro de los problemas importantes dentro de la administración penitenciaria es el de la violación de los derechos Humanos de los internos y de sus familiares. En este sentido, se cuenta con un programa técnico de derechos Humanos y de control de gestión, que da seguimiento a las Recomendaciones formuladas por la Comisión Nacional de derechos Humanos, así como a las denuncias que internamente se reciben desde cada uno de los centros. Como es sabido, el ámbito penitenciario es uno de los que, en el mundo entero, recibe más denuncias y recomendaciones por abusos de poder, malos tratos, instalaciones inadecuadas o insalubres, alimentación deficiente y, en general de los derechos Humanos. En los últimos años, sin embargo, el Sistema Penitenciario del Distrito Federal sólo recibió cuatro Recomendaciones, de las cuales se han cumplido totalmente tres; la cuarta ha sido ya atendida y registra un avance del 80%. En este mismo sentido, la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social ha permanecido en contacto estrecho con la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, para informar los resultados de la gestión penitenciaria y para tomar en consideración las recomendaciones de sus miembros.

Estrechamente ligado al problema anterior está el fenómeno de la corrupción. Hoy en día, queda claro que el ejercicio vertical del poder es una ilusión, y que en la realidad éste se encuentra repartido horizontalmente entre todos aquellos que participan de una relación humana. La corrupción no puede, desafortunadamente, ser abatida por un decreto o por una decisión vertical. Es en virtud de lo anterior que se han creado programas destinados a detectar los actos que dan origen a la corrupción. Se han tomado medidas de control que implican la supervisión constante de la actividad de los funcionarios en todos los niveles del sistema. Entre esas medidas destacan la aplicación de sanciones a los funcionarios, el control especializado de los edificios de visita íntima, la rotación del personal de mandos medios, la rotación del personal de seguridad y custodia, la eliminación de todo tipo de concesiones, la investigación de las denuncias hechas por y en contra del personal, los internos o sus familiares, la instalación de buzones penitenciarios, la instalación de equipos de seguridad y la capacitación especializada de alto nivel técnico y humanístico.²⁹⁵

En suma, la prisión-readaptación ha sido -y es- una de las tantas utopías creadas por el hombre para el control social. Bernaldo de Quirós, en sus *Lecciones de Derecho penitenciario*,²⁹⁶ destacaba que, a partir del final del siglo XIX, la prisión como pena, en sí misma, había entrado en crisis. En la misma corriente de ideas se pronuncia, en 1949, Mariano Ruiz Funes.²⁹⁷ La verdad es que nació muerta para sus fines (política criminológica y control social humanizados): fue un aborto intelectual, producto, del utilitarismo benthamiano, en su inicio, y, con posterioridad, en su consolidación del positivismo. Las utopías brillan en teoría para siempre, pero en la práctica son un fracaso o, cuando más, flor de un día o estrella fugaz: hay en algún tiempo (siempre breve) y en un lugar determinado (perennemente pequeño) en que se pone a funcionar el producto intelectual mientras el creador vive, en forma aislada y experimental, su creación: así quiere ejemplificar para generalizar. Pero, apenas abandona su tarea realizada, las nuevas manos la estrangulan impiadosamente, no era su hijo. Tal vez las utopías sean una especie de animal social que sólo admite un amo. Así pasó en nuestro país con el Centro Penitenciario del Estado de México, creado por ese realizador de utopías que es el doctor Sergio García Ramírez. De entonces a la fecha (fines de la década de los años 60 del siglo pasado) todos los intentos, sin excepción, que han tratado de emular la proeza del maestro García Ramírez han fracasado.

En la actualidad la materia penitenciaria federal está contenida en la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, de 1971, con sus reformas de años posteriores. La relativa al Distrito Federal figura en la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para

²⁹⁵ David Garay, "La práctica penitenciaria mexicana" en *La Experiencia del Penitenciarismo contemporáneo. Aportes y expectativas* (México, D.F., Comisión Nacional de derechos Humanos, 1995) Pp. 129 y ss.

²⁹⁶ Constancio Bernardo de Quirós. *Lecciones de Derecho penitenciario*, (Textos Universitarios, 1953). P. 57.

²⁹⁷ Mariano Ruiz Funes, *La Crisis de la Prisión*, (La Habana, Montero Editor, 1949).

el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial el 17 de septiembre de 1999 y en el Diario Oficial de la Federación el 30 del mismo mes.²⁹⁸

El progreso de las instituciones penales y penitenciarias en el Estado de México informó otros avances que incidieron sobre el régimen de las penas y su ejecución; primero, en el proyecto de Código Penal para Veracruz, del Instituto Nacional de Ciencias Penales (1979), y en el Código Penal de la misma entidad (1980); luego, y sobre todo, en las reformas de 1983 al Código Penal Federal y del Distrito Federal, que son las más importantes que se hayan incorporado a ese ordenamiento en todo el tiempo transcurrido entre 1931 y 1997, que en su turno influyeron en la revisión de las leyes penales del país y en la adopción de sustitutivos de la prisión, como el tratamiento en libertad, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad. De esta forma se inició, con vigor y profundidad, el nuevo capítulo de las sanciones en el sistema mexicano: sustitución de la privación de libertad por medidas restrictivas o no privativas de la Libertad.²⁹⁹

En años recientes se han construido más prisiones, como respuesta a un incremento notable de la criminalidad y al envejecimiento de los reclusorios existentes, muchos de ellos asentados en antiguas e inadecuadas construcciones. Destacan los Centros Federales de Readaptación Social (CEFERESOS). Estos constituyen las primeras instituciones de seguridad máxima con que cuenta el país, independientemente de los viejos reclusorios-fortaleza y de las secciones de seguridad máxima en las prisiones comunes. Atienden a la existencia de reos que difícilmente podrían quedar alojados en los reclusorios ordinarios.

Los penales de alta seguridad han suscitado una polémica que no cesa. En el juicio que sobre ellos se produzca entran en colisión diversas consideraciones; por una parte, la persistente tesis de la readaptación social, acogida por la propia Constitución, así como la necesidad de respetar con escrúpulo las normas de trato digno a los individuos privados de la libertad; y por otra, la lucha contra una delincuencia poderosa y agresiva, en la que a menudo figuran sujetos con graves perturbaciones de personalidad.

Últimamente se ha intensificado el interés por asegurar el respeto a los derechos humanos en los reclusorios, que son un escenario propicio a la decadencia o el franco desconocimiento de estas prerrogativas fundamentales. De ello dan cuenta sendas atribuciones de vigilancia a cargo del Ministerio Público, federal y local, establecidas en las correspondientes leyes orgánicas, así como las funciones que en este sector cumplen -por conducto de una visitaduría *ad-hoc*, en

²⁹⁸ Sergio García Ramírez, *Estudios Jurídicos* (México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002) Pp. 819 y ss.

²⁹⁹ Cfr. Sergio, García Ramírez, "Desarrollo de los sustitutivos", en varios autores, *Las penas sustitutivos de prisión* (México, D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995). Pp. 31 y ss.

muchos casos- la Comisión Nacional de derechos Humanos y los organismos equivalentes en las entidades federativas, inclusive el Distrito Federal.³⁰⁰

En la última década del siglo XX, el Gobierno federal ha impulsado nuevamente la construcción de reclusorios, bajo el Programa de Infraestructura Penitenciaria. En la primera etapa figuran los de Nogales, Chihuahua, Ciudad Nezahualcóyotl, Puerto Vallarta, Ciudad Guzmán, Morelia, Aguascalientes, Manzanillo, Tepic, San Luis Potosí, Monclova y Cuernavaca, así como el establecimiento para enfermos mentales delincuentes en la circunscripción de Cuautla, Morelos.³⁰¹ A este trabajo hay que agregar las obras locales; entre ellas, los reclusorios del Estado de México: uno en Ecatepec y otro en Chalco. En septiembre de 1997, la Federación se aprestaba a emprender otro conjunto de reclusorios y proseguía las tareas de formación de personal penitenciario.

Sin embargo, aún no se ha definido el porvenir de la prisión. Poderosas corrientes proponen su abolición, e incluso sugieren, más todavía, la supresión del Derecho penal. Sin embargo, esta posibilidad parece remota. A falta de relevo suficiente -no lo es, por supuesto, la pena de muerte-, la privación de libertad sigue siendo una sanción predilecta en el arsenal de las penas. Se ha sustituido en muchos casos, pero persiste en otros muchos, e incluso se incrementa el tiempo de reclusión en las nuevas disposiciones contra la delincuencia organizada.³⁰²

Ha crecido notablemente la población penitenciaria. Su incremento supera, con mucho, el crecimiento de la población en México. En realidad, hoy día se modera la tasa de incremento neto de ésta, mientras sube sin cesar la correspondiente a la población penitenciaria. El Primer Censo Nacional Penitenciario, levantado en 1976, hizo saber que había 42,943 reclusos en 399 instituciones para varones y mujeres, reos federales y comunes.³⁰³ En junio de 1991, la población penitenciaria era de 93,524 individuos, En marzo de 1996 había subido a 98,375 Poco más de un año después, en julio de 1997, la cifra era de 106,682.

En el futuro habrá que definir claramente el sentido de la privación penal de libertad, y actuar en consecuencia. El artículo 18 de la Constitución mantiene vigente el *desideratum* de readaptación social; es preciso que los hechos se subordinen a ese propósito, que en nada pugna con la seguridad pública y la defensa social. Sobre aquella base se eleva y desarrolla, bajo las condiciones que sugiere cada etapa de la historia, el sistema penitenciario.

De acuerdo con el informe "*delincuencia, marginalidad y desempeño institucional*", resultado del estudio realizado por la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y

³⁰⁰ Cfr. Comisión Nacional de derechos Humanos, *Sistema Penitenciario y derechos humanos. Balance de labores realizadas por la CNDH (1990-1996)* (México, D.F., CNDH, 1996). P.7

³⁰¹ Cfr. García Ramírez, *Los personajes del cautiverio. Prisiones, prisioneros y custodios*. Op. cit, pp. 24-25

³⁰² Cfr. García Ramírez, *Delincuencia Organizada. Antecedentes y regulación penal en México* (México, D.F., Porrúa, 1997). Pp. 102 y ss.

³⁰³ Secretaría de Gobernación, "Censo Nacional Penitenciario", Sexto Congreso Nacional Penitenciario. Ponencias oficiales y Censo Nacional Penitenciario (México, D.F., S.G., 1994).P. 17

Docencia Económica (CIDE) y el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS),³⁰⁴ a través de la realización de una encuesta entre internos reclusos en distintas prisiones del Distrito Federal, Estado de Morelos y Estado de México, centros donde se concentra 21% del total de la población penitenciaria del país, se obtuvieron las siguientes conclusiones: No son los delincuentes más peligrosos los que están en los centros de reclusión. Son los más pobres, aquellos cuya detención y castigo ofreció menos dificultades tanto a los órganos de seguridad como a los de procuración y administración de justicia. Su situación empeora dado que buena parte de los bienes y servicios que requieren los internos son proporcionados por los familiares y no por las instituciones carcelarias, tal como establecen las normas nacionales y los tratados internacionales.

Dentro de las cárceles prevalece, así mismo, una "organización informal" y "violatoria del marco legal vigente" que propicia abusos y corrupción; y la "ineficacia" y lo "arbitrario" de los sistemas de seguridad pública y de justicia penal minan la confianza ciudadana y "socavan los cimientos mismos del Estado de Derecho".

destacan que es la primera vez que en México se hace un proyecto de esta naturaleza y refieren que su trabajo tuvo por objeto tomar una primera fotografía de lo que, a lo largo del tiempo, "conformará el mapa longitudinal acerca de las modalidades delictivas, el perfil de los delincuentes y la percepción que la población en prisión tiene acerca de la capacidad disuasiva de las fuerzas de seguridad, así como del desempeño de las instituciones de procuración y administración de justicia en México". Los autores sostienen que las estrategias contra la delincuencia en la última década "han sido pobres" y atribuyen las causas a que "las políticas públicas de control del crimen por lo general se han diseñado e instrumentado sin suficiente evidencia empírica que las sustente".

La información recolectada por las autoridades en esta materia, afirman, "ha sido históricamente incompleta, parcial y de baja calidad". Y aclaran que poco se sabe acerca de la criminalidad y del desempeño de las instituciones encargadas de prevenirla y castigarla, por lo que la información surgida de la encuesta "debe servir para elaborar tanto estrategias puntuales de prevención del delito como reformas institucionales enfocadas a mejorar la calidad y eficacia de los sistemas de seguridad pública y de justicia penal".

Del análisis de la información sobre el funcionamiento de los sistemas de seguridad pública y de justicia penal, encontraron que no sólo resultan "ineficaces", sino "arbitrarios", porque aparte de que castigan la pobreza, violentan derechos constitucionales de los internos, así como de sus familiares. Las cifras así lo demostraron: 60% de los reclusos fue capturado en flagrancia por la policía preventiva; 50% fue detenido por robos menores y sin violencia y 25% por robo valuado en

³⁰⁴ Raúl Monge, Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional en *Proceso. Semanario de Información y Análisis* (México, D.F., Cisa, Comunicación e Información, número 1397, 10 de agosto de 2003). Pp. 37-39.

menos de mil pesos.

Los autores establecen que lo anterior indica que las autoridades no están dando prioridad a la persecución de delincuentes peligrosos: "Dicho de otra forma, el sistema de incentivos que rige en las agencias del Ministerio Público premia el número total de consignaciones, pero no así la gravedad, en términos sociales, del caso consignado". Por otra parte, 58% fue trasladado al MP en un lapso de dos horas; 23%, entre tres y seis horas, y 13%, tardó entre siete y 24 horas. Sólo tres de cada 10 detenidos fueron informados de las causas de su detención. Más, 80% de los internos aseguró que nunca se le informó que tenía Derecho a reservarse su declaración y 70% manifestó que no tuvo asesoría legal durante el tiempo en el que permaneció bajo la tutela del Ministerio Público. Las violaciones a las garantías constitucionales se prolongaron en los juzgados: 66% no fue informado de que podía abstenerse de declarar ante el juez y 80% nunca tuvo contacto directo con el juez.

También encontraron una organización informal y violatoria del marco legal. Las familias asumen con frecuencia, dicen, una parte importante de los costos de reclusión de los internos, además de tener que lidiar con el "sistema de sobornos que priva en el sistema penitenciario". Por ejemplo, 90% de los internos aseguró que su familia los asiste con alimentos; 49%, con medicamentos; 85%, con ropa y calzado, y 64%, con dinero. Además, 35% denunció que su familia tiene que pagar por mandarlos llamar cuando los visita y 29% por permitirles pasar comida. También encontraron que la desarticulación social de los internos es otro elemento íntimamente relacionado con la delincuencia. La encuesta reveló que la población en reclusión tiene como denominador común la marginalidad social.

Por ejemplo, la proporción de los internos que ingresó al mercado laboral siendo menores de 15 años es 69%, y casi una cuarta parte se vio en la necesidad de abandonar su hogar antes de cumplir esa edad por buscar un empleo o, bien, por la violencia intrafamiliar; 33% dejó su casa porque sus padres eran adictos al alcohol; 20% de los entrevistados reconoció que había tenido al menos un familiar en prisión, lo que, a juicio de los especialistas, "demuestra claros signos de desarticulación social de las familias en las que se desarrollaron".

Las mujeres representan 5% del total de la población; 59% de las internas informó que tuvo su primer embarazo en la adolescencia, cifra 40% superior al porcentaje nacional. Además, la proporción de mujeres que se encuentran en reclusión simultáneamente con su pareja es sustancialmente mayor a la de los varones -27.4% contra 3.5%- , lo cual, subrayan, "demuestra que el vínculo de pareja constituye uno de los principales factores que explican la conducta delictiva de las mujeres".

Los autores dicen que "un país que no ofrece perspectivas ni posibilidad de desarrollo a un importante grupo social, difícilmente podrá controlar el crecimiento de sus índices delictivos". Sostienen que uno de los mayores retos que enfrentan las instituciones que componen el sistema

penal es el elevar la calidad y eficacia de sus servicios con el fin de recuperar la confianza de los ciudadanos; y proponen: Mejorar la investigación policial de las procuradurías mediante el uso de herramientas y técnicas criminalísticas profesionales; establecer un sistema de incentivos que premie y otorgue reconocimientos a policías y agentes del Ministerio Público no sólo por el número de consignaciones, sino por la gravedad, en términos sociales, de los delitos cometidos por los delincuentes; generar los incentivos necesarios para que los jueces penales fiscalicen y controlen la labor de policías y ministerios públicos, y fortalecer la defensoría de oficio como una forma de atenuar los abusos y los atropellos cometidos por ministerios públicos y jueces.

En los patrones e historias delictivas, los investigadores encontraron otros indicadores interesantes. Por ejemplo, el sistema de justicia se concentra mayoritariamente en castigar los delitos contra la propiedad, de baja cuantía, cometidos por delincuentes comunes, en lugar de combatir a los delincuentes más predatorios. El mismo patrón se observó con los internos sentenciados por delitos contra la salud: la mayoría de los entrevistados mencionó que fueron detenidos con droga valuada en poco más de mil pesos, otro tanto dijo que el valor no rebasaba los 175 pesos y 10% declaró que la droga que portaba era de 3 mil 900 pesos.

Sobre los aspectos ambientales que privaron durante la comisión de los delitos, los investigadores no detectaron un horario del día de mayor incidencia. En cuanto al lugar, 48% respondió que lo cometió en la calle; 24%, en casas u oficinas; 6%, en un vehículo, y 5%, en tiendas. Además, 37% de los internos admitió haber consumido alcohol o drogas por lo menos seis horas antes de cometer el delito. El porcentaje creció en las personas acusadas de delitos sexuales, seguidos por los delitos con violencia y robo simple. De igual forma, 38% de los entrevistados utilizó arma de fuego en la comisión del delito, y 80% de las víctimas fueron hombres y 20% mujeres. La mitad de quienes utilizaron arma de fuego lo hicieron contra personas; 24%, en delitos contra el patrimonio, y 15%, en delitos sexuales.

En 50% de los delitos violentos, resultaron personas heridas. En homicidios, 48% de los acusados conocía a las víctimas, debido a que se trataba de familiar, amigo o conocido. En el caso de las violaciones, 69% de los sentenciados tenía algún vínculo con la víctima y, en más de la mitad de los casos, la víctima fue familiar o amigo; 10% de las víctimas era menor de 10 años y 30% menor de 14.

Dicen los autores: "La encuesta sugiere la existencia de una violación sistemática de los estándares legales por parte de las autoridades del sistema penal. Desde el momento de la detención hasta que se dicta sentencia, las autoridades violan la Constitución y las leyes.

"La encuesta ubica también que los espacios de corrupción son mayores en las etapas iniciales del proceso y que los abogados defensores de los acusados son un débil eslabón dentro del sistema penal." Durante su estancia en la agencia del MP, 91% de los entrevistados declaró que no le explicaron la diferencia entre Ministerio Público y juzgados; a 80% no le informaron de su

Derecho a reservarse su declaración; 72% no supo que tenía Derecho a hacer una llamada telefónica y 70% no fue asistido legalmente por un abogado.

Sobre las condiciones procesales en los juzgados penales, 66% dijo que no le informaron de su Derecho a no declarar, 27% no contó con un abogado durante su declaración, 71% no estuvo presente el juez durante su declaración, 80% nunca habló con el juez y 59% escuchaba mal o no entendía el juicio; y, poco menos de la mitad de los internos (46%) aseguró que no se sintió bien defendido por su abogado.

2. El Sistema Penitenciario y los derechos Fundamentales de los Reclusos

Suele mencionarse que determinados acontecimientos históricos, tales como la Declaración de derechos de Virginia (de 12 de junio de 1776), la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica (de 4 de julio de 1776), o la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano francesa (de 26 de agosto de 1789), supusieron el primer reconocimiento normativo de los derechos humanos. A partir de estas Declaraciones, y en los dos siglos posteriores, se ha verificado un "proceso de positivación" de estos derechos.³⁰⁵ En efecto, este proceso que se inició con las Declaraciones francesa y norteamericana -y que continuó en los siglos XIX y principios del XX con la introducción de aquellos derechos en los Preámbulos y artículos de las numerosas Constituciones promulgadas en los países democráticos- culminó con la Declaración Universal de los derechos del Hombre (en 1948).

A partir de aquí, se inició otro proceso que Treves denomina de "internacionalización de los derechos humanos" el Convenio Europeo para la protección de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, marcan importantes hitos del citado proceso sobre el cual se volverá más adelante.

Ahora bien, más allá del reconocimiento normativo de los derechos humanos, es necesario conocer -aunque sea brevemente-, cómo se elaboró una *doctrina* acerca de aquellos, puesto que la misma ha de ser necesariamente anterior al reconocimiento jurídico-positivo de los derechos humanos. En este sentido, es conveniente repasar las diversas fundamentaciones que se han presentado en torno a este tema.³⁰⁶

Desde la perspectiva iusnaturalista, Bobbio es quien señala que la doctrina de los derechos del hombre nació del pensamiento iusnaturalista; en efecto, para esta escuela, y para poder justificar la existencia de derechos pertenecientes a los hombres en cuanto tales, fue necesario ofrecer la hipótesis de un Estado de naturaleza donde aquellos derechos se referían esencialmente a la vida y a la supervivencia, incluyéndose en ellos los derechos a la propiedad y a la libertad. La explicación iusnaturalista que ofrece Bobbio siguiendo a Locke -para criticarla posteriormente-, culmina con Kant en su concepción acerca del único Derecho del cual es titular el "hombre natural": el Derecho a la libertad, entendida ésta como la independencia de toda constrictión impuesta por la voluntad de otro. El goce de esta libertad trae como consecuencia, siguiendo a los iusnaturalistas, la igualdad de todos los hombres entendida como la imposibilidad de que unos individuos posean más libertad que otros. Esta filosofía fue, precisamente, la que

³⁰⁵ R. Treves, *Diritti umani e psicologia del diritto*, pp. 7-14

³⁰⁶ Iñaki Rivera Beiras, "La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos" en *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales* (Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1994). Pp. 47 ss.

inspiró las primeras Declaraciones de derechos humanos, las cuales, normalmente en sus primeros artículos, consignaron fórmulas en las que se proclamaba la igualdad de todos los hombres.

Desde un enfoque ético, se parte de la tesis de que el origen y fundamento de estos derechos nunca puede ser jurídico, sino previo a lo jurídico. Para esta visión, el Derecho (positivo) no crea los derechos humanos, su labor está en reconocerlos, convertirlos en normas jurídicas y garantizarlos también jurídicamente. La apelación a la naturaleza humana vuelve aquí a aparecer como fundamento último de los derechos humanos. Ello puede apreciarse, por ejemplo, en la explicación que ofrece Truyol y Serra cuando afirma que decir que hay derechos humanos o derechos del hombre en el contexto histórico-espiritual que es nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados.

Para otro de los partidarios de esta perspectiva, Peces Barba, al revisar el problema de la fundamentación de los derechos humanos se refiere *"a esta compleja actividad intelectual que lleva a integrar lo que llamo la filosofía y el Derecho positivo de los derechos humanos. Es un punto de encuentro entre Derecho y Moral, quizás el más relevante de todos, o dicho de otra manera, el que se sitúa en el Derecho al nivel superior del ordenamiento y en la moral plantea los problemas centrales"*; abundando aun más acerca de ello, Peces Barba señala que fundamentar los derechos humanos es buscar la raíz de un fenómeno que se explica sólo plenamente cuando está incorporado en el Derecho positivo, aunque su origen se encuentre en el plano de la moral. Para este autor, moralidad y juridicidad o moralidad legalizada, forman el objeto integral de los derechos humanos y al fundamentarlos se debe tener presente, abarcándolo en toda su extensión, su contenido integral.

En síntesis, lo fundamental para los partidarios de esta perspectiva consiste en que el origen de los derechos humanos es previo al Derecho y, en consecuencia, si no se acepta esa existencia moral anterior, no es posible criticar a cualquier ordenamiento jurídico porque no los reconozca o garantice, ni defender la necesidad de su incorporación al Derecho positivo.

En la perspectiva histórica, según Eusebio Fernández, para esta corriente, los derechos humanos manifiestan los derechos variables y relativos a cada contexto histórico que el hombre tiene y mantiene de acuerdo con el desarrollo de la sociedad. Se trataría entonces de derechos que se fundan, no en la naturaleza humana, sino en las *necesidades* que los individuos van teniendo en las sociedades a medida que éstas evolucionan. Esta tesis, tal y como señala Eusebio Fernández, fue la defendida por el filósofo italiano B. Croce en la investigación llevada a cabo por la UNESCO en 1947 acerca de los fundamentos de la Declaración de derechos del Hombre. Croce, tras afirmar que los postulados iusnaturalistas -en torno al fundamento de los derechos

humanos- se habían convertido en algo filosófica e históricamente insostenible, vino a afirmar que estos derechos eran, “*a lo sumo derechos del hombre en la historia. Esto equivale a decir que los derechos son aceptados como tales para hombres de una época particular. No se trata, por consiguiente, de demandas eternas, sino sólo de hechos históricos, manifestaciones de las necesidades de talo cual época e intentos de satisfacer dichas necesidades*”.

Lo más importante de esta corriente es haber señalado una evolución en cuanto al reconocimiento de los derechos humanos. En este sentido, se señalan tres etapas que, a su vez, enfatizan tres aspectos: la forma que asume el Estado en cada período histórico, de qué forma son contemplados los individuos y el tipo de derechos que les van siendo reconocidos:

- En el siglo XVIII, los derechos humanos suponían un simple concepto político que englobaba una serie de libertades frente al Estado. Este concepto, característico de la *forma-Estado liberal* -y, por tanto, inspirado en una filosofía de corte individualista-, se refería a los *hombres en cuanto tales*. De esta concepción se deducía la necesidad de garantizarles determinados *derechos individuales*.
- El posterior proceso de positivación de los derechos humanos -que, fundamentalmente, ocupará el siglo XIX y parte del XX (hasta las Guerras Mundiales)- provocará la recepción, en las Constituciones que se fueron promulgando, de *derechos cívicos Y políticos* que, observando ahora al *hombre como ciudadano*, contribuirá a la consolidación de la *forma-Estado de Derecho*.
- El reconocimiento de *derechos de carácter social*, proceso que contemplará al *hombre como trabajador* y que, a su vez, provocará el surgimiento de la *forma-Estado social* (en la cual ha de ser el Estado el promotor y el garante del bienestar económico y social), culmina el proceso histórico señalado.

En el ámbito internacional, pese a que numerosas disposiciones señalan el reconocimiento de un *Derecho* tan fundamental como es el *de la vida*, para *todas* las personas, semejante consagración encuentra su límite si se trata de la *ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el .que la ley establece esa pena* (artículo 2° Convenio Europeo de derechos Humanos -CEDH-). Además, estas normas destacan que las disposiciones relativas a la consagración del Derecho a la vida no se vulneran si la muerte se produce «*para detener a una persona conforme a Derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente* (artículo 2°.2 CEDH).

Prohibición de torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes. Este Derecho fundamental se regula en el Artículo 30 del CEDH, y está destinado a todas las personas, sin exclusión (de ahí la utilización de las palabras *nadie podrá ser sometido a...*). La concreción de estos vocablos, en especial de la palabra tortura, se encuentra en la Convención contra la Tortura

y otros tratos o penas crueles, inhumanas, o degradantes. Mayores problemas se plantean cuando se han de precisar las palabras *penas o tratos inhumanos o degradantes*, especialmente, en el ámbito de la ejecución de las penas privativas de libertad (piénsese, por ejemplo, en los llamados regímenes cerrados, celdas de castigo o aislamiento, etcétera).

A este respecto cabe decir que una de las tareas emprendidas por el Tribunal Europeo de derechos Humanos (TEDH), ha consistido en concretar el alcance de cada uno de los términos establecidos en el artículo 3 CEDHIO. Como señala Balaguer Santamaría, *de las definiciones del Tribunal (se refiere al TEDH) se desprende que es la intensidad de los sufrimientos que se producen, el elemento diferenciador entre las torturas y los tratos comentados (inhumanos o degradantes), pareciendo exigir un nivel especial en el dolor que caracteriza a la tortura.*

El TEDH al delimitar el significado preciso de tales conceptos, señaló en la *Sentencia de 25 de abril de 1978 -asunto Tyrer-*, que una persona puede ser humillada al ser condenada, pero que lo que interesa a los efectos de conceptuar a una pena como degradante es que la humillación se produzca, no por la mera existencia de la condena, sino por la forma en la cual ésta se ejecuta.

En efecto, señala el TEDH que *sería absurdo sostener que cualquier pena judicial, debido al aspecto humillante que ofrece de ordinario, casi inevitablemente tiene una naturaleza degradante en el sentido del artículo 3. Hay que complementar la interpretación del texto de que se trata. Al prohibir expresamente las penas inhumanas y degradantes, el artículo 3 supone además su distinción de las penas en general. Entiende el Tribunal que para que una pena sea degradante e infrinja el artículo 3, la humillación o el envilecimiento que implica tienen que alcanzar un nivel determinado y diferenciarse, en cualquier caso, del elemento habitual de humillación que se ha mencionado en el párrafo anterior.*

Prohibición de realizar un trabajo forzado u obligatorio en relación al Derecho al trabajo penitenciario remunerado. El artículo 23 de la Declaración Universal de los derechos Humanos (DUDH) establece que *toda persona tiene Derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. Añadiendo posteriormente que toda persona que trabaja tiene Derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección socia (artículo 23.3).* Por otra parte, es conocida la prohibición de que *nadie* pueda ser sometido a esclavitud, servidumbre, ni constreñido a realizar trabajos forzosos u obligatorios.

Pese a tales estipulaciones, inmediatamente se dispone que no se consideraran infringidas tales normas cuando se trate de los *trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada o de una persona que habiendo sido presa (...) se encuentra en libertad condicional (artículo 8°.3 del Pacto Internacional), o de todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad (artículo*

4°.2, a del CEDH).

Derecho a la reeducación y reinserción social. Dispone el artículo 25.2 CE que *las penas privativas de libertad (...) estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social*. En el mismo sentido se pronuncian los artículos. 1 de la LOGP y del RP, agregando ambos que, otra finalidad de tales penas, es la *retención y custodia de detenidos, presos y penados*.

Derecho al respeto de la correspondencia. Este Derecho fundamental se establece en el artículo 8°.1 del Convenio Europeo: *toda persona tiene Derecho al respeto [...] de su correspondencia*. En principio, pues, el reconocimiento de este Derecho no excluye a nadie de su ejercicio. Sin embargo, el no. 2 del Artículo 8° establece una serie de excepciones al mismo: a) que la *injerencia* en la correspondencia sea *necesaria para la seguridad nacional*; b) o para la *seguridad pública*; c) o para el *bienestar económico del país*; d) o para la *defensa del orden y la prevención del delito*; e) o para la *protección de la salud o de la moral*; f) o para la *protección de los derechos y las libertades de los demás*. El Derecho al secreto de la correspondencia constituye un tema de capital importancia en la vida de la población reclusa.

Derecho a expresarse en su propia lengua en relación con el Derecho a la asistencia de un intérprete. El CEDH consagra el Derecho de todo acusado a *ser asistido gratuitamente de un intérprete, sino comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia* (artículo 6.3.e).

Prohibición de discriminación. La fundamental garantía de impedir que se produzcan situaciones discriminatorias se contempla en el artículo 14 del Convenio Europeo, cuando dispone que *el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*.

Tal y como se ha visto, pese al indudable avance que ha supuesto el desarrollo de los *procesos de positivación, internacionalización, multiplicación y especificación* de los derechos humanos, tales procesos no han logrado todavía consolidar unos verdaderos derechos subjetivos para quienes viven privados de su libertad.

La Comisión Nacional de derechos Humanos (CNDH), al ser constituida como instancia pública para la investigación de las quejas y denuncias de los internos, ha dado un nuevo significado a la vieja realidad penitenciaria. El ejercicio inédito de estas atribuciones le ha permitido conocer los problemas de la prisión e identificar las áreas en las que, con mayor frecuencia, se provocan violaciones a los derechos fundamentales de los reclusos.

En el año de 1994 Miguel Sarre hacía referencia a los lamentables acontecimientos que tuvieron lugar en los centros penitenciarios de Villahermosa, Tabasco; Acapulco, Guerrero, y Tapachula, Chiapas, muestra de los múltiples casos en los que la inobservancia de los criterios

mínimos de respeto a la condición humana de los internos se convierte en el contexto más adecuado para el surgimiento de la inconformidad generalizada y, en ocasiones, de la violencia.

Por ello, es importante señalar que más allá de la observancia estricta y comprometida de los ordenamientos normativos en los que se enmarca el trabajo penitenciario, se requiere fomentar una actitud realista y sensata frente a la prisión. Y no sólo frente a sus contradicciones, sino sobre todo frente a su existencia como institución de contención en la que cotidianamente sobreviven, en condiciones por completo ajenas a las normales para la vida adulta³⁰⁷ seres humanos a los que es indispensable garantizarles una estancia digna y respetuosa de aquellos derechos de los que no han sido legalmente privados.

Los problemas que se dan al interior de las prisiones no obedecen a una relación unidimensional de causa-efecto; de hecho, tales problemas no son aislados, sino más bien interdependientes: unos y otros se afectan y agravan recíprocamente. Sin embargo, para efectos de la exposición, es posible agrupar estos problemas en rubros que permitan su discusión y el planteamiento de algunas soluciones.

Una de las fuentes de reclamo e inconformidad más recurrente de la población reclusa en las prisiones del país es la que tiene que ver con la incertidumbre acerca de su situación jurídica y, en lo que concierne al ámbito penitenciario, a la aplicación de beneficios de libertad. La importancia que tiene el hecho de que la autoridad encargada de la ejecución de la pena esté pendiente de la situación de los internos es que, por una parte, constituye una garantía de derechos para estos últimos y, por otra, permite prever la excarcelación en tiempo, lo cual tiene consecuencias inmediatas en la regulación de la cantidad de población penitenciaria, en la prevención de inconformidades y, de manera directa, en la inhibición de otros problemas potenciales. Para el cumplimiento de esta tarea, es menester estar atentos al espíritu del nuevo artículo 52 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal, para aplicar en forma preferente los criterios que implican valoraciones sobre circunstancias objetivas, tales como tiempo de compurgación de la pena, cómputo reglamentado de días laborados, de estudio o de otras actividades relevantes y la reparación del daño. Al mismo tiempo, debe darse un valor meramente relativo a aquellas valoraciones subjetivas sobre la persona del recluso, cuyos resultados son discutibles y frecuentemente contradictorios, sin mencionar la arbitrariedad, la inequidad, la corrupción y la dilación a la que dan lugar. Otra exigencia generalizada de la población penitenciaria es la transparencia en los procedimientos establecidos para la concesión de estos beneficios. En la misma situación se encuentran los casos en los que es posible acogerse a la interpretación que se ha dado al artículo 75 del Código Penal citado. Resulta completamente innecesario forzar la

³⁰⁷ Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas* (Bogotá, Temis, 1990).

reclusión de personas cuya edad, salud o constitución física son incompatibles con la condición de encierro de la prisión. De hecho, resulta igualmente imperativo que se intensifiquen los programas de asistencia jurídica dirigidos a la excarcelación de ancianos, indígenas, enfermos graves, enfermos mentales y, en algunos casos, discapacitados.

A la transformación del marco sustantivo y procesal penal emprendida por la actual administración federal, debe seguirle la modernización y sistematización del Derecho de ejecución de las penas, por lo que junto a una eficaz aplicación de los beneficios de libertad, representaría la solución de una buena parte de los conflictos generados en el interior de las prisiones, ya que reafirmaría la percepción de justicia, la confianza en la administración penitenciaria y la certeza en torno al interés por la situación del interno.

Entre algunos de los problemas más graves que se dan en las prisiones, se encuentra el de las formas no reglamentadas de gobierno que se ejercen de manera ilegal por grupos de poder, formados por internos o por custodios, al margen de las direcciones de los centros y de sus consejos técnicos. Lo anterior provoca verdaderos regímenes de excepción dentro de los reclusorios, al generar condiciones propicias para un sometimiento total o parcial de los internos y aun de los directivos. La recomendación 131/93 de la CNDH³⁰⁸ es ilustrativa sobre un caso de gobierno paralelo de los internos de un centro, quienes constituidos en mesa directiva cumplían funciones de orden interno, supervisión de las tareas de limpieza, asignación de tiempo y lugar para la visita íntima y verificación de la lista en dormitorios. A continuación cito una parte de la entrevista realizada por personal de la CNDH a un interno:

"(El interno) indicó que a su ingreso fue ubicado en las celdas de observación y que posteriormente, Personal de la mesa directiva lo trasladó al interior del establecimiento y le asignó el dormitorio 90; (más tarde) un grupo de reclusos lo llevó con el presidente de la mesa directiva y que éste ordenó a los reclusos que lo golpearan. Refiere que (el presidente de la mesa directiva) le ordenó que cuando se presentara nuevamente su esposa al centro la pasara a hablar con él porque quería entrevistada personalmente y en privado, puesto que de ello dependía lo que después le sucedería a él. Refirió que el martes primero le informó lo sucedido al subdirector operativo del centro así como sobre la amenaza que recibió de otra golpiza, de que lo violarían si se quejaba y de que le solicitaban dinero para no hacer la talacha; a lo que el funcionario le indicó que no se preocupara porque él iba a hablar con los miembros de la mesa directiva para que no lo molestaran; pero que sólo tres días se cumplió esto".³⁰⁹ Por otra parte, como ejemplos del poder paralelo de los custodios, pueden referirse los numerosos casos en los que son éstos quienes, al margen de la dirección y de su consejo técnico, y muchas veces aun sin su conocimiento, deciden aspectos tan importantes como la ubicación de los internos, la determinación de las sanciones y la

³⁰⁸ Gaceta de la Comisión Nacional de derechos Humanos, número 38, septiembre 1993, Pp. 59-63

³⁰⁹ Ibidem, p. 60

ejecución de las mismas, por citar sólo sus funciones más relevantes. Tanto el gobierno ilegal de internos como el del personal de custodia se traduce en una importante fuente de violaciones a los derechos humanos y de inestabilidad en los centros, al propiciar abuso, corrupción, juicios sumarios y jerarquías entre sus miembros -con sus respectivos criterios de ascenso y pertenencia- que obstaculizan una adecuada ejecución de la sanción. Custodios e internos llegan hasta donde las autoridades se lo permiten.

Otra fuente importante de violación a los derechos de los reclusos y, por ende, de inconformidad entre los mismos, ha sido los actos de corrupción. Por corrupción debe entenderse, en términos generales, cualquier trasgresión a las normas de Derecho que imponen obligaciones a los servidores públicos. Como es de todos conocido, la corrupción en el sistema penitenciario es un fenómeno que aparece de manera recurrente y, ciertamente, no es eliminable por un decreto o por una decisión vertical. De hecho, aparece aunado a las cuotas de poder por pequeñas que éstas sean, que ejercen los diversos funcionarios de las instituciones carcelarias. Sobre la base de las denuncias recibidas por el CNDH, en otro documento hemos clasificado los actos de corrupción más frecuentes en el ámbito penitenciario en los siguientes rubros:³¹⁰

- a) tráfico de alcohol, drogas y armas;
- b) cobros indebidos o especulación con precios y servicios;
- c) otorgamiento de privilegios;
- d) abuso de poder;
- e) irregularidades en el manejo presupuestario.

La corrupción en los cinco rubros mencionados implica formas de trato diferenciado y un aprovechamiento ilícito de la condición de encierro de los internos. Por otra parte, propicia problemas secundarios que dan como resultado situaciones de riesgo dentro de los penales. De ahí la insistencia en que todas las personas relacionadas en el sistema penitenciario nacional compartan la convicción de que es indispensable denunciar y castigar los actos de corrupción, como una premisa para su control y eventual erradicación.

Con frecuencia se invocan la disciplina, la seguridad y el orden para legitimar acciones constitutivas de actos de molestia ilegales que, además de ser violaciones a los derechos humanos de los reclusos o de sus familias, provocan la irritación de los mismos; a continuación se señalan las acciones más extensamente practicadas:

- a) la revisión de internos y familiares al ingresar o salir de diversas áreas de los centros cuando, sin justificación alguna, se lleva a cabo en más ocasiones de las necesarias o de manera vejatoria o indecorosa;
- b) los cambios injustificados de dormitorio;

³¹⁰ Comisión Nacional de derechos Humanos, *Aspectos reales de los centros de reclusión en México* (México, D. F., CNDH, 1993). P. 9

-
- c) la obstaculización o condicionamiento de derechos tales como la visita íntima o familiar, el acceso a locutorios, al servicio de correo, o la violación a la privacidad de las comunicaciones;
 - d) los cateos realizados con exceso de fuerza o con violencia;
 - e) los cobros indebidos y la venta de servicios;
 - f) las sanciones no reglamentadas impuestas de manera arbitraria y desproporcionada, y aquellas violatorias de los principios de presunción de inocencia, proporcionalidad, subsidiariedad, audiencia, defensa y "*non bis in ídem*", entre otros.

Desde un punto de vista histórico, la prisión ha presentado otra serie de problemas que agravan las condiciones de vida de los internos y constituyen una fuente de violaciones y de inconformidades. Estos problemas tienen que ver con una inadecuada atención a los derechos que garantizan la subsistencia mínima de un interno en prisión, y son fundamentalmente los siguientes:

Como es de todos sabido, una prisión sobrepoblada implica también hacinamiento, promiscuidad, falta de espacio para talleres, áreas deportivas y de recreación, disminución de los niveles mínimos de vida en cuanto a habitación, alimentación, capacidad de atención médica, lo que además genera corrupción, desorden, indisciplina y erogaciones mayores para el Estado. Sin desconocer la importancia que tiene la construcción de nuevos centros penitenciarios para sustituir instalaciones obsoletas o cubrir rezagos acumulados durante varios años, debe tenerse conciencia de que el problema de la sobrepoblación no se agota con el aumento de celdas o con la construcción de nuevas prisiones, ya que la experiencia en muchos países ha evidenciado que ello provoca que en un futuro cercano esos nuevos espacios estén otra vez sobrepoblados. La ecuación que se construye indica que a más cárceles, mayor número de internos, y en ese mismo sentido, multiplicación y magnificación de los problemas penitenciarios: nuevos espacios de conflicto y de corrupción. Más que faltar cárceles, sobran presos.

Todo esfuerzo por dignificar la vida penitenciaria a través de la rehabilitación y construcción de prisiones será insuficiente si simultáneamente no se recurre al sistema de penas alternativas a la privación de libertad. En este sentido, valdría la pena comparar el déficit de espacios carcelarios con el número de sentenciados cuya pena se ejecuta a través de medidas sustitutivas de la pena de prisión, como son el tratamiento en libertad, la semilibertad o el trabajo en favor de la comunidad. Debe hacerse realidad lo que muchos propugnamos: la prisión ha de ser el último recurso para el castigo.

Hoy en día es un hecho que "la mayoría de los edificios que se utilizan para servir como prisiones son construcciones rudimentarias e improvisadas [...]".³¹¹ Ante esa realidad, resulta patética la ausencia de inversión en obras de mantenimiento de las instalaciones y en la compra y reparación del equipo mínimo de la prisión, principalmente en equipo médico y en medicamentos.

³¹¹ G. Díaz de Anda, *Aspectos Reales de los centros de Reclusión en México* (México D. F., CNDH, 1993) P. 9.

Antes que construir más prisiones, es indispensable reparar y equipar las que así lo requieran.

Otro problema importante que se debe atender con urgencia, es el de la alimentación. No es desde ningún punto de vista justificable la distribución de alimentos en mal Estado o insalubres. Es realmente importante vigilar que las comidas sean nutritivas y se sirvan en cantidad suficiente; es obligación de la administración penitenciaria proveer los locales y utensilios necesarios para la distribución y consumo de los alimentos, y cuidar que estos se encuentren limpios y en condiciones adecuadas.

Un porcentaje importante de las quejas que atiende la CNDH se refieren a la deficiencia o ausencia absoluta de los servicios médicos. Es por ello indispensable contar con un equipo médico que pueda atender las situaciones urgentes y canalizar aquellas que lo rebasen, a las instituciones pertinentes, con rapidez y seguridad. El profesionalismo de los médicos y enfermeras debe estar plenamente garantizado, de manera que sea posible hacer una labor eficaz a nivel de medicina preventiva y un seguimiento real de los padecimientos crónicos; asimismo, se debe informar a los internos de la evolución en el tratamiento.

El tópico referido a la ubicación (clasificación) de la población penitenciaria, es relevante en tanto que puede constituirse en una medida útil, no sólo para favorecer el mejor aprovechamiento de las oportunidades educativas y laborales que ofrezca el centro -generalmente muy escasas-, sino para garantizar el Derecho a la seguridad pública en el interior de los centros a través de la prevención de la violencia entre grupos o individuos que por su función, intereses o por rencillas personales, pueda considerarse objetivamente que existe un riesgo para su propia seguridad, de los demás internos y el orden de los centros.

Es necesario ser sumamente cuidadosos para no caer en la violación de derechos humanos con motivo de la ubicación, como suele ocurrir también al valorar la procedencia de los beneficios de ley. Para determinar que la convivencia entre ciertos individuos puede ser contraproducente, se debe atender a hechos comprobables, tales como la pertenencia a un grupo determinado -el caso de los ex policías-, la comisión de conductas ilícitas dentro del penal, la formulación de amenazas y los actos de molestia a otros reclusos; pero debe evitarse determinar la ubicación a partir de datos que impliquen juicios de valor sobre la subjetividad del individuo -sobre lo que el interno es- y que no hayan tenido trascendencia social, dado que ello implica consecuencias importantes que derivan en estigmas y tratos diferenciales que se traducen en verdades a medias punitivas aplicadas de antemano "por si acaso".

En este punto destaca también la necesidad de sensibilizarse ante la aplicación de medidas cautelares solicitadas con fundamento en el artículo 40 de la Ley de la Comisión Nacional de derechos Humanos, cuando éstas se refieren a la posibilidad de una agresión. La aplicación oportuna de estas medidas puede evitar el desenlace fatal de un conflicto, pero de ninguna manera implica la segregación o aislamiento de los afectados. Es menester considerar espacios

adecuados para la aplicación de estas medidas a los reclusos que presenten el riesgo objetivo de ser agredidos.³¹²

Como es posible observar, una gran cantidad de los problemas que se presentan en la prisión son predecibles y por lo tanto atendibles en el corto y mediano plazo. Su atención requiere nada más que la observancia estricta de los derechos de quienes se encuentran internos en ella. De ahí que, frente a conflictos como los citados de Villahermosa, Acapulco, Tapachula -y seguramente en muchos más-, no pueda evitarse la sensación de que los mismos son preparados "a ciencia y conciencia", hasta estallar un día y develar malos tratos, alimentación insuficiente, corrupción, negligencia y abusos de poder. Lugares comunes todos ellos en los pliegos petitorios que no pocas veces se escriben a costa de heridas que nunca sanan.

En este orden de ideas, por sus propias características el sistema penitenciario del Distrito Federal evidencia la realidad en esta materia.³¹³ En el Distrito Federal existen ocho centros de reclusión de carácter penal y uno de sanciones administrativas, este último es el más antiguo, fue construido hace 49 años, y el más nuevo, el Centro Varonil de Rehabilitación Psicosocial, hace ocho años. La Penitenciaría tiene una antigüedad de 41 años, los reclusorios preventivos varonil norte y oriente 22 años y el sur 19. Los reclusorios preventivos femeniles Norte y Oriente y el Centro Femenil de Readaptación Social de Tepepan tienen 8 años de antigüedad.

El paso de los años y la falta de mantenimiento suficiente y adecuado deterioraron notablemente las instalaciones, convirtiéndolas en algunos casos, como la Penitenciaría, en inservibles. Al deterioro físico se suma el espacio insuficiente. El sistema penitenciario del Distrito Federal cuenta con una capacidad máxima instalada para aproximadamente 12 mil internos, pero la población actual fluctúa entre 17 mil. La sobrepoblación se concentra en el Reclusorio Preventivo Varonil Norte y en el Reclusorio Preventivo Varonil Oriente.

El deterioro de las instalaciones y el hacinamiento son factores que *a priori* condicionan de manera desfavorable, la eficacia preventiva de la pena privativa de la libertad y propician la violación de los derechos humanos de los internos. No es casual que las Reglas Mínimas de Naciones Unidas aconsejen que las instituciones penitenciarias no superen los 500 internos. Los centros con esta capacidad son más fáciles de gobernar y permiten la aplicación y seguimiento del

³¹² Miguel Sarre, "La defensa de los derechos humanos como garantía de orden en el sistema penitenciario mexicano" en *Revista vínculo jurídico* (México, D. F., número 19 julio-diciembre 1994). Pp. 1-7

³¹³ Alicia Azzolini, "Los derechos humanos en los centros de reclusión de la ciudad de México" en *derechos Humanos y Ciudadanía* (México, D. F., marzo 18, 1999). Pp. 1-3.

tratamiento penitenciario personalizado. La labor de la Comisión de derechos Humanos del Distrito Federal es la lente idónea para obtener una visión nítida de la realidad penitenciaria de la capital del país. Desde el primero de octubre de 1993 hasta el primero de marzo de 1999 esa institución recibió 3,450 quejas penitenciarias, de las cuales 3,431 ya fueron concluidas. De las quejas recibidas, 1,847 (53.5 por ciento del total) se calificaron como presuntas violaciones a los derechos humanos. De éstas, la mayoría se incluyó en el rubro de violación a los derechos de los reclusos (1,397), le siguen lesiones (95), negativa de atención médica (92), ejercicio indebido del servicio público (89), solicitud de beneficios de libertad anticipada (80), negativa o suspensión o prestación insuficiente del servicio público (55), extorsión (42), amenazas (36), negativa al Derecho de petición (29) y robo (27).

No siempre es fácil comprobar las denuncias formuladas por los internos, quienes están sometidos a la autoridad de los propios violadores de derechos humanos. Precisamente en esta materia destaca un gran número de desistimientos de los quejosos. Cuando los visitantes adjuntos entrevistan a los internos para interrogarlos sobre la queja que ellos o sus familiares presentaron, es común que tengan miedo de seguir adelante y nieguen los hechos denunciados. Sin embargo, a pesar de los obstáculos, la Comisión ha logrado integrar sendas averiguaciones, algunas dieron lugar a recomendaciones que han puesto en evidencia los vicios de la realidad penitenciaria.

Las condiciones desiguales entre los internos violan el principio de equidad y desvirtúan la finalidad de la prisión. La Recomendación 18/95, quizá la más amplia emitida por la CDHDF sobre el tema, señaló las diferencias de condición y de trato injustificadas entre los internos: mientras algunos gozan de privilegios indebidos, otros sufren graves carencias. En esta investigación se manifiesto la complicidad de las autoridades y del personal de seguridad y custodia que permitió la introducción de objetos prohibidos o sin seguir el procedimiento previsto en el Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal. Así, por ejemplo, en el Módulo de Máxima Seguridad del Reclusorio Varonil Norte había internos que disponían para sí de más de cinco estancias, jardín privado que se regaba dos veces por día, baño sauna, gimnasio, computadora y fax. En otros dormitorios del mismo reclusorio no había suministro regular de agua, los internos estaban hacinados y las instalaciones deterioradas. A principios de 1998 se desmantelaron las instalaciones privilegiadas del módulo de máxima seguridad, acción que significó una lucha contra la corrupción. Sin embargo, la Recomendación es considerada como parcialmente cumplida, porque falta mucho por hacer para erradicar las carencias que padecen los internos, en especial los más pobres. No debe olvidarse que la privación de la libertad es en los reclusorios una medida de aseguramiento para evitar que los procesados se sustraigan a la acción de la justicia y, en la Penitenciaría, una pena. En ambos casos la restricción a la libertad física implica la restricción de otros derechos ir al cine, elegir la escuela donde estudiar, pero no debe

significar para el procesado o sentenciado la falta de las condiciones mínimas de vida digna como son la comida, una cama y agua necesaria para beber y para el aseo personal.

El respeto de la integridad física y una atención médica adecuada forman parte de esas condiciones mínimas de vida digna a la que tiene Derecho todo recluso. El caso de tortura y de negativa de atención médica que derivó en la muerte a un interno de la Penitenciaría del Distrito Federal, dio lugar a la Recomendación 7/97. Este interno, desesperado porque habían pasado varias horas sin que nadie hiciera caso a los llamados de auxilio de un fuerte dolor en el estómago, rompió un vidrio de su estancia para llamar la atención y ser llevado al hospital. La doctora que ahí lo atendió, sin examinarlo, diagnosticó que no tenía nada. Los custodios, entonces, lo golpearon en represalia por haber alborotado a toda la zona. Ante la solicitud de la Comisión al Director General de Reclusorios, el interno fue ingresado en el hospital de la Penitenciaría, donde siguió sin atención específica durante tres días. Una nueva intervención de la Comisión logró que fuera llevado al Hospital de Balbuena, pero su enfermedad (padecimiento infeccioso agudo), agravada por los golpes recibidos, no respondió al tratamiento y el paciente murió. Casos como éste, que supera a los más cruentos relatos de la filmografía carcelaria, suceden en las prisiones de nuestra ciudad. Ni los más acérrimos detractores de los derechos humanos podrían justificar, ni siquiera tolerar, un caso como el descrito.

La corrupción y la falta de formación adecuada del personal de seguridad y custodia favorecen el clima de inseguridad que impera en las cárceles metropolitanas. Es alarmante el número de homicidios que se produce en el interior de instituciones donde deben existir medidas de seguridad extremas y estricto control sobre los reclusos y sus pertenencias. La Recomendación 3/98 de la CDHDF versó sobre un caso de omisión grave de los custodios del Reclusorio Varonil Sur que no impidieron el homicidio de un interno. El delito fue cometido por *otro* interno, en Estado de intoxicación, en el módulo de máxima seguridad. Los custodios a cargo del módulo no acudieron oportunamente a los llamados de auxilio de la víctima. No existe un sistema eficaz para evitar que ingresen sustancias tóxicas a los centros de reclusión; el personal de seguridad y custodia incumple su función de garantizar la seguridad de los internos y no existe control para el ingreso a las áreas de máxima seguridad.

Los reclusorios y el centro de readaptación femeniles están en mejores condiciones que los varoniles. Pero también las mujeres sufren agresiones injustificadas. En la Recomendación 3/97 se comprobó que el procedimiento de revisión que se practicaba a las internas que acudían a la visita íntima o familiar, cuya finalidad era detectar la introducción, portación o consumo de drogas, no cumplía con la normatividad legal aplicable y, en algunos casos, el personal encargado de esta tarea no cumplía con las condiciones éticas ni profesionales que el asunto requería. La Comisión recomendó que las revisiones se realizaran mediante el uso de aparatos electrónicos, y sólo en caso de que existieran evidencias suficientes para presumir que una interna hubiera consumido o

portara una droga, se realizarían los exámenes médicos necesarios. En este último supuesto las revisiones deberían practicarse por personal médico del sexo femenino, bajo estrictas condiciones de higiene y en privado. Esta Recomendación ha sido cumplida.

Aunque las recomendaciones reseñadas no agotan el total de las relacionadas con el sistema penitenciario de la ciudad de México, son suficientes para exponer sus deficiencias. Las autoridades del Distrito Federal no desconocen la situación, pero no aciertan el camino para transformar un sistema que ha arrastrado estos vicios por años. Recientemente, el Poder Ejecutivo del Distrito Federal envió a la Asamblea Legislativa el Proyecto de Ley para la Ejecución de Sanciones para el Distrito Federal. Este documento, cuyo análisis merece un capítulo aparte, pretende regular la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad con el fin de lograr una efectiva readaptación social. Aunque es sólo un primer paso, no debe perderse de vista que los principales defectos del sistema no son de carácter legislativo, sino que se relacionan con la falta de instalaciones adecuadas y con la corrupción, la ineficiencia y la carencia de valores éticos y jurídicos de gran parte del personal penitenciario.

La prisión ha sido muy cuestionada a partir del fracaso que la finalidad readaptadora ha tenido en varias partes del mundo, dando lugar a la imposición de sustitutivos penales para las penas privativas de la libertad de corta duración y al surgimiento de distintas modalidades de prisión (prisión abierta, semilibertad), contempladas en el Código Penal para el Distrito Federal. Pero hasta el momento no se ha inventado una pena más adecuada para sancionar las conductas que lesionan los bienes jurídicos más importantes para la sociedad. Como señalara Luis de la Barreda, "Las normas penales no son, por ahora, prescindibles; pero su empleo puede racionalizarse, a fin de lograr que nadie que no deba estarlo permanezca en prisión".³¹⁴ Si, además, las prisiones se convierten en espacio de vida digna para sus habitantes, podremos esperar que algunos de ellos descubran nuevos caminos que les permitan reinsertarse en la sociedad.

En el año de 2002 el tercer visitador de la Comisión Nacional de derechos Humanos, José Antonio Bernal, denunció lo anterior al presentar el Informe Especial sobre Reclusorios del DF que entregó también al Jefe de Gobierno capitalino, Andrés Manuel López Obrador.

En el informe, que reviste mayor importancia que una recomendación, se desglosan las violaciones a los derechos humanos e irregularidades encontradas por la CNDH en las siete cárceles femeniles y varoniles administradas por el D. F.; situaciones que el funcionario consideró como "deplorables", "indignantes" y de "especial gravedad".

"Algunas situaciones sí han ido empeorando (con el Gobierno perredista) como el caso de las condiciones de estancias, la insalubridad de los reclusorios, el deterioro de las instalaciones ha

³¹⁴ Luis de la Barreda, *Prisión aún* (México, D. F.: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993) P. 5

sido mayor y también la sobrepoblación, por supuesto", dijo. En el informe se señala que algunos dormitorios de los reclusorios varoniles Sur, Oriente y Norte, no cuentan con taza en el sanitario ni agua corriente. Los presos se bañan en los pasillos. En el Sur, la zona de las regaderas es utilizada también para orinar y defecar.

En el módulo de máxima seguridad del Reclusorio varonil Oriente "hay una zona restringida donde los internos se encuentran aislados en cinco celdas que no cuentan con ninguna clase de servicios y ello ocasiona que los reclusos usen una cubeta como baño.

"Junto a una de esas celdas se encuentra un sanitario que se utiliza para almacenar basura, principalmente desechos orgánicos, que además del foco infección que representan despiden malos olores [...] los internos entrevistados aseguraron que en ocasiones pasan hasta ocho días sin sacar los desechos de ese lugar".

El principal problema detectado en todos los centros de reclusión del D. F. es el relacionado con la alimentación, señala el documento. En algunos casos, particularmente en los centros para hombres, los alimentos son repartidos con la mano. Las cárceles están sobrepobladas y los internos viven en condiciones extremas de hacinamiento. El ejemplo más dramático es el Reclusorio Varonil Sur con una sobrepoblación del 199 por ciento, pues ahí están alojados 4 mil 264 reos, aunque la capacidad del centro es para albergar a mil 422. Por ello, 2 mil 800 reclusos no tienen cama y duermen en el piso. En celdas para cuatro personas duermen de 12 a 15.

Entre otras irregularidades, la CNDH detectó que no hay separación entre procesados y sentenciados y que algunos internos son aislados del resto de sus compañeros por varios meses en lugares oscuros. En la penitenciaría del Distrito Federal, por ejemplo, los internos del Dormitorio 7 permanecen 23 horas del día en sus celdas, y tienen horarios para tomar el sol, realizar llamadas telefónicas o acudir al servicio médico. Los reos del Dormitorio 9 de los Reclusorios Preventivos Varoniles Sur y Oriente viven como reyes: tienen canchas de tenis, raquetas para jugar frontón, mesas de madera cubiertas con capas para cubrirse del sol en un jardín bien podado. Además, tienen hasta servidumbre durante el día, pues otros reclusos realizan para ellos labores de jardinería, cocina y limpieza.

"Por un lado hay un hacinamiento general en los reclusorios y por otro existen áreas de privilegios para algunos internos".

"Son áreas físicas mejor que una casa de Cuernavaca y alguna del Reclusorio Sur cuenta con cancha de tenis, jardines perfectamente cuidados, con carpas, y tienen además el servicio de otros internos que los atienden durante el día, y con gran extensión de espacio y terreno para que estén cómodamente", denunció el tercer visitador general José Antonio Bernal Guerrero. Explicó que los visitadores no pudieron preguntar quién vivía en esos dormitorios porque corrían un gran riesgo si lo hacían y adjudicó a los directores de los reclusorios la responsabilidad de revelar los nombres de los privilegiados.

En el informe se especifica que el Dormitorio 9 del Reclusorio Sur alberga a 87 personas, aunque tiene capacidad para 144. En el Dormitorio 9 del Reclusorio Oriente hay 57 personas, a pesar de tener capacidad para 288.

En septiembre del año 2002, según un estudio realizado por la CNDH reveló que hay más de 174 mil reos en México, cuyas condiciones son deplorables y deprimentes a causa de la superpoblación, el hacinamiento y la violación de sus garantías fundamentales. Estos presidiarios están reclusos en 447 cárceles que, juntas, tienen una capacidad instalada para sólo 136,447 internos, con lo que la superpoblación alcanza al 28 por ciento, según un informe del organismo. Además se identificó que el número de presos crece entre 10,000 y 12,000 anualmente. "La situación del sistema penitenciario mexicano es deprimente", concluye el informe, por lo que exige "la atención inmediata" de las autoridades.

La casi totalidad de los reos son hombres (95.5 por ciento) y se concentran en mayor cantidad en la capital mexicana (22,814). Los estados, donde hay mayor superpoblación son los de Baja California, Sonora y Tamaulipas (en la frontera con estados Unidos), además de Chiapas, en el sur, y en el Distrito Federal.

El informe de la CNDH señala que al hacinamiento se agrega la violación de los derechos humanos de los reclusos, la cual se refleja en maltratos, así como falta de acceso a servicios de salud, y la carencia de seguridad jurídica y readaptación social. Otro de los problemas que señala el informe es la falta de separación entre procesados y sentenciados, así como de hombres y mujeres.

El ombudsman nacional, señaló que la capital mexicana es la ciudad con mayor población penitenciaria del país, con 22,814 reclusos, a pesar de que su capacidad es para sólo 14,874 internos. Por su parte, tras la evaluación de las condiciones en que se encuentran las instalaciones es "deplorable" por la falta de mantenimiento, y constató la violación del Derecho de acceso de los reos a la salud. Además, identificó varias otras irregularidades, "que si bien no constituyen violaciones a los derechos humanos, sí afectan el funcionamiento de los establecimientos y pueden ser constitutivas de responsabilidades administrativas y penales imputables a los funcionarios a cargo", indica en su informe.

El 28 de diciembre del año 2002, la CNDH, presentó un balance anual de las visitas y supervisiones a prisiones, en donde afirmó que la política criminal mexicana, con 30 años de existencia, ha quedado rebasada, debido a que no cumple con sus objetivos. "Las condiciones materiales y el funcionamiento que caracterizan al sistema penitenciario nacional, han nulificado y convertido en letra muerta la finalidad de que los centros de reclusión sirvan a la readaptación social y la reinserción social de las personas que delinquen", manifestó la CNDH. El Programa de Supervisión sobre el Sistema Penitenciario y Centros de Internamiento de la CNDH concluyó que la sobrepoblación y la corrupción generalizada son las principales causas de los problemas al

interior de las 447 prisiones mexicanas.

Con relación a las violaciones a los derechos Humanos que más se cometen en las cárceles, destacaron la falta de respeto a la integridad física, falta de trato digno, de legalidad, de seguridad jurídica, de un debido proceso legal, y de protección a la salud. Los visitantes de la CNDH encontraron, durante sus trabajos del año 2002, malas condiciones materiales en las prisiones, cobros a los internos, formas de autogobierno, presencia y consumo de drogas, privilegios e insuficiente personal de seguridad y custodia. Otras irregularidades detectadas fue la acumulación de basura y residuos fecales, proliferación de fauna nociva en áreas inmediatas a las de consumo de alimentos, preparación de comida sin higiene básica, entre otras. Según el informe del organismo, las condiciones de operación más deficientes se encontraron en las cárceles de los estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Coahuila, Chihuahua, Distrito Federal, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Nayarit, Michoacán, Oaxaca, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz y Yucatán.

La CNDH destacó que sólo el Estado de Nuevo León presentó mejorías en sus prisiones durante el año de 2002, en comparación con las visitas realizadas en años anteriores. También se informó que de las 173 mil personas en reclusión más de 7 mil son mujeres, las cuales en muchos casos no cuentan con zonas especiales en las prisiones, por lo que tienen que compartir espacios con hombres, y en otros casos sus hijos las acompañan en su reclusión. Por otra parte, 8 mil indígenas se encuentran presos por delitos de los fueros común y federal, además de que enfrentan problemas en el trámite de sus procesos legales, dada su condición monolingüe.

Uno de los escenarios en los que la defensa de los derechos Humanos ha requerido de mayor fuerza y dedicación ha sido, sin duda, el ámbito penitenciario. La razones de ello pueden ser múltiples, pero lo cierto es que la cárcel es un espacio privilegiado para el abuso de poder, dadas las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran los internos; por otra parte, ha sido también un espacio de olvido, porque con frecuencia se piensa que un interno es básicamente una persona que ha hecho daño a la sociedad y que por lo tanto debe ser castigado sin miramientos.

Con frecuencia se olvida que la sentencia de privación de la libertad que impone el juez significa que a quienes se interna en la prisión no se les puede privar de todos aquellos derechos civiles, económicos, sociales y culturales que son compatibles con la reclusión. Si algo debe quedar claro es que la privación de libertad persigue afectar la libertad de ambular libremente en sociedad y no la privación de otros derechos.³¹⁵

³¹⁵ Luis. González, Plascencia, “La cárcel ¿ Un espacio para la exclusión?, en *La Experiencia del penitenciarismo contemporáneo*; igualmente, I. Rivera, “ Los derechos fundamentales en la privación de libertad (análisis socio.jurídico de la privación de libertad)”, en *Carcel y derechos humanos: un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*.

Para el Estado, la función de la cárcel como espacio de privación de la libertad ambulatoria supone, además, la obligación de garantizar que todos aquellos derechos de los que los internos no han sido legalmente privados y que forman parte de la vida sana adulta de cualquier persona les sean garantizados.³¹⁶ Si se aplica la definición citada líneas arriba, se infiere que, con excepción de la libertad y de la pérdida de cualquier otro Derecho a que fuere condenado el sentenciado, así como de la suspensión de los derechos políticos de quienes son sujetos de proceso penal o de sentencia condenatoria de privación de libertad, todas las prerrogativas que le permiten reconocerse fundamentalmente como ser humano en la situación particular que implica la prisión, le sean garantizadas como condiciones para una vida digna.

Probablemente nadie cuestione el Derecho que tiene cualquier persona a que se respete su vida o su integridad física y moral, pero mucho se ha discutido con respecto a por qué se ayuda a los presos para que tengan agua, trabajo, comida, educación y otros satisfactores que muchas personas en libertad no tienen o apenas pueden conseguir. La respuesta a esta pregunta está en las implicaciones que la propia cárcel encierra: el Estado priva a alguien de su libertad para ambular, pero no está legitimado para privarlo de la vida, de sus derechos a comer, a trabajar, a estudiar y a tener una habitación digna, entre otros; por tanto; está obligado a garantizarle los satisfactores que por la situación de reclusión no pueda el interno por sí mismo conseguir.

De ahí que la tesis fundamental que sustenta la anterior aseveración, es que todos los derechos que, por su naturaleza social, el Estado está obligado a otorgar sólo en la medida de sus posibilidades, tales como el Derecho a la vivienda, a la educación, a la salud y a la seguridad pública, entre otros (derechos programáticos), se vuelven responsabilidad directa del Estado al adquirir el carácter de absolutos respecto de quienes están en prisión. Tan es así que, en la legislación de diversos países, su afectación llega a constituir una forma de trato cruel e inhumano.

Ser preso significa que se está en reclusión porque se ha determinado la privación de la libertad como medida preventiva durante el proceso penal no como pena por un delito cometido; lo que no autoriza a que alguien que no sea el juez correspondiente emita un juicio sobre la culpabilidad o inocencia de estas personas; por ello, la defensa de los derechos humanos en la prisión no implica interferir en un proceso o decisión legítima sobre estos aspectos, sino en garantizar que las consecuencias de ese proceso o decisión se ajusten a los niveles requeridos de humanidad y de certeza jurídica que las leyes e instrumentos nacionales e internacionales nos reconocen.

Proteger los derechos humanos dentro del sistema penitenciario implica, asimismo, buscar los medios para evitar que la limitación de otros derechos no legalmente restringidos o la invasión innecesaria de la esfera privada de los sujetos, ocurra o se agrave; para impedir que se permitan o

³¹⁶ E.R. Zaffaroni, *En busca...* op. cit.

consagren privilegios para cierto tipo de internos o que los señalen como delincuentes o, peor aún, que los identifiquen o nombren por el delito que cometieron.

Existen en México tres grandes sistemas para la defensa, en general, de los derechos Humanos: uno de ellos está constituido por los juzgados y tribunales, cuya competencia los ubica como máximos órganos revisores de la legalidad en nuestro país y ante los cuales se puede recurrir para todo lo que se refiere a los aspectos técnicos de su proceso o condena; al segundo se le denomina sistema nacional no jurisdiccional de protección a los derechos Humanos, y está constituido por la Comisión Nacional de derechos Humanos y las Comisiones de derechos Humanos del Distrito Federal y de los estados. Finalmente, existen las organizaciones no gubernamentales de protección a derechos Humanos.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos es un organismo del Estado mexicano, independiente del gobierno, entre cuyas funciones principales se encuentra la de recibir e investigar las quejas que, con motivo de la presunta violación de derechos Humanos, presenten los ciudadanos ante ella.³¹⁷ La Comisión Nacional cuenta con tres visitadurías generales, una de las cuales, la Tercera Visitaduría General, cuenta con una estructura diseñada para atender los problemas penitenciarios en materia de derechos Humanos, por lo que se dedica básicamente a:

- Investigar las quejas individuales y colectivas sobre presuntas violaciones a derechos Humanos en los centros de reclusión.
- Supervisar el respeto a los derechos Humanos en el sistema penitenciario, mediante visitas periódicas, y por cuenta propia, a las instituciones penitenciarias del país para conocer la situación en la que se encuentran.
- Solicitar ante las autoridades penitenciarias medidas cautelares para quienes las requieran.
- Proponer prácticas administrativas que redunden en una mejor protección de los derechos Humanos.
- Tramitar beneficios de ley y solicitudes de traslado ante las autoridades correspondientes.

Las Comisiones Estatales y la del Distrito Federal son similares a la Comisión Nacional, pero sus atribuciones se limitan a la Entidad a la que pertenecen, es decir, que tienen facultades sobre los asuntos locales. Estas instituciones atienden los asuntos penitenciarios de manera semejante a la Comisión Nacional. En los casos en que estas comisiones resuelvan un asunto de manera insatisfactoria, o que no lo atiendan con celeridad o con la debida atención, la Comisión Nacional actuará como segunda instancia y hará la revisión del caso.

Por otra parte, las organizaciones no gubernamentales son agrupaciones de personas pertenecientes a la sociedad civil que, independientes del Gobierno y del Estado mexicano, se dedican a proporcionar ayuda y protección a las víctimas de violaciones de derechos Humanos.

³¹⁷ Artículos 3° y 6°, fracciones I y II de la Ley de la Comisión Nacional de derechos Humanos.

Algunas de éstas, conocidas por sus siglas como ONG, se dedican especialmente al ámbito penitenciario y ofrecen servicios de diversa índole. Todos estos organismos, así como los individuos que por su cuenta actúan en beneficio de los internos, están para brindarle ayuda. Los medios para contactarlos están siempre a su alcance, porque pueden dirigirse a ellos por carta o por teléfono; también pueden hacer llegar sus quejas y peticiones hasta sus oficinas a través de otra persona.

Como sentenciado, además de los que corresponden a toda la población del penal, tiene algunos derechos especiales que le deben ser absolutamente respetados. Estos derechos son:

- Ser ubicado en una institución especial para la compurgación de penas, o en su defecto, en una área por completo diferente de la que ocupen los procesados.
- Que le sea facilitada toda la información relativa a la compurgación de su sentencia que obre en poder de las autoridades de la institución, en el momento en el que lo solicite y de acuerdo con los procedimientos establecidos para tal efecto.
- Que le sea computado el tiempo que haya pasado en prisión preventiva como parte del cumplimiento de la sentencia.³¹⁸
- Que para el otorgamiento de los beneficios de reducción de la pena, le sean computadas las actividades educativas, laborales y de capacitación que desarrolle durante la prisión preventiva o mientras compurgue la sentencia.³¹⁹
- A ser informado de inmediato y puesto en libertad a la brevedad posible, en el momento en que la autoridad correspondiente decida su liberación.³²⁰
- A solicitar el traslado a una institución cercana a su ciudad de origen, al lugar donde vivía habitualmente o a donde resida su familia.³²¹

³¹⁸ Artículos 20 de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos y 94, párrafo último, del Proyecto modelo.

³¹⁹ Artículos 16, párrafo primero, de la Ley que establece las Normas Mínimas y 96 del proyecto modelo.

³²⁰ Artículos 19, párrafo primero, de la Constitución Política y 94, y incisos C, D, E, del proyecto modelo.

³²¹ Principio 20 del Conjunto de Principios.

3. Nuevas Perspectivas del Sistema de Consecuencias Jurídicas del Delito

3.1 Introducción

La criminalidad es un problema de todas las sociedades. Ello explica la "internacionalización", de la Ciencia Penal. Sin embargo, pese a la larga experiencia con ese fenómeno, en ninguna parte se ha conseguido llegar a eliminar a la criminalidad y ni siquiera alcanzar su marginación; tampoco existe acuerdo sobre el camino razonable para reducirla. Las tendencias de la política criminal cambian como la moda. Por una parte existe en un primer plano el esfuerzo por la reintegración social del autor; por otra, se busca hacer frente a la criminalidad mediante la firmeza y la disuasión. De momento se extiende esta segunda tendencia -que parte de Norteamérica-, la cual se erige en todo el mundo como un medio para dar popularidad a los políticos pues partiendo de un conocimiento profano resulta creíble que el endurecimiento de las penas disminuye la criminalidad. Por consiguiente, con semejante política se pueden ganar votos y al mismo tiempo demostrar firmeza. También en Alemania, donde la pena privativa de la libertad ha retrocedido ampliamente - sólo el cinco por ciento de todas las penas se cumplen como pena privativa de libertad- resuena la llamada hacia la construcción de nuevas prisiones; contra eso, una medida afable de resocialización, como es la remuneración del trabajo en esa prisión, sólo puede conseguirse paso a paso por nuestro tribunal constitucional en contra de la tenaz resistencia de los políticos.

En esta perspectiva, las penas rigurosas -sobre todo las privativas de libertad- son en verdad imprescindibles para los delitos capitales; pero no son un medio de reacción adecuado en contra de la criminalidad pequeña y mediana, la cual es numéricamente preponderante.

Es sabido que las penas no son de ninguna manera un medio adecuado para luchar contra la criminalidad. Esto puede parecer muy sorprendente; pero ello parece evidente cuando se observa que la criminalidad se incrementa a pesar de todas las penas anteriores y que la cuota de reincidencia es muy alta. Es pertinente sostener, que la relativa ineficacia de la pena se sustenta en lo siguiente:

En todas las sociedades existirá siempre una cierta medida de delincuencia; así como las enfermedades y las malformaciones son inevitables, en todos los tiempos existirán hombres cuya deficiencia intelectual o estructuras de carácter psicopático hacen imposible su integración social y por eso terminarán delinquir. Esto no se podrá evitar jamás.

Una cantidad adicional y considerable de hechos punibles resulta de situaciones para las cuales hombres con una vida normal y dentro de la legalidad no están preparados ni mental ni emocionalmente; en dichas situaciones el sujeto encuentra en el delito la única salida. Una gran parte de los delitos violentos tiene asidero en relaciones conflictivas en estrechos núcleos sociales.

El homicidio por celos o por un amor despreciado; crímenes violentos producto de insoportables relaciones de pareja o entre padres e hijos acaecen en todos los tiempos. Pero también en la vida económica muchos delitos no son producto, en principio, de una autodeterminación criminal del autor; de ahí que cuando hombres aparentemente respetables tienen alguna crisis existencial, pierden la cabeza e intentan salvarse a través la comisión del delito. En extremas situaciones caracterizadas por fuertes afectos o gran miedo las normas pierden su fuerza de motivación.

Una tercera y vasta fuente de delincuentes proviene de relaciones familiares desavenidas. Cuando las relaciones son violentas entre los padres y entre él y los hijos, no se les proporciona amor, carecen de seguridad emocional y les falta una educación razonable; de esos niños, quienes bajo otras circunstancias podrían haber sido hombres buenos, resultan criminales; no siempre sucede, pero sí a menudo, tales seres humanos son estigmatizados a través los delitos, el Derecho penal llega muy tarde, pues apenas es posible que encarcelando a ese hombre llegue a corregir su estropeada socialización.

También, la miseria económica conduce finalmente a grupos marginados de población a comisión de delitos contra la propiedad y patrimoniales, los cuales ponen en peligro la seguridad pública. "La necesidad no conoce mandamiento dice un proverbio alemán, quien no tiene nada perder, no le puede disuadir tampoco la pena. El combate contra la criminalidad organizada (si por ésta se entiende tráfico de drogas o de seres humanos, exportación de armamento prohibido, manipulación de impuestos u otros tipos de corrupción) es difícil ganarlo a través de la sanción individual del autor; porque la organización fundamental permanece y a menudo se sustrae de la acción persecutoria de la autoridad penal a través de su base de operaciones internacional y su irreconocible estructura.

Por supuesto que todos los delitos, por diferentes que puedan ser sus causas de origen, deben ser penalmente perseguidos, sancionados cuando menos desaprobarse por el Estado; ello es una exigencia de la paz jurídica. Si ello no ocurriera, también recurrirían a semejantes métodos los ciudadanos leales a la ley con el fin de no quedar como únicas víctimas dañadas. Por consiguiente, el Derecho penal evita la anarquía y, por tanto, es indispensable. Pero se espera demasiado cuando se supone que a través de penas duras se reducirá sustancialmente la criminalidad existente.

La pena privativa de libertad fue una vez un gran progreso en el camino hacia la humanización del Derecho penal, porque con ella se relevaron los crueles castigos corporales de tiempos pasados. Hoy, antes de exigir el incremento de las penas privativas de libertad y más cárceles, se debe tener a la vista sus inconvenientes:

Primero, es apenas posible educar a alguien hacia una vida responsable en sociedad, mientras se le aparte de ella y se le ofrezcan condiciones de vida tan radicalmente distintas a las de la vida en libertad. El preso no asume ninguna responsabilidad y su vida es regulada hasta el

mínimo detalle por la institución de rehabilitación. ¿Cómo se le puede habilitar de este modo, con la exigencia de una vida independiente posterior mejor a la llevada hasta la fecha en su relación con el prójimo?

Segundo, la pena privativa de libertad tiene realmente un efecto múltiple disocializador, ya que durante su aplicación el delincuente es sustraído de su vínculo familiar y de su relación laboral y de este modo se detiene el curso normal de su vida. Cuando se quebranta el matrimonio o la relación de pareja se ve afectada por el efecto social discriminador de la detención o simplemente por la separación personal y el preso pierde su trabajo, el autor vuelve a la libertad sin vínculos ni medios y generalmente no vuelve a ser aceptado por nadie. De este modo, él puede quedar definitivamente marginado de la sociedad y ser más peligroso criminalmente que antes de cumplir la pena.

Tercero, se debe hacer el cálculo del efecto de infección criminal que puede tener la pena privativa de libertad. El autor, que ha perdido sus anteriores relaciones, se asocia en la penitenciaría con quienes llevan la batuta y ellos lo dirigen directamente hacia el camino de la criminalidad. No son pocos los delitos perpetrados por personas que se conocieron en el centro penitenciario y que posteriormente operaron conjuntamente. Así, la pena privativa de la libertad puede envolver definitivamente a un delincuente relativamente inofensivo en el ambiente criminal.

La cuarta y última es para considerar que la pena privativa de la libertad, cuando se ejecuta en circunstancias inferiores a las humanas, es muy cara; porque el funcionamiento del establecimiento, el personal, la vigilancia y el cuidado del interno exigen grandes erogaciones y los costos de las condenas se recaudan en casos excepcionales. Esto no sólo es un perjuicio para el fisco, también conduce a que a menudo no queda más dinero para las medidas de resocialización; de modo que ya por eso el único fin razonable, el cual se podrá alcanzar con la pena privativa de libertad en condiciones inferiores a las propicias, se perderá necesariamente.

Es pertinente señalar que no se aboga por la abolición de la pena privativa de libertad. Ella es inevitable para los delitos capitales y siempre para los autores que reinciden una y otra vez. Pero no se debe trabajar para lograr su incremento sino para conseguir reducción de las penas privativas de libertad. Con ello se disminuirán sus efectos nocivos y ser un medio restrictivo de libertad que pueda combinarse con intensivas terapias sociales para los que deben cumplir largas condenas.

Es evidente que la prevención es más efectiva que la pena, por ello, debido a la restringida eficacia de la pena también, a su nocividad, se debe dedicar mayor atención a la prevención del delito a través de medios de política social, policíacos, legislativos y técnicos, en virtud de que las grandes fuentes criminales, producto de una completa ausencia de socialización familiar y de las necesidades materiales de los estratos más pobres, se pueden reducir sustancialmente mediante una buena política social. El Estado debe lograr establecer una ayuda social, la cual se ocupe de

las "familias-problema" y procure proteger a los niños abandonados de su caída en la criminalidad. Además, el Estado debe tener una legislación social que también resguarde a los más pobres contra el hambre. A estas conocidas exigencias se objeta con frecuencia que hace falta dinero para tales medidas. Sin embargo, la política social deja mucho que desear en la mayoría de los países en los que el abismo entre pobres y ricos es muy grande allí con medios políticos, por ejemplo a través de una eficiente legislación de impuestos, se puede dar al Estado la posibilidad de construir un sistema de seguridad social. Se puede convencer a los estratos acaudalados del pueblo de la necesidad de contribuir para aliviar la miseria social, mientras se les aclara que ello significa ganar en la seguridad social, un gran incremento de la calidad de vida y el ahorro de las costosas, medidas de seguridad personal. En Alemania, a pesar del alto desempleo, se ha conseguido crear una "red" social, que reduce las causas expuestas sobre el surgimiento de la criminalidad. La criminalidad en Alemania es todavía alta; no obstante, también socialmente soportable.

Aunados a los medios de política social ya expuestos, la mejor estrategia para la batalla preventiva del delito radica en un buen control policial. En contra de la suposición de los legisladores, la dureza de la amenaza penal casi no tiene efecto de intimidación; porque la regla es que el autor en realidad sólo perpetra su acto cuando piensa que no será detenido. Entonces la amenaza penal puede ser indiferente para él. Pero cuando el riesgo de ser descubierto se eleva, el potencial delincuente abandona el delito en su propio interés. Por consiguiente, el dinero que se invierte en la construcción de nuevas prisiones mejor se debería gastar en promover la eficiencia de la policía, técnicamente bien preparada y apoyada en confiables medios computacionales de investigación. Pero sobre todo, se comparte la concepción -que surgió en Norteamérica y poco a poco gana más partidarios en Alemania-, que indica que la policía hace falta en la calle y no en las oficinas públicas. El atraco a personas en plena calle y la destrucción de instituciones públicas por puro vandalismo se evita mediante una suficiente presencia policial. También la vigilancia por video de zonas peligrosas es considerada como un medio adecuada de prevención del delito.

Se puede objetar que vigilar mucho produce un efecto intimidatorio y especialmente es un medio preferido en las dictaduras. Pero esta es una forma de reflexión indiferenciada. Pues no se trata de un medio como el de las dictaduras empleado para la vigilancia política sino para control criminal. Asimismo, la función de la policía no debe limitarse al control sino a prestar al mismo tiempo servicios sociales; por ejemplo, escoltar en el tráfico a personas mayores y achacosas, ocuparse de accidentados y de los indigentes en las calles; aclarar a los forasteros, por ejemplo los turistas, el camino o las tarifas de los medios de transporte y así sucesivamente. Por consiguiente, la policía debería ser un medio de servicio que ofrezca al pueblo protección y ayuda. En este punto no se ve trastocada la libertad de los ciudadanos; ello sólo ocurre cuando el Estado para vigilar pasa a la esfera privada e íntima. En este camino se está actualmente en Alemania.

Incluso, últimamente está permitido (también bajo muy restrictivas condiciones) instalar aparatos de audio en cuartos privados y para ello se llega a solicitar la vigilancia óptica. Esto ha sido rechazado porque ataca la esfera íntima, la cual forma parte de la dignidad humana. En su vida pública, el hombre no necesita de la clandestinidad sino de la seguridad y la protección.

En la llamada estrategia global de prevención se encuentran las medidas preventivas del delito. En este punto, en primera línea está la regulación jurídica. Así, por ejemplo, en Alemania se ha decidido cerrar a largo plazo todas las centrales atómicas. Es claro que con ello se consigue una mejor protección frente a explosiones nucleares en comparación a cuando se espera primero al accidente atómico y posteriormente se castiga a los responsables. Aquellas empresas causantes de grandes perjuicios al medio ambiente o cuyos productos producen peligros sanitarios pueden sancionarse con multas altas, vigilarse estatalmente y en casos graves cerrarse. Esto ayuda más que cuando se castiga sólo a un empleado en particular que puede ser reemplazado. Los bancos deberían permitir al fisco la revisión desde el principio de todos los grandes movimientos de dinero; esto sería una gran medida eficaz contra la delincuencia organizada en comparación a la sanción de un pequeño vendedor de drogas. La prohibición de la venta y tenencia de armas peligrosas (sobre todo las armas de fuego) puede salvar muchas vidas humanas; pero también siempre se pueden idear nuevas medidas técnicas para prevenir el delito. Por ejemplo, en Alemania se han reducido fuertemente los robos de auto desde que se instaló en muchos de ellos el llamado bloqueador de los sistemas del vehículo. Por ende, si se quiere fortalecer la seguridad individual y garantizar la paz social, tanto como sea posible, necesitamos de una ciencia interdisciplinaria de la prevención en la cual esté incluida la cooperación del Derecho penal.

Finalmente, el sistema de reacción penal se debe ampliar y, sobre todo, complementarlo con sanciones penales similares de carácter social constructivo. Para una prevención mejor a la que actualmente tenemos, serán necesarias también las penas tanto después como antes; pero hasta la fecha sólo tenemos esencialmente la pena privativa de libertad y la multa, esto es muy poco. Ya se expusieron los argumentos en contra de la pena privativa de libertad. En Alemania esto ha conducido a tener en la actualidad 85% de multas entre todas las condenas. Las multas tienen la ventaja de que evitan las anunciadas desventajas de las penas privativas de libertad. Pero con frecuencia es evidente que tampoco la multa es un medio de sanción idóneo. El pobre no puede pagarla y es injusto tenerlo por esta causa en el establecimiento penitenciario mientras que quien es solvente se puede librar de ir a prisión. También alguien puede evitar la multa al dejar que terceros la paguen, en casos de criminalidad económica esto no es absolutamente ningún problema teórico. Finalmente, para algunos grupos de delincuentes no está rechazado el peligro de que el sujeto pueda conseguir los medios para pagar la multa a través de la comisión de nuevos delitos.

Por tanto, la multa no es la panacea, de modo que tenemos todos los motivos para reflexionar sobre la utilidad de otras sanciones penales. En Alemania dos nuevas penas están actualmente en discusión. La primera es el arresto domiciliario asegurado electrónicamente, que fue implantado por primera vez en Norteamérica, y ya se practica en algunos países y también ya se experimenta en Alemania; el arresto tiene como ventaja que se puede ejecutar en el tiempo libre y lleva consigo una sensible restricción de la libre organización de la vida; pero el sujeto no es sustraído de su trabajo ni de su familia y también evita las otras desventajas de la pena privativa de la libertad. Por supuesto que semejante pena no es apropiada para todo el mundo (por ejemplo, un profesor tal vez sólo se alegraría cuando él pudiera trabajar tranquilo en su casa). Pero todas las sanciones penales son objetables y precisamente por eso es preciso hacer una diferenciación atendiendo a cada caso en particular.

Otra nueva sanción, la cual está actualmente en consideración, pero hasta la fecha se sigue rechazando, es la imposición de la prohibición de conducir, incluso para delitos sin relación alguna con el tráfico de vehículos de motor. Para la mayoría de las personas, el auto es hoy el medio más importante para la comodidad de la vida y cuando se les impide conducir por un tiempo determinado, su vida se vuelve difícil. Seguramente, tan sólo imaginar semejante sanción causa gran indignación en la mayoría de la gente y justamente la prueba de la potencial eficacia de dicha sanción. Es fácil advertir que tampoco esa sanción es apropiada para todos, algunos la encontrarán muy severa cuando el auto es vital para desarrollar su trabajo (aquí vendría también a consideración una prohibición de conducir en domingo o días festivos). Otros la podrían encontrar muy relajada cuando no se tiene auto o cuando se puede renunciar fácilmente a ese medio de transporte. Más, como he dicho, todas las sanciones penales enfrentan objeciones particulares.

Junto a semejantes innovaciones es necesaria la ampliación de sanciones penales similares, las cuales presupongan una libre participación del infractor y precisamente por eso actúen como particulares medidas sociales constructivas, concretamente:

- Para infractores que siempre reinciden y acusan considerables trastornos de la personalidad (esto vale también para algunos delincuentes sexuales), debería ponerse a su disposición el ofrecimiento de una terapia. Esto sólo es razonable cuando el infractor está dispuesto para trabajar enérgicamente en sí mismo, pues si éste es el caso, se pueden conseguir buenos resultados.
- A los autores de delitos leves y medianamente graves se les debería ofrecer la posibilidad de sustituir la multa o la pena privativa de libertad, hasta determinado nivel, por trabajos de utilidad pública (servicios comunitarios). Esto sólo puede ser exitoso a partir de una base voluntaria; pero tiene la ventaja de que el trabajo se puede realizar en el tiempo libre y conseguir algo provechoso, cuyo sentido también parece evidente para el infractor. Se puede tratar además de trabajo corporal (en el servicio estatal, en instalaciones públicas y

aún en la recolección de basura), pero también intelectual según la calificación del interesado (en bibliotecas, en computadoras y así sucesivamente). En Alemania actualmente existe la posibilidad del trabajo de utilidad pública; sin embargo, la posición contraria es todavía muy grande porque se teme la pérdida de puestos de trabajo; mas esto es infundado, pues el Estado es pobre en casi todo el mundo; para la óptima realización de sus tareas sociales necesita de fuerza de trabajo, la cual no podría cumplir nunca con sus propios medios. También se deben establecer las actividades de utilidad pública, de preferencia en tiempos en los cuales las fuerzas laborales remuneradas no trabajen habitualmente, como sucede el domingo, los días festivos o en las horas de la madrugada y así sucesivamente.

- Una gran función social del Derecho penal al incluir a la víctima para su mayor protección. En muchos casos, los ordenamientos jurídicos que dejan al Derecho civil la indemnización de la víctima la dañan adicionalmente a través de la sanción penal, pues frecuentemente la pena privativa de libertad y la multa desalientan al autor al pago de la indemnización a la víctima. Quien se encuentra en la penitenciaría no puede ganar dinero y regularmente está sin recursos, de ahí que quien ha debido pagar mucho dinero al Estado normalmente no le ha sobrado nada más para la víctima. Esta precaria situación sólo puede cambiar si se le atribuye a la pena un sustancial significado; ello puede consistir en la reparación voluntaria, normalmente en dinero, pero también en fuerza de trabajo. Además debería estar acompañada de la posibilidad de reconciliación entre el autor y la víctima. Una compensación del autor a la víctima, que satisfaga a esta última o una reparación que imponga, tal como lo establece desde hace algunos años el Código Penal alemán, al autor "considerables servicios personales o renunciaciones personales", puede restablecer considerablemente, para delitos leves, la paz jurídica, de modo que se puede prescindir de la pena. Para delitos graves se debería conceder una suspensión condicional de la pena o cuando menos su atenuación sustancial. Órganos de composición especiales, como los previstos desde hace poco en el Código Procesal Penal alemán, pueden proporcionar una importante ayuda en la producción de un acuerdo entre el autor y la víctima.
- Se pueden eliminar casos leves cuyo hecho delictivo sólo causa perturbaciones sociales; así, es posible sobreseer el procedimiento penal y en su lugar imponer determinados servicios (quizá en la cruz roja u otras instituciones sociales). Esto ahorra al autor la discriminación social que supone la condena; pero al mismo tiempo le pone claro que el Estado no puede tolerar su conducta. En Alemania está autorizado dicho sobreseimiento desde 1974, el cual puede verificarse hasta antes de la elevación de la acusación a través del fiscal del Estado (con aprobación del procesado y del tribunal); dicho sobreseimiento es frecuente en la práctica forense. Ello se puede enlazar con la obligación de reparación y

con los trabajos de utilidad pública. De esta forma se puede proceder a la combinación de diferentes posibilidades de reacción similares a la penal.

Un mayor abanico del catálogo de sanciones, como el que aquí he desarrollado, por una parte interrelacionando la normativa ya existente en el Derecho alemán y, por la otra, bajo la acogida de las propuestas de reforma, permitiría una mejor reacción estatal frente al delito, considerando las circunstancias individuales de los casos, en comparación con las que permite limitadamente la pena privativa de la libertad y la multa. Por ello podemos decir que un amplio catálogo de sanciones es más eficaz en la lucha contra la delincuencia en comparación con el endurecimiento de las penas.

También en el III Encuentro (Panamá), se aprobaron algunos parámetros, expresión del sentir unánime de la Comisión, en forma coincidente con los modernos principios político-criminales en esa materia. Así, la comisión acordó:

- La eliminación de penas cortas privativas de libertad. La fijación de una pena máxima de privación entre 15 y 20 años, por entender que una pena superior vulneraría el principio de humanidad del Derecho penal;
- prever el máximo de alternativas y sustitutivos de la pena privativa de libertad, de manera que ésta sea realmente la excepción;
- prever penas tales como la multa, tanto pecuniaria como según el sistema de días-multa, los trabajos en beneficio de la comunidad, el arresto domiciliario, cumplimiento de reglas de conducta, arrestos de fin de semana, inhabilitación, tratamientos, etcétera;
- posibilitar la suspensión de la ejecución de condena en delitos con penas de hasta 3 a 5 años de privación de libertad, con el establecimiento de determinadas reglas de conducta y control, bien a cargo de un juez de vigilancia, bien a cargo del juez sentenciador, y en fin, que la libertad condicional se debería posibilitar a partir del cumplimiento de la mitad de la condena, para facilitar así el paso desde la situación de privación de libertad, y, por tanto, la resocialización del sujeto.

El Código Penal Tipo Iberoamericano debe ofrecer un amplio abanico de posibilidades en este ámbito del sistema de consecuencias penales, proporcionando a la fase de ejecución de las sanciones penales la importancia que realmente tiene, aunque, ciertamente, puede llegar a poner en evidencia las carencias materiales de la justicia penal. El sentir de todos los que han participado en las distintas reuniones de la Comisión es evidentemente contrario a todo trato inhumano y degradante y, por tanto, deben hacerse los esfuerzos necesarios para que ninguna pena privativa de libertad llegue a ejecutarse en condiciones que impidan la autoreflexión y un mínimo de intimidad; de lo contrario, esa pena será degradante. Por esta razón, la superpoblación de algunas cárceles, así como las "penas añadidas" que en ocasiones sufren los internos, como violencia física y agresiones sexuales, enfermedades contagiosas, etcétera, privan en buena medida de

legitimidad constitucional a la pena privativa de libertad.

La Comisión ha puesto de manifiesto en distintas ocasiones su opinión favorable a la existencia de un juez especializado de ejecución de penas, cuya principal tarea sería precisamente la de cuidar (vigilar) por el adecuado cumplimiento de todo lo relativo a la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta al condenado, protegiendo sus derechos, precisamente con la finalidad de evitar situaciones como las anteriormente descritas.

Con relación a las penas cortas privativas de libertad, sustitutivos, suspensión y libertad condicional La Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano decidió ya en su III Encuentro la eliminación de penas cortas privativas de libertad, y ahora, en el V Encuentro, entre los principios generales acordados está el de la "exclusión de la imposición de penas privativas de libertad inferiores de seis meses" (punto 5).

La *eliminación de las penas cortas privativas de libertad* es un principio irrenunciable de la política criminal moderna, que arranca del mismo Von Liszt y cuya aceptación fue generalizándose principalmente a partir del Proyecto Alternativo alemán. En España, sin embargo, se ha tenido que esperar a 1995 para ver reflejado dicho principio en el Código Penal. En su lugar, los distintos códigos prevén la pena de multa, bien según el sistema de multa proporcional (al daño producido, al enriquecimiento, etcétera), o bien, según el sistema más generalizado de los días-multa, que es el que se introdujo en España en 1995. Este último sistema es el que se implantó en el anterior Código Penal Tipo y es el que se sigue también en buena parte de los países iberoamericanos,³²² siendo el más satisfactorio, por cuanto que reduce el impacto desigual sobre las personas y la dificultad de garantizar el pago efectivo.

En cuanto a las alternativas y sustitutivos de la pena privativa de libertad, se trata de hacer realidad otro de los principios básicos de la política criminal moderna, que los códigos penales contemplen la pena privativa de libertad, no como la regla general, sino como la excepción. Como dice hurtado Pozo, luego de hacer hincapié en la necesidad de utilización racional de la pena privativa de libertad, sólo se debe recurrir a esta pena "en la medida que no haya otro medio menos dañino para evitar que tanto el delincuente como las demás personas cometan delitos (*ultima ratio*)".³²³

El Código Penal español dedica los artículos 88 y 89 a esta materia de sustitutivos penales, aunque en una regulación de reducido alcance. La regla general es la sustitución de penas privativas de libertad de hasta un año, bien por la de arresto de fin de semana, que, en realidad, es también una pena privativa de libertad, luego no es una auténtica pena sustitutiva, bien por la de

³²² Daniel, González Álvarez, "Propuesta de un modelo de cuantificación de la pena pecuniaria, según el sistema de análisis de multa", en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, no. Monográfico. 1/1999, p. 513

³²³ *Revista de la comisión redactora del Código penal Tipo Iberoamericano* (Santa Fe de Bogotá, vol. 1, 2000). P. 124. *Revista Canaria de Ciencias penales*, número monográfico 1/1999. P. 292.

multa o trabajos en beneficio de la comunidad; excepcionalmente, se prevé la sustitución de penas de prisión de hasta dos años.

La posibilidad de sustitución de la pena de prisión por otra no privativa de libertad debería estar prevista con una mayor amplitud, para hacer realidad el principio de excepcionalidad de aquella pena, no sólo abriendo la posibilidad de sustitución para penas superiores al año o dos años de prisión, sino con una previsión más ambiciosa de sustitutivos, como, por ejemplo, la reparación, con la que se pone de manifiesto un claro esfuerzo de reinserción social por parte del autor, que supone un reconocimiento de la vigencia de la norma quebrantada, y, por tanto, un restablecimiento de la paz jurídica. Esta posibilidad ha desembocado en lo que hoy se denomina *Derecho penal de triple vía*.

Entre los sustitutivos penales, aparte de la multa, no cabe duda que la pena consistente en trabajos en beneficio de la comunidad, con especial arraigo en países de Centroamérica, como Guatemala, está llamada a tener una especial importancia. La Comisión ha expresado ya su opinión favorable a la inclusión de esta pena en el Código Penal Tipo Iberoamericano, no sólo como pena sustitutiva, sino incluso en ocasiones como pena principal, aunque siempre, evidentemente, contando con el consentimiento del sometido a ella. En este sentido, en el V Encuentro (México, 2001) la Comisión acordó que "la pena de trabajo a favor de la comunidad debe ser regulada de manera que su aplicación sea posible y eficaz. Para cierto tipo de delitos debe ser considerada como pena principal. En otros casos debe ser un sustituto de otras penas [...]" (punto 13).

Esta moderna alternativa, en mi opinión, está llamada a tener un amplio reconocimiento en el sistema de consecuencias penales, constituyendo una adecuada respuesta al delito, pues con ella se puede evitar en muchos casos la prisión, que, debe tener un verdadero carácter excepcional, reservada para supuestos de gravedad y, al mismo tiempo, se evita el alto coste social que siempre tiene el mantenimiento de un preso, pudiendo prestar éste además un servicio a la sociedad, relacionado con su profesión u oficio, especialmente en algún organismo o asociación sin ánimo de lucro. Por supuesto, esta institución nada tiene que ver con los trabajos forzados, pues su aplicación siempre habrá de requerir la libre aceptación por parte del sujeto y unas adecuadas condiciones en su ejecución.

Otras piezas claves en el sistema de consecuencias penales, de una extraordinaria importancia en orden a la resocialización y reinserción social, son *la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad* (probation) y *la libertad condicional*. Mientras que la primera se produce antes de la ejecución de la pena privativa de libertad, la segunda tiene lugar en la última etapa de cumplimiento de dicha pena.

En España, el juez puede suspender la ejecución de la pena privativa de libertad si es inferior a dos años (artículo 80.1), aunque en forma limitada a los supuestos de primera condena

(artículo 81.1a.), si bien se autoriza la suspensión condicional sin límite ni requisito alguno, cuando el condenado esté aquejado "de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables" (artículo 80.4). En una regulación muy próxima a la de otros países europeos, el Código Penal español prevé unos plazos de prueba: de dos a cinco años, para las penas privativas de libertad inferiores a dos años; y otro, de tres meses a un año, para las penas leves. Como la prisión no es nunca una pena leve (artículo 33), y el arresto de fin de semana superior a seis fines de semana es una pena menos grave (artículo 33.3.i), es claro que el Código Penal al hablar en el artículo 80.2 de penas leves, se está refiriendo única y exclusivamente a la pena de arresto de fin de semana de hasta seis fines de semana (artículo 33.4 d).

En esta materia de suspensión y remisión condicional de la pena tienen una gran importancia las *medidas a imponer durante el periodo de prueba*. En el Proyecto Alternativo alemán, que en su época (década de los sesenta) representó, y aún representa hoy, un verdadero modelo de política criminal moderna, se contemplaba la imposición de prestaciones (*Auflagen*) durante la duración del periodo de prueba, con la finalidad de reparar la ilicitud cometida y restablecer la paz jurídica, y reglas de conducta.

Evidentemente, tanto en el momento de alcanzar el penado este último grado penitenciario, como en los supuestos de sustitución y suspensión de la pena privativa de libertad, es esencial, como se dijo, la previsión legal de *reglas de conducta*. En este sentido, creo que sigue siendo interesante el catálogo que de estas reglas contiene el Proyecto Alternativo, con la distinción entre las que puede imponer el tribunal sin consentimiento del condenado y las que exigen el consentimiento de este último. Entre las primeras se encuentran: la presentación ante el tribunal u oficina prevista al efecto; la comunicación a éstos de todo traslado de residencia; el no mantenimiento de relaciones con determinadas personas o grupos de personas que puedan ofrecerle ocasión para nuevos hechos punibles; evitar determinados lugares o zonas que puedan ofrecerle ocasión o estímulo para nuevos hechos punibles; emprender un programa educativo planificado; y cumplir indicaciones relacionadas con el orden de sus relaciones económicas o la satisfacción de sus deberes alimentarios. Y entre las segundas están el sometimiento a un tratamiento curativo o de deshabituación y residir en un lugar o en un establecimiento adecuado.

En España se acaba de poner en marcha el *sistema de vigilancia telemática (electrónica)*, seguido ya en otros países europeos, como Holanda, Bélgica, Francia y Alemania (en Portugal está en fase de estudio), así como también en los países anglosajones. La implantación en España de este sistema está amparada en el Reglamento Penitenciario (1996), que prevé que en el caso de los internos en tercer grado, que son aquellos que sólo tienen que pernoctar en la cárcel, "el tiempo mínimo de permanencia en el centro será de ocho horas diarias, debiendo pernoctar en el establecimiento", salvo cuando "de modo voluntario, el interno acepte el control de su presencia fuera del centro mediante dispositivos telemáticos" (artículo 86.4).

Inicialmente se han aplicado los localizadores electrónicos, en forma de pulseras y tobilleras, a presos en vías de rehabilitación y en régimen de tercer grado, personas por lo general que ya trabajan en el exterior, a presos que fueron condenados años después de haberse reintegrado socialmente, madres de familia, condenados por pequeños delitos, etcétera.

En el futuro, es un sistema que podría aplicarse, siempre con consentimiento del afectado, para el control del cumplimiento de reglas de conducta, o como medida de seguridad complementaria de la pena privativa de libertad, una vez alcanzada ésta, cuando existan razones para pensar en una posible reincidencia del sujeto. En el caso de no prestar éste consentimiento, podrían aplicarse las medidas convencionales para asegurar el necesario control.

Con independencia de que no sería bueno que en la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano se alejaran demasiado de la realidad que los acontecimientos de los respectivos países imponen, tampoco debe olvidarse que el Código que se pretende elaborar es un Código Tipo, de la mayor excelencia posible, evidentemente sin fuerza vinculante, pero con la vocación de poder significar un punto de referencia para todas las instituciones comprometidas en la racionalización de las leyes penales. No se cree que una pena de privación de libertad de por vida sea una pena compatible con el principio de humanización de las penas y del Derecho penal, así como tampoco con la idea de la resocialización de la pena privativa de libertad; esto mismo vale con relación a penas con un máximo elevado.

Con buen criterio, la Comisión ha acordado en su V Encuentro (México, 2001) la "exclusión de penas privativas de libertad de larga duración o perpetuas, así como de las excepciones al límite superior general de la pena en base a la previsión de circunstancias agravantes particulares" (punto 3), interesando la "unificación de la pena privativa de libertad", con una "duración mínima de seis meses y máxima de 15 ó 20 años" (punto 4).

De todos modos, ello no significa ni mucho menos que el Derecho penal no cuente con mecanismos de protección frente a los ataques que la sociedad pueda sufrir, frente a los ataques permanentes de delincuentes que tienen como único fin el asesinato y la producción de daños sin más, socavando la convivencia en una sociedad plenamente democrática como la española y que tanto sufrimiento están causando. Frente a la absoluta irracionalidad de atentados terroristas y otros delitos especialmente graves, cometidos muchas veces por los llamados autores de convicción, la política criminal moderna, dentro del respeto de los principios que el Estado democrático de Derecho exige, ofrece al menos, dos soluciones racionales y que pueden llegar a ser eficaces.

Una solución, la más extendida en el ámbito de la Unión Europea, es la previsión de una pena de reclusión perpetua, pero revisable una vez cumplido un determinado número de años. Así, por ejemplo, el parágrafo 211 StGB alemán castiga el asesinato con pena privativa de la libertad de por vida, pero el parágrafo 57 a) del mismo Código prevé la posibilidad de suspensión de dicha

pena una vez cumplidos quince años de la pena, quedando el condenado en una situación de libertad a prueba. Y es que el Tribunal Constitucional Federal alemán decidió en 1977 que la reclusión perpetua sólo resultaba compatible con la dignidad humana "si al condenado le quedaba la posibilidad seria de participar de la vida libre, no siendo suficiente la posibilidad del indulto". Una situación similar se produce en Francia, Austria e Italia. Con esta posibilidad de revisión de la prisión perpetua se salva el obstáculo de una posible inconstitucionalidad de esta pena desde la perspectiva de la dignidad humana y del mandato constitucional dirigido al legislador penal y penitenciario consistente en la orientación de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción social de los condenados.

Otra solución consiste en una adecuada comprensión de la relación entre la pena y la medida de seguridad, cuyo fundamento está, respectivamente, en la culpabilidad y en la peligrosidad. Con la medida de seguridad se pueden alcanzar resultados que las penas, al estar vinculadas por el principio de culpabilidad, no siempre permiten alcanzar.

3.2 De un Sistema de doble Vía a otro Sistema de Triple Vía

3.2.1 El Sistema de Doble Vía

Hace ya tiempo (finales del siglo XIX) que el Derecho penal amplió su sistema de consecuencias. Frente al monismo (sistema monista) de las viejas teorías absolutas de la pena, teorías puramente retributivas, que sólo requerían la pena, como retribución por la comisión de un delito (*punitur quia peccatum est*) se impone la pena porque se ha cometido un delito), surgió un sistema de doble vía o dualista, en el marco de las teorías relativas de la pena, que pusieron de manifiesto la insuficiencia de la pena para llevar a cabo la idea de prevención especial que en aquéllas fue adquiriendo cada vez más importancia.

El *sistema dualista o de doble vía*, en el que se basan actualmente los derechos penales continentales europeos, e iberoamericanos, procedentes de la misma tradición jurídica, pretende reprimir el hecho punible cometido y evitar su repetición. Para ello se prevén dos tipos de consecuencias o reacciones: la pena y la medida de seguridad. Con ellas se sanciona la culpabilidad y se previene la reincidencia cuando el autor no es culpable, o cuando aun siéndolo la pena adecuada a la culpabilidad es insuficiente para prevenir dicha reincidencia. La pena ha de tener como base la culpabilidad y el límite de la gravedad de la culpabilidad por el hecho sólo se podría superar en el marco de un Derecho de autor, nunca en el marco de un Derecho basado en aquella culpabilidad por el hecho, es decir, en la responsabilidad del autor por el acto concreto cometido.

El sistema de doble vía, que se reguló por primera vez en el proyecto suizo de Carl Stooss (1893-1894), ofreció aquellas dos consecuencias como respuestas básicas en la lucha contra el delito. Consecuencias que aunque inicialmente surgieron perfectamente diferenciadas, han ido aproximándose gradualmente en el tiempo, pues tanto la pena como la medida de seguridad están orientadas hoy en día a la prevención especial aunque aquélla persiga también otros fines, como los preventivos generales, y la medida de seguridad, actualmente, también deba cumplir, para su legitimidad, las mismas garantías que son exigibles a la pena, esto es, las que derivan del principio de legalidad y del principio de proporcionalidad. En realidad, la diferencia ha quedado reducida al fundamento de una y otra consecuencia: la culpabilidad en la pena y la peligrosidad en la medida de seguridad. Precisamente por esta razón, no tiene ninguna justificación trasladar, los límites temporales que operan en las penas a las medidas de seguridad, e incluso la indeterminación de éstas en los casos de enfermos mentales cuyo internamiento está basada exclusivamente en su alta peligrosidad, puede resultar absolutamente inevitable, por más que entonces entrañen cierta inseguridad, aunque los necesarios controles judiciales periódicos en tales supuestos deben ser suficiente garantía para evitar posibles excesos. Podría argüirse en contra que estos casos deberían quedar fuera, del Derecho penal y que la adopción de una medida de internamiento

debería tener lugar en el proceso civil. Pero, desde un punto de vista garantista, se considera que es mejor solución, la de mantener la competencia en el ámbito penal, pues éste, como es sabido, ofrece mayores garantías, tanto en su dimensión procesal como en la sustantiva. Además, no hay que olvidar que para la aplicación de la medida de seguridad, igual que para la aplicación de la pena, es preciso que concurren los presupuestos que todo delito exige, salvo la capacidad de culpabilidad; presupuestos, como la acción u omisión; la causalidad e imputación objetiva, en su caso, dolo o, en su caso, imprudencia; ausencia de causas de justificación, de algún error relevante, etcétera, que difícilmente podrán verificarse en el ámbito civil. Sin la concurrencia de tales presupuestos no puede imponerse ni pena ni medida de seguridad, pues aunque ésta se base en la peligrosidad, la medida, insisto, requiere que el sujeto realice un hecho delictivo; de lo contrario, sólo puede proceder la absolución, aunque aquél sea un enfermo mental. Lo mismo ha de ocurrir en el ámbito del Derecho penal de menores, en el que ha de ser requisito indispensable para su aplicación la realización previa de un hecho delictivo, lo que supone la concurrencia de los presupuestos que configuran el delito, salvo el de la edad que determine en cada legislación la capacidad de culpabilidad, por lo general los dieciocho años. Así, la nueva Ley Orgánica 51/2000, del 12 enero, que acaba de entrar en vigor en España, establece que "los menores serán responsables con arreglo a esta ley cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el artículo 1º. y no concorra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código Penal", es decir, a *contrario sensu*, deben concurrir aquellos presupuestos que permiten afirmar la existencia del delito, salvo el atinente al de la edad, o el de la capacidad psíquica en el supuesto anterior.

3.2.2 El Sistema de Triple Vía

Pero hoy en día el Derecho penal va más lejos aún, propugnando un *sistema de triple vía*, en el que a las penas y a las medidas de seguridad, como respuestas básicas al delito, se añade la reparación como forma de compensación del hecho delictivo cometido, realizada siempre mediante una prestación voluntaria del autor, como indemnización de daños al lesionado o trabajos comunitarios, por ejemplo.

Esta institución de la reparación, la llamada comúnmente "tercera vía" tiene como principal destinatario y beneficiario a la víctima del delito, o a la propia colectividad cuando la reparación tiene lugar a través de trabajos en beneficio de la comunidad, en aquellos casos, por ejemplo, en los que no hay una víctima individual. Aparte de la ventaja que tiene esta figura de lograr un restablecimiento del orden jurídico quebrantado con un menor coste social. la reparación permite un rápido arreglo del conflicto que supone el delito, pues al existir una conciliación entre la víctima y el autor del delito, ello puede permitir que se alcance aquella solución sin necesidad de que se celebre el juicio oral. Es decir pronto se produzca aquella conciliación, el proceso puede concluir mediante sobreseimiento de la causa.

Evidentemente, la reparación tiene su ámbito de aplicación más característico en los delitos que sean graves, sin la concurrencia de violencia, y muy particularmente en los delitos contra la propiedad y contra el patrimonio, exigiendo siempre, por la propia naturaleza de la institución, la libre aceptación de la víctima y del autor, así como, en el ámbito procesal, cierta concesión al principio de oportunidad respecto a los delitos para los que se prevea la reparación, aunque para evitar posibles presiones sobre personas inocentes debería exigirse siempre un reconocimiento libre de la culpabilidad por parte del acusado, así como la concurrencia de pruebas con indicios suficientes como para iniciar una persecución penal.

La Comisión, en su I Encuentro (Santa Fe de Bogotá, 1995), acordó que el nuevo Código Penal Tipo Iberoamericano se orientara en este sentido, en el de un sistema de triple vía, entendiendo que con la reparación se resuelve el conflicto social creado por el delito, se restablece la paz jurídica y, sobre todo, se toma en cuenta a la víctima. En realidad, la reparación es un caso claro de compensación constructiva de la culpabilidad, que tiene lugar cuando el autor, mediante un *actus contrarius*, reconoce la vigencia de la norma vulnerada, frente a los de compensación destructiva de la culpabilidad, en los que el autor recibe, un mal que compensa total o parcialmente su culpabilidad (como es el caso de la pena).

Por supuesto, como ha dicho Albin Eser, coautor del "Proyecto alternativo sobre

reparación", la reparación no es la "piedra filosofal" del Derecho penal,³²⁴ pero es un instrumento más, que tendrá cada vez más importancia en el sistema penal de consecuencias jurídicas.

En Alemania hace ya varios años (1994) que se introdujo el §46 a), relativo a la reparación, en el StGB. En este Código, la reparación no sólo puede operar como circunstancia atenuante, sino también como verdadera causa de exclusión de la responsabilidad penal. En España, por el contrario, la reparación sólo opera como circunstancia atenuante (artículo 21.5a. del Código Penal), aunque excepcionalmente, en los delitos contra la Hacienda Pública, bajo el nombre de regularización tributaria o reintegro de cantidades (en la hipótesis de fraude de subvenciones) opera como causa de extinción total de la responsabilidad penal, a pesar de estar castigados estos delitos con penas graves y menos graves. Sin duda, ello es consecuencia de la intensa finalidad recaudatoria en la lucha contra el fraude fiscal.

El Código Penal Tipo Iberoamericano debería contener, junto con el artículo aprobado en el III Encuentro de Panamá sobre los Principios Orientadores de la Individualización, otro artículo que permitiera la extinción total de la responsabilidad penal en los casos de reparación del daño causado, tratándose de delitos de poca gravedad.

El texto del artículo podría ser el siguiente: "Artículo [...] *Reparación del daño*. El autor quedará exento de responsabilidad penal si ha reparado el daño causado o ha hecho serios esfuerzos para ello, siempre que la pena prevista para el hecho cometido no sea superior a [...]".

No se trata, pues, de que el autor muestre arrepentimiento alguno, sino, sencillamente, de que repare o haga serios esfuerzos en ese sentido. Y, como se dijo, la regulación de un precepto de estas características debe ir acompañada también de las oportunas previsiones en la legislación procesal, que permitan la conclusión del proceso penal, tan pronto tenga lugar la conciliación entre la víctima y el autor, y, por tanto, la reparación del daño. Por encima del máximo de pena que se establezca en el artículo en cada regulación concreta, la reparación sólo podrá operar como un criterio más de individualización, que necesariamente habrá de traducirse en una atenuación de la pena.³²⁵

³²⁴ Cfr. *Proyecto alternativo sobre reparación penal, Proyecto de un grupo de trabajo* de profesores de Derecho penal alemanes, austriacos y suizos, Fundación Honrad Adenauer, CIEDLA, Buenos Aires, 1998, trad. de Beatriz de la Gándara Vallejo, p. 10.

³²⁵ Manuel Jaén Vallejo, *Sistema de Consecuencias jurídicas del delito: nuevas perspectivas*, Serie Ensayos Jurídicos, número 6 (México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001). Pp. 20, ss.

4. Ejes Rectores para el Establecimiento de una Política de Estado en Materia de Sustitutivos Penales

Podría decirse que el Derecho penal en México -como en los demás países de América Latina- se ha manifestado y se manifiesta en las postrimerías del siglo XX todavía como un Derecho cuya aplicación es desigual; porque, es claro que ha sido y aún lo sigue siendo un instrumento que se le ha utilizado más frecuentemente en contra de los grupos sociales menos favorecidos o más desfavorecidos, haciéndose válida la estigmatización que han hecho al Derecho penal de que es el Derecho de los pobres, pero no por que sea un instrumento utilizado en favor de, ellos, sino precisamente contra de ellos. De ahí tampoco falte razón cuando se afirma que el Derecho penal ha servido sólo a ciertos intereses, por lo que ciertos delitos como los que conforman la llamada delincuencia de cuello blanco, los de los poderosos económica y políticamente no hayan sido hasta ahora reprimidos más que de manera excepcional. A la anterior forma de aplicación del Derecho penal habrá que con frecuencia se incurre en su aplicación práctica; excesos que se traducen en violaciones a los derechos humanos.

Todo lo anterior ha generado en México un fenómeno que revela la necesidad de plantear cambios importantes en todo el sistema de justicia penal. Por tal razón se habla, incluso, que la época en que se vive, de finales del siglo XX y de la alborada del siglo XXI, ser caracterizada como la época de los derechos humanos. Podría también afirmarse que cada vez se observa una mayor conciencia con relación a los derechos humanos, y que esa conciencia se ha venido formando y fortaleciendo precisamente por los constantes hechos que implican violaciones a tales derechos, esto es, por los constantes casos en que se manifiestan los excesos del poder penal. La mayor conciencia por su parte, plantea una mayor exigencia de respeto de los derechos humanos a los detentadores del poder penal.

Seguramente en todas las épocas y en todos los lugares ha habido conciencia sobre lo que es y cómo es el sistema penal, pues en todas las épocas y lugares se ha dejado sentir, con mayor o menor intensidad, los efectos de dicho sistema. Pero ahora, como un específico momento de la historia, parece que esa conciencia ha adquirido un mayor grado de madurez, en lo que sin duda han influido enormemente los diversos medios de comunicación, así como el desarrollo la ciencia y de la técnica, incluyendo la evolución y difusión que han experimentado la ciencia penal, la criminológica y la teoría de la política criminal. Esto ha determinado que los señalamientos y reclamos se formulen cada vez con mayor rigor técnico y fundamento, y discuta con calor en torno a los excesos que se dan en todos y cada uno de los sectores y aspectos del sistema de justicia penal, sobre todo en foros académicos abiertos en donde se sugieren, igualmente con rigor técnico y fundamento, soluciones que se consideran adecuadas y se pugna porque sean adoptadas por

quienes tienen las decisiones políticas.

Ahora bien, admitir un Derecho penal en donde no se observen determinados criterios y principios característicos de un sistema principio de un *Estado de Derecho*, entendiendo por éste no sólo aquél que cuenta con un orden jurídico y norma en él su estructura funcionalidad, sino sobre todo aquél que respeta los derechos humanos es admitir que el poder penal se desborde, se extralimite y vulnere sin más los derechos humanos. Un Derecho penal así, seguramente cumplirá una función, pero ésta de ninguna manera podrá ser aquella que procure satisfacer intereses de la sociedad, de una sociedad integrada, por hombres libres, que desean que su dignidad humana sea respetada por sobre todas las cosas.

Sin duda, en la legislación penal como en los demás sectores del sistema penal del siglo XXI, se seguirá hablando de principios, de principios rectores del Derecho penal, pues son los principios los que -aún cuando la crítica señala que los presupuestos de algunos son "científicamente indemostrables"- garantizan mejor la protección de la libertad.³²⁶ Lo anterior quiere decir que el Derecho penal del siglo XXI seguirá rigiéndose por ideologías; en otras palabras, que en el futuro no importará únicamente la eficacia del Derecho penal, sin consideración de los valores y de las ideologías, sino siempre estará éste sustentado en una determinada concepción filosófica que determinará su orientación, y estará igualmente referida siempre a valores, ya que el Derecho penal por naturaleza está vinculado a los valores que, además de ser los más importantes del hombre, justifican su existencia.

Esta concepción del Derecho penal, por ello, se encuentra íntimamente ligada, entre otros, al valor justicia, al que seguramente no se renunciará en el siglo XXI, como tampoco se renunciará a la idea de que la dignidad humana y a la necesidad de su protección.

Aceptar un Derecho penal en donde sólo importe la eficacia, aunque con ello se vulnere valores fundamentales del hombre, sería aceptar un Derecho penal autoritario, en el que sin más prevalecería el terror penal y, por tanto, los derechos humanos ocuparían muy secundario en cuanto a su observancia. Sin embargo, partiendo de la consideración misma de la naturaleza del hombre, del hombre como persona y como fin en sí mismo, de antemano puede afirmarse que no sería por una concepción autoritaria que el hombre optara para el futuro Derecho penal, pues esa concepción no se corresponde con (la idea de la) naturaleza humana, aún cuando dentro de la propia especie humana existan mentes autoritarias y hombres que no le dan valor a su dignidad.

Consecuente con lo anterior, en el Derecho penal del siglo XXI -así como sucede en el de ahora y en el de tiempos pretéritos- se seguirá luchando por la vigencia de ciertos principios garantistas. Así, por ejemplo, se luchará sin duda por una mayor observancia del principio de igualdad ante la ley, y aunque de entrada resulte difícil plantearse una igualdad absoluta, es de

³²⁶ HAYEK, "Solo los principios salvaguardan la libertad: el culto al pragmatismo la aniquila". Friedrich A. Hayek. *Derecho de legislación y libertad* (Madrid, Unión editorial, 1985). Pp. 111.

esperarse que el futuro Derecho penal sea menos desigual, lo que dependerá, en mucho, de lo que se haga en otros ámbitos en torno a las actuales desigualdades sociales.

También se postulan actualmente, y seguramente se seguirán postulando para el futuro Derecho penal, principios rectores de los que se derivan requisitos de contenido material y que se vinculan con la concepción del hombre como persona, entre los que destacan: a) *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*; b) *nullum crimen sine conducta*; c) el principio del bien jurídico, que establece que "no hay delito ni pena, sin lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; d) *nullum crimen sine culpa*; e) *nulla poena sine culpabilidad*; f) racionalidad y humanidad de la pena; g) personalidad o intrascendencia entre otros.

Es lamentable que en la actualidad, no obstante los señalamientos constantes que se hacen en la doctrina penal y los pronunciamientos que se escuchan en diversos foros nacionales e internacionales, así como las recomendaciones plasmadas en pactos convenios internacionales que obligan a los gobiernos signantes, en el ámbito latinoamericano y, por su puesto, también en el ámbito mexicano dichas exigencias no pueden verse aún cumplimentadas, ni siquiera en el plano legislativo, es decir (ni siquiera), en el plano puramente formal, en un grado que satisfaga medianamente. Por ello, algunos de esos principios han sido objeto de fuertes críticas, sobre todo porque no han logrado imponerse en la realidad práctica, habiéndose limitado a formar parte únicamente de los discursos, destacándose en las críticas que los que detentan el poder pregonan siempre una determinada ideología, pero con frecuencia ellos practican otra, imponen ciertas pautas de conductas para los demás, pero ellos mismos se mantienen al margen de ellas; frecuentemente, el grupo homogéneo se margina del propio sistema penal que impone a los grupos sometidos, con lo cual se desfigura el Estado de Derecho.

Sin embargo, los esfuerzos de un gran sector de la ciencia penal y de la política criminal se pronuncian actualmente por la observancia necesaria de dichos principios por parte de los órganos del Estado en cada uno de los momentos de su intervención, para que su vigencia no se circunscriba únicamente al plano formal, sino que trascienda y se manifieste ampliamente en el plano material, en el de la realidad práctica. Sólo así podrá hablarse de una real vigencia de los mencionados principios garantistas.

Ahora bien, el hablar de principios y de ideologías, no debe conducir a pensar que se habla de mitos y de utopías. El Derecho penal del futuro no debe construirse más sobre las vigas de la utopía y de los mitos o irrealidades, sino sobre bases más realistas; y los principios que aquí se postulan, que encierran una determinada ideología, no se deben establecer sólo para que rijan en el plano teórico, sino para que se lleven al plano material, es decir, al de la realidad, ya que ellos responden a ciertas aspiraciones enaltecedoras del hombre. El siglo XXI, por ello, debe constituir, para el sistema de justicia penal como para otros sistemas, si no el fin, por lo menos una gran superación de muchos mitos y de otras tantas utopías.

Por lo que hace a México, independiente de las oscilaciones de nuestra política criminal, en los últimos años se han emprendido importantes acciones tendentes a revisar a fondo y replantear el contenido y la orientación de la legislación penal sobre todo la sustantiva. Esa tendencia se sustenta en la idea de fortalecer los sistemas democráticos, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, y su proyección comprende no únicamente la situación actual, sino que aspira a manifestarse de manera significativa en el transcurso de este siglo.

En la historia reciente del Derecho penal, el principio de "resocialización"- incluso consagrado a nivel constitucional- ha sido en gran medida el que ha orientado los movimientos de reforma, buscando las fórmulas legislativas que mejor pudieran proporcionar la efectividad de aquél. Superados los planteamientos de la pena entendida como un mero castigo y al abrirse paso la constatación de la necesidad de que las reacciones criminales se orientan hacia unas finalidades sociales, se entra en fase en la cual se produce una estrecha vinculación entre configuración del Estado y concepción de la pena.

En el momento actual, desde la perspectiva del Estado social y democrático de Derecho, no basta con enfatizar el principio resocializador, sino que se exige una revisión a fondo de los recursos de los que dispone el Derecho penal actual, analizando no sólo su idoneidad teórica para dar cumplimiento a aquél, sino también las posibilidades reales y los conocimientos prácticos que su aplicación entraña. Se trata, por tanto, de valorar todas las dimensiones que contribuyen a aproximar las sanciones penales a su función propia de cara al individuo y a la sociedad, evitando que se lleguen a producir efectos contrarios a los propugnados a nivel de principios por un desajuste entre planteamientos teóricos y realidades prácticas.

La idea de "resocializar" o "rehabilitar" a través de medidas restrictivas de libertad se encuentra en crisis. Hablar de crisis de la prisión no supone necesariamente que exista un acuerdo unánime, es decir, universal. Por el contrario, hay que hacer frente ante todo a un peligro real de "regresión" a las grandes instituciones carcelarias y a la pena privativa de libertad, intimidadora y neutralizante por el mayor tiempo posible, tomando conciencia, por una parte, de que el aumento de la criminalidad y su prevención constituyen hoy un problema clave de la colectividad, y por otra parte, emprendiendo una política criminal programada y racional, que desde ahora mismo comience a remover algunas de las causas más directas de la criminalidad y otorgue prioridad a la revisión de los instrumentos penales.

La institución carcelaria aparece en la segunda mitad del siglo XVIII como un instrumento que se acercaba en un proceso de humanización de las penas sustituyendo a los castigos corporales y se incorporaba asimismo, a los cambios del proceso productivo, incorporando las ideas de la disciplina y la igualdad formal. En la actualidad, sin embargo, se vive una situación marcada por la exigencia de reducir el área de aplicación de la pena de prisión, que se fundamenta principalmente en tres razones: en primer lugar, una acentuación de la fase de criminalización

primaria que no siempre de manera racional crea una verdadera "inflación penal" que impulsa un uso económico de la pena en general y de la privativa de la libertad en particular. En segundo lugar, un incremento de la criminalización secundaria, que eleva los índices de delincuencia, de población carcelaria y de reincidencia, frente a las cuales el sistema penal no tiene respuestas satisfactorias. En tercer lugar, la reconsideración crítica acerca de las posibilidades reales de llevar a cabo un proceso de resocialización a través de la institución carcelaria.

Debe enfocarse debidamente el marco dentro del cual se han de situar las propuestas de un sistema sancionatorio diferenciado en el momento presente. En este sentido, los nuevos argumentos que avalan la reducción del ámbito de la prisión puede sintetizarse en la consideración de este tipo de sanción:

1. No siempre resulta necesario para el fin de la prevención general, dadas las amplias posibilidades creativas de otros instrumentos sancionatorios de que dispone el Estado moderno.
2. Presenta contra indicaciones a los fines de la prevención especial y de la resocialización, siendo asimismo demasiado traumática y estigmatizante para el sujeto y su familia y muy costosa para la colectividad.
3. Ha sufrido de hecho una grave crisis de su función de prevención general y especial.

Existe un fenómeno de estancamiento de la legislación penal, que ha sofocado el Derecho y el proceso penal, poniendo en crisis los dos postulados de la función intimidatoria de la pena la seguridad y la prontitud de su aplicación y ha alimentado la población carcelaria de una forma tal que provoca la imposibilidad de cualquier tratamiento eficaz, tratamiento penitenciario resocializador, los enormes costos económicos y la ingobernabilidad de las cárceles.

Por encima de la polémica entre "reformistas" y "abolicionistas" con respecto a la institución carcelaria, se trata de redefinir la función de la pena de la prisión en el sistema penal por el valor que la libertad personal tiene para el ciudadano y el rango que le confiere la propia Constitución, su privación ha de contemplarse como *Extrema Ratio*, que sólo se justificaría frente a los delitos que comporten una significativa lesión de un valor constitucionalmente protegido.

Únicamente, frente a los delitos que aparecen ante a la colectividad como un grave atentado a la convivencia, surgen los mayores obstáculos para la renuncia a la prisión, como instrumento para afirmar la prevención general y especial que en tales casos ha de quedar asegurada. Esta necesidad resulta hoy en día eludible, debiendo ser contrarrestada, en cambio, por un planteamiento distinto en lo que concierne al resto de las infracciones penales. Surge, por tanto, la exigencia, de reconsiderar la función de las penas de prisión de breve y mediana duración, previstas especialmente para delitos cuyo desvalor social no demanda de recurso a una reacción tan extrema.

En la eliminación de las penas cortas privativas de libertad vienen a coincidir, tanto los que parten del convencimiento de la idoneidad absoluta de la cárcel para desarrollar una función

resocializadora, por lo que ven en dicha eliminación un primer paso en la vía de la gradual supresión de la prisión, como los que consiguieron que el control social puede igualmente ejercerse con técnicas más refinadas proporcionadas por medidas alternativas. En una posición intermedia se sitúan, quienes estiman que para que la prisión pueda ser ejecutada en una perspectiva resocializadora requiere de un cierto tiempo que no se alcanza con las penas cortas, por lo que éstas tendrían una valoración criminológica negativa.

Así, se presenta absolutamente necesario un sistema de sanciones que de respuestas, por una parte a la reducción de la pena privativa de libertad a los casos de "estricta necesidad", en cuanto es posible recabar un amplio consenso sobre la idea de que aquélla, aún siendo irrenunciable, ha de contenerse en los límites impuestos por la exigencia de la defensa de la sociedad y por otra parte, la incorporación de un amplio repertorio de "medidas alternativas", que constituyan desde variantes de la misma privación de libertad, pero sin el carácter absoluto de la prisión, hasta sustitutivos o formas de suspensión de ésta.

Esta diversificación de sanciones penales quedaría muy limitada en su efectividad si no se afrontan como presupuesto esencial, el fenómeno denominado de la "inflación penal". Para ello se requiere, en primer lugar, revisar la escala de valores en la protección de bienes jurídicos colocados bajo la tutela del Derecho penal, asignado en cada caso un tipo de sanción adecuada al desvalor social que los ataques a los mismos representan y en consecuencia, reservando el recurso a la prisión, como último extremo, para aquellos que constituyan infracciones intolerables de las normas de convivencia social, a afectar relevantemente a intereses individuales y colectivos de rango constitucional. En segundo lugar, es necesaria "la despenalización" de todos aquellos comportamientos frente a los cuales la defensa social, puede quedar garantizada y satisfecha por otras vías sancionatorias no penales.

La retribución, es decir, el saldo de la culpabilidad, no debería constituir el fin de la pena y no debe legitimar su imposición. La imposición de una pena debería basarse exclusivamente en necesidades de prevención general o especial, es decir, el cumplimiento de la misión protectora y preventiva del Derecho penal. El planteamiento democrático no sólo debe servir a la mayoría sino también respetar y atender a toda la minoría y a que todo ciudadano, en la medida en que ello sea compatible con la paz social. Desde esta perspectiva, el Derecho penal no sólo debe defender de los delincuentes a la mayoría, sino que ha de respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal. Esto impide, en primer término, la imposición de penas incompatibles con la sensibilidad de nuestro momento histórico, y en segundo lugar, obliga a ofrecer al condenado la posibilidad para su resocialización e inserción social, en una concepción democrática de la ejecución de las penas que se base en la participación del sujeto en ellas y no persiga la imposición de un determinado sistema de valores, sino sólo ampliar las posibilidades de elección del condenado.

Jeschek resume la opinión predominante entre los tratadistas alemanes, en el sentido de la crisis de las penas privativas de libertad y las ideas de resocialización, afirmando que mientras que en los años 50 se había creído que se podía modificar a los delincuentes y reinsertarlos a la vida social mediante las más variadas formas de intercambio y con la ayuda del trabajo, la enseñanza, la organización del tiempo libre, la terapia social y el tratamiento pedagógico social, hoy reina el escepticismo y la resignación como consecuencia de los escasos resultados que ya han obtenido los programas de resocialización en los establecimientos de cumplimiento. Ha desaparecido la fe en la posibilidad de recuperación social del hombre bajo condiciones de falta de libertad y de un internamiento forzoso, en forma de acuartelamiento, junto con otras personas igualmente perturbadas en forma notable o completamente desarraigadas. Ello, ha determinado, asimismo, que se desplace la oposición de la ejecución de la pena privativa de libertad en la tendencia reformista del Derecho penal. Del lugar central que antes ocupaban, ha pasado a una situación marginal, dejando paso a la cuestión de cuál es la mejor forma evitarlo.

Como consecuencia de ello, el cumplimiento de la pena privativa de libertad y de las medidas de la misma naturaleza pasa cada vez más como *ultima ratio*, a un segundo plano entre los instrumentos con que cuenta el Derecho penal. La pena privativa de libertad únicamente sigue siendo la espina dorsal del sistema de sanciones en materia de delincuencia grave o en caso de multi reincidencia, así como un concepto de pena subsidiaria en caso de imposibilidad de pago de la pena de multa.

Algunas de las medidas alternativas sustitutivas penales de las medidas restrictivas de la libertad, implementables en la nueva legislación, son las siguientes:

Desaparición de las penas privativas de la libertad de hasta seis meses o un año. Está comprobado, principalmente en Alemania, a través de estudios técnicos, que la pena corta privativa libertad, lejos de evitar la reincidencia, la fomenta. El reciente desarrollo de la política criminal internacional, que duda cada vez más del valor de la pena privativa de libertad y busca nuevas formas de sanción, proscribire la vuelta a la pena corta privativa de libertad como una sanción a imponer en forma masiva. Se debería sustituir esta pena corta por la multa y sólo imponer medidas restrictivas de libertad en los casos de delincuencia grave o incurra en reincidencias. Se debe limitar en lo posible el uso de la pena privativa de libertad, porque la prisión ejerce siempre sobre el condenado un influjo desfavorable por muchos esfuerzos que se hagan para modificar la ejecución de la pena.

Sustitución de las penas medias privativas de libertad hasta tres o cinco años. Estas penas, también consideradas cortas o medias, deberían ser sustituidas en la medida de lo posible. Existen tres posibilidades que podrían aplicarse. En primer lugar, sustituir las por la pena de multa, aunque la ley no prevea esta pena para el delito que se trate. En dichos casos cada día, semana o mes de privación de libertad podrían ser sustituido, respectivamente, por cuotas diarias, semanales o

mensuales de multa, conforme a las condiciones personales del condenado. En segundo lugar, cuando la pena de prisión no exceda de un año, se podría sustituir por la medida de arresto de fin de semana, en la extensión correspondiente a los fines de semana que queden comprendidos en el tiempo de la condena a prisión. La modalidad que se adopta generalmente es el cumplimiento los días sábado y domingo, con una duración de 36 horas, en régimen de aislamiento en celda en el establecimiento penitenciario o policial más cercano al domicilio del arrEstado, con una extensión mínima y máxima. En tercer lugar, podría adoptarse la suspensión de la ejecución de la sentencia. El tribunal normalmente declara la culpabilidad del reo, pero se abstiene de dictar la parte dispositiva propia de la sentencia condenatoria. La suspensión queda condicionada a que el reo observe buena conducta en el período que se señale, durante el cual estará sometido a la observación de un juez de vigilancia.

La pena pecuniaria. Multa. Modalidades. La pena pecuniaria podría llegar a sustituir en gran parte a la pena privativa de libertad. En primer lugar, los rasgos esenciales de la pena de multa residen en que evita las desventajas de la ejecución penal de corta duración. No arranca al delincuente de su profesión, familia o demás relaciones sociales, no lo discrimina ante el público, no comportan ningún peligro de contagio criminal. Otro aspecto positivo es la descarga de la ejecución penal y gracias a ello contribuye a los afanes por la resocialización del individuo, al considerarlo aisladamente. En segundo lugar, estudios científicos de carácter empírico han demostrado que la pena pecuniaria es realizable, aunque apoyada por la amenaza del arresto sustitutorio.

Las cuotas de fijarse en la situación económica total del delincuente: los ingresos sujetos son, por consiguiente, un dato a tener en cuenta junto con su patrimonio. Se debe fijar no sólo un mínimo, sino un máximo de las cuotas, diaria, semanal o mensual abonables. Por supuesto que esa cuota se puede reducir si el delincuente empeora de fortuna después de la sentencia, y entra en juego una sanción privativa de libertad si el condenado no satisface la multa impuesta. Es importante, puntualizar, como en todos los otros casos en que proponemos el uso de medidas que traten de evitar el internamiento del delincuente, que la generalización del uso de la pena de multa debe ir presidida de investigaciones que estudian las reales posibilidades de su aplicación en el Paraguay, teniendo en cuenta especialmente las condiciones sociales, económicas y culturales que permitan su óptimo aprovechamiento, evitando la creación de nuevos privilegios para las clases más pudientes y de nuevos instrumentos de dominación para las clases más desposeídas.

Mantenimiento de la pena de prisión con un máximo de 20 años. A pesar de la crisis de las medidas restrictivas de libertad y las ideas de resocialización, se debería seguir manteniendo la pena privativa de libertad para la criminalidad grave, en especial para la delincuencia violenta, para los hechos cometidos con armas de fuego o con amenazas de violencia y para los delitos de tráfico de sustancias prohibidas. El mantenimiento de la pena de prisión se basa

fundamentalmente en una necesidad de prevención general. El mantenimiento de la paz jurídica y la confianza de la población en la seguridad pública constituyen el presupuesto para que siga en pie toda cultura humana. Debe evitarse la desconfianza en la seguridad pública y una posible y eventual vuelta a la autotutela y a la justicia privada. No puede causarse a la población la impresión de una indulgencia injustificada puede retroceder en forma vacilante ante el delito.

Evidentemente, las cárceles tienen pocos amigos, el descontento con ellas es cosa generalizada. Más que a menudo son escenarios de brutalidades, violencia y conflictos sociales o raciales. Y en la medida que las cárceles pretendan curar a los criminales de la delincuencia, su foja de servicios es poco alentadora. Se considera, en este sentido, importante reducir a 20 años el límite máximo de la pena de prisión. Esta moderación de las penas no supone un reblandecimiento del sistema penal, pues no es el endurecimiento de las penas lo más recomendable. El propio Carrara decía que uno de los mayores frenos al delito no era la crueldad de las penas sino su infalibilidad. Afirmaba igualmente que la certeza del castigo, aunque fuese moderado, hace siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, pero unido a la esperanza de quedar impune

El servicio a la comunidad. Las penas pecuniarias o penas cortas privativas libertad podrían ser sustituidas por el trabajo socialmente útil. Ha sido aplicado especialmente en países europeos, como Alemania, Suiza e Inglaterra y la sanción consiste en el deber de prestar una determinada cantidad de horas de trabajo no remunerado y útil para la comunidad durante un tiempo libre, en beneficio de personas necesitadas o para fines comunitarios, por ejemplo, en hospitales, asilos o cualquier tipo de establecimiento de asistencia, que de otra forma deben quedar a cargo de organizaciones estatales, religiosas o caritativas. Se podría prever esta medida fundamentalmente en sustitución de la multa ha pedido del interesado, pues está claro que la pena de multa depende mucho de la situación económica y social de un país y fundamentalmente la situación del condenado.

Uno de los inconvenientes en materia de aplicación en la práctica, podría tratarse en primer lugar la dificultad de obligar a trabajar a una persona perezosa y abúlica. A pesar de ello, se puede subsanar el inconveniente con la voluntariedad de la opción, sólo afecta esta pena al delincuente que libremente opte por ella. Por otra parte, plantea diversos problemas organizativos, que pueden ser salvados con una buena organización estatal. Un código penal que se precie de ser moderno, no puede renunciar a intentar algo en el campo del trabajo útil a la sociedad. El propio Consejo de Ministros de la Unión Europea ha dictado una recomendación en favor de esta medida y su introducción ha sido considerada prácticamente en todas las legislaciones europeas.

Con relación a las medidas de seguridad, deberían orientarse exclusivamente a finalidades preventivas y su fundamento principal debería ser la peligrosidad del autor del delito. En España ha sido introducido el principio de la proporcionalidad, es decir, las mismas deberían guardar

proporción con la peligrosidad revelada por el hecho cometido y la gravedad de lo que resulte probable que el sujeto pueda cometer.

Es dable hablar fundamentalmente de medidas de carácter curativo (para enfermos mentales, drogadictos, etcétera), educativo (para delincuentes jóvenes) y asegurativo (para delincuentes habituales y profesionales). Estas medidas, sin embargo deberían anteponerse siempre a la ejecución de la pena y el tiempo de su duración debe computarse para el cumplimiento de la pena, sin perjuicio de que el juez, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al éxito obtenido a través de la medida. Sólo en el caso de las medidas asegurativas, podrían ser aplicables a los delincuentes y profesionales como complemento de la pena.

También se puede hablar de la llamada "peligrosidad objetiva" en los que en forma excepcional las medidas de seguridad se anteponen a la acción y se aplican fundamentalmente a las personas jurídicas. Previstas para la asociación, empresas o sociedades, podrían imponerse a causas de delitos cometidos por sus directivos. Consiste en la clausura, disolución, o suspensión de actividades, específicamente en el marco de los delitos económicos.

En suma, las medidas de seguridad sólo tienen validez en casos de ulteriores delitos, con cuya comisión amenaza del autor, a fin de justificar la imposición de una medida. En verdad, es en la peligrosidad del agente donde reside su auténtico apoyo, siempre y cuando la medida de seguridad, como intento de una terapia inteligente, ocupe el lugar de la pena basada en una perspectiva culpabilista.

Es pertinente destacar, que las propuestas hasta ahora mencionadas "sustituyen" a las penas de prisión, entrando en la categoría de "penas alternativas o sustitutivas", sin perjuicio de que el incumplimiento determine, de una u otra forma, la reconversión en privación de libertad convencional. Los sistemas de "*probation*" conllevan en líneas generales, el aplazamiento en aplicación de la pena de prisión, abriendo un "período de prueba", durante el cual el sujeto deberá cumplir ciertas condiciones. La finalización satisfactoria de dicho período dar lugar, en términos generales, a que no se produzca o aplique de una manera definitiva la pena de prisión. En Inglaterra, por ejemplo, la "*suspended sentence*" se corresponde con la condena condicional y el "*Parole*". En España esta figura ha sido denominada la "suspensión de la pena con sometimiento a prueba". El sujeto es sometido a una prueba durante un período de tiempo bajo ciertas condiciones, en líneas generales se concretan en la fórmula de "no cometer un nuevo delito", si bien es verdad que cabe la posibilidad de ir complementándola con otras medidas, destinadas al mismo objetivo fundamental.

En efecto, los sistemas de "*probation*", deberían insertarse en un Derecho penal que basa la necesidad de la pena no en el principio de la pura retribución sino en la de la prevención. Por tanto, la medida de suspensión no debe entenderse como una pena sustitutiva, suavizadora de la

prisión, sino como una oportunidad que se le ofrece al individuo para que demuestre que es capaz de mantenerse en el margen del delito sin necesidad de sufrir los efectos de la prisión. En algunas legislaciones se destaca otro elemento esencial complementario, cual es la "prestación de asistencia social", a los efectos de corresponsabilizar a la sociedad en la labor preventiva, ayudando al sujeto que lo requiere a superar los obstáculos que la propia convivencia social interpone a su compromiso de evitar la reincidencia.

El sistema de probation, constituye una modalidad de penalización con sobrados fundamentos psicopedagógicos, que se caracterizan por una combinación entre la vigilancia y la asistencia. Se aplica a los delincuentes seleccionados atendiendo a su personalidad criminológica y a su receptividad hacia un régimen cuya finalidad es la de otorgar al sujeto la posibilidad de adecuar su conducta a los patrones aceptados por la sociedad. Por tanto, su aplicación se orienta precisamente a que la pena no haya que cumplirse, en un primer momento de manera provisional y al concluir el periodo de prueba en forma satisfactoria con carácter definitivo. Este sistema, podría presentar diversas modalidades y de hecho en la legislación comparada, especialmente europea, presenta distintas facetas. En primer lugar, en Noruega tenemos la denominada renuncia condicionada al ejercicio de la acción penal, quien permite la suspensión del procedimiento a iniciativa del órgano encargado de promover aquella. Esta modalidad es de difícil aplicación en países como nuestro donde se establece la obligatoriedad de la acción penal pública.

Otro sistema, muy aplicado en los países de tradición anglosajona, es aquél en el que el procedimiento puede quedar suspendido por iniciativa judicial, decidiendo provisionalmente pronunciar la condena. Este modelo parte de la estructura del proceso penal en dos fases, por lo que cabe suspenderlo en el momento en que, tras la declaración de culpabilidad, ha de determinarse la clase y cantidad de la sanción.

Una tercera variante, constituye la condena condicional o suspensión condicional de la pena, la cual puede ser a su vez simple o acompañada de medidas adecuadas al tipo y grado de progreso de no reincidencia formulada con respecto al reo. Tal modelo, originario del Derecho franco belga, se concreta en una decisión judicial que, habiendo quedado concluida la fase de conocimiento con la condena, suspende el proceso de ejecución.

La condena condicional al igual que todas las otras medidas de "probation", presenta la característica que, pese al diverso momento procedimental en que tiene lugar la suspensión, el inicio de la "prueba" es en todo caso previo a la ejecución de la pena privativa de libertad. En esto último, se diferencia esencialmente de las formas de liberación anticipada que, comportando un sometimiento a prueba condicionante, lo introducen en la última fase de privación de libertad, para experimentar en el ambiente libre los resultados del tratamiento de reclusión.

Entre la condena condicional y la liberación anticipada existen tipos intermedios de aplicación más reducida, como la variante que se da en los estados Unidos de hacer cumplir al reo

una pena corta de prisión, entre seis meses y un año, antes de iniciar el período de probation o el caso de Dinamarca por ejemplo, de pronunciar una pena compuesta, de primera parte, no superior a tres meses, debe ser inmediatamente cumplida y el resto puede quedar suspendida. Es asimismo interesante el sistema italiano del *affidamento in prova al servizio sociale* que, incorporado al ordenamiento penitenciario, por una parte se adopta antes de comenzar la ejecución, pero por la otra parte, requiere un mínimo de prisión antes de aplicar la medida.

Por último, antes de entrar en el punto de a quienes podría aplicarse este sistema, debe señalarse que estos supuestos se diferencian netamente de los llamados beneficios penitenciarios, ya que estos últimos inciden tan sólo en el ámbito del régimen de cumplimiento, aunque sus efectos puedan proyectarse hacia un acortamiento del período de privación de libertad. Aquellas legislaciones que la denominan condena condicional no utilizan el término más adecuado, pues al decretarse la medida, se pronuncia fallo de culpabilidad y se dicta condena que produce determinados efectos, mientras que lo que se nos remite o suspende es únicamente la ejecución de la privación de libertad. Por ello, algunos autores aconsejan la denominación de suspensión condicional de la pena.

En cuanto las condiciones de aplicación, podrían discutirse las siguientes: que el reo sea delincuente primario, es decir, que no tenga precedentes, no sea reiterante ni reincidente o en caso contrario, que haya sido rehabilitado (cancelando sus antecedentes a través de un sobreseimiento, por ejemplo); que el delito cometido no sea de los considerados graves de que la pena incita en privación de libertad cuya duración media no exceda de un promedio de tres. Podría además, preverse la posibilidad de que el tribunal amplíe este beneficio a reos condenados como penas promedio de hasta 4 ó 5 años, en resolución expresa y motivada si en el hecho concurre alguna atenuante muy cualificada, una eximente incompleta o en el caso que el culpable sea un menor de edad. Transcurrido el período de suspensión sin que el reo vuelva a delinquir, se extingue el cumplimiento de la pena, debería crearse la figura del juez de vigilancia a los efectos del contralor de estas instituciones de prueba. Su tarea principal es el control de la condición de no delinquir de nuevo y en su caso, el cumplimiento de algunas condiciones adicionales, como la prestación de trabajos útiles a la comunidad y la asistencia pre y post *probation*.

En concreto, la evolución penal en relación a la pena privativa de libertad como instrumento de reacción frente al delito ha conducido a la formulación en la actualidad de varias reflexiones. En primer lugar, la pena privativa de libertad debe limitar su ámbito de aplicación a aquellos casos en los que es estrictamente necesario, al objeto de mantener esta pena como medio de lucha contra el delito, evitando los perjuicios e inconvenientes que la ejecución de la pena privativa de libertad comporta. En segundo lugar, la pena debe cumplir una función de prevención general y especial y en tercer lugar, todas las reflexiones se producen en el marco de un Derecho penal inspirado en la

exigencia de que es el último recurso al que el Estado acude para reaccionar frente a las acciones atentatorias al orden jurídico.

En suma, debe destacarse la necesidad ampliamente sentida de contar con un nuevo código penal que signifique una auténtica puesta al día, en exceso aplazada por distintas razones, de nuestra legislación punitiva, y ello debe ser aprovechado para una contemplación armónica de todas las cuestiones planteadas. En particular, la incorporación de un conjunto de "medidas alternativas" a la prisión que no se apoye en el vacío, sino que tenga en cuenta la globalidad de los aspectos que conlleva una renovación integral de sistema penal.³²⁷

En este orden de ideas, el doctor Sergio García Ramírez, apunta que el nuevo Código Penal distrital de 2002, cuya exposición de motivos no expresa en lo absoluto los que el legislador tuvo a la vista para adoptar el régimen que finalmente estableció: a) mantiene las tres categorías creadas en 1983, además de la multa, a las que agrega una: trabajo en beneficio de la víctima (artículos 30, fracciones II-IV, y 34-36); b) establece el carácter facultativo de la aplicación de sustitutivos, en función de las reglas de individualización (artículos 84, primer párrafo, y 72), como se ha hecho desde el advenimiento de aquéllos a la ley penal federal y distrital; y c) parece establecer el carácter obligatorio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena (artículo 89, primer párrafo). También reitera la opción favorable a la punibilidad no privativa de libertad, cuando aquélla sea alternativa (artículo 70, segundo párrafo), conservando a este respecto, inclusive, la combatida referencia a la prevención general que ha campeado desde la reforma de 1991. El anteproyecto del Instituto de Investigaciones Jurídicas, que supera en diversos puntos al código del 2002, admitía la intención de esta regla y la proyectaba a los sustitutivos a través de una preferencia del mismo signo.

Por otra parte, afirma que el código no revisa las condiciones de aplicación de algunos sustitutivos que pudieran requerir modificaciones -así, el consentimiento explícito del sentenciado, necesario en algunas medidas que implican terapia-³²⁸ y tampoco incorpora algunas sanciones que bien pudo recoger, o que pudieron y debieron ser materia de deliberación, sea como sustitutivos, sea como alternativas de la prisión: por ejemplo, suspensión del fallo, amonestación con reserva de pena o detención domiciliaria, para sólo citar algunas que han avanzado últimamente -o desde hace tiempo-, entre las muchas que integran este arsenal de consecuencias jurídicas del delito. Muy escasamente se reconoce a la reparación del daño eficacia extintiva de la persecución penal.

³²⁷ Jorge Enrique Bogarín González, "La necesidad de implementar sustitutivos de la pena de prisión en el nuevo código penal" en *Revista Jurídica ceduc*, 2000. Pp. 1-11.

³²⁸ Cfr, Clauss Roxin, *Problemas actuales de la política criminal*", trad. de Enrique Díaz Aranda, Problemas fundamentales de política criminal y Derecho penal en México (México, D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2001). P. 101

Por lo demás, no han sido infrecuentes las críticas a ordenamientos de fecha más o menos reciente por insuficiencia en la adopción y regulación de sustitutivos.³²⁹ Igualmente, habría que examinar, en relación con el tema que ahora se aborda, las exclusiones y exenciones de pena o perdón judicial en sentido lato, que también sirven al propósito de conferir equidad y racionalidad, casuísticamente, a la reacción estatal frente al crimen. En este aspecto, fue igualmente innovadora la reforma penal de 1983, recogida -y no siempre bien continuada- por modificaciones posteriores y por el propio Código Penal del 2002.

Con relación a las penas autónomas, se advierte, en todos los casos, que la libertad bajo tratamiento, la semilibertad y el trabajo a favor de la comunidad o en beneficio de la víctima podrán ser sustitutivas o autónomas. En diversas oportunidades se ha insistido en la necesidad de emplear a fondo -pero no con ligereza- aquellas sanciones en forma independiente de la prisión.³³⁰ Obviamente, no basta con que la norma general apunte esta alternativa. La precisión es plausible en la medida en que el ordenamiento recoja las hipótesis de aplicación autónoma en las punibilidades previstas en el libro segundo, lo cual ocurre escasamente en algunos casos, y no ocurre para nada en otros. Es esto último lo que se observa con respecto a la libertad de imputables, en su posible vertiente de libertad bajo vigilancia, nombre que, por cierto, no figura en el catálogo de penas y medidas adoptado por los artículos 30 y 31. La semilibertad, a título de pena autónoma y única, sólo se considera en dos supuestos, y el trabajo en favor de la comunidad, en calidad de pena autónoma y alternativa, en otros dos. Tampoco se ha avanzado tanto como era posible hacerlo en el rumbo de otras penas autónomas, ampliamente exploradas en la legislación y en la práctica comparadas, sobre todo la multa, que ha sido sistemática y crecientemente utilizada en otros países.³³¹ El código acoge la sanción pecuniaria, muy extensamente, como pena conjunta con la privativa de libertad. En otras hipótesis la maneja como alternativa, principalmente, o bien, como pena única, en un reducido número de casos.

Sea lo que fuere, el ordenamiento del 2002 consolida, así sea de manera declarativa en algunas ocasiones, e insuficiente en otras, la doble proyección natural de la multa, la libertad bajo tratamiento, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad. En algún caso, el propio Código Penal adelanta el ámbito al que deberá aplicarse el trabajo. Esta orientación, interesante en el código penal, puede ser ampliamente adoptada por el tribunal y atendida por la autoridad ejecutora, en sus respectivos espacios de competencia.

³²⁹ Cfr. Mariano Serrano Pascual, "Las alternativas a la prisión. Las recientes tendencias internacionales y el código penal español 1995", (Madrid, Tapia, año XV, núm. 92, enero-febrero de 1997) P. 30

³³⁰ Dolores Fernández Muñoz, "Sanciones alternativas a la pena de prisión. Propuesta de reformas a la legislación penal mexicana", *Boletín de Derecho Comparado*, (México, D.F., nueva serie, año XXVII núm. 81, septiembre-diciembre de 1994). Pp. 634 y ss.

³³¹ Cfr. Roxin, op. cit. P. 69

En cuanto a los requisitos para la sustitución, el mismo ordenamiento penal indica, naturalmente, los requisitos cuantitativos y cualitativos para la aplicación de los sustitutivos. En cuanto a los requisitos cualitativos, se atiende a los siguientes datos, ya recogidos, con diferente sistematización, por el código del Distrito Federal 1931-1999: *a)* reparación de daños y perjuicios causados o garantía de pago, exigencia ciertamente adecuada que ha permeado y debe permear el conjunto de sustitutivos, correctivos y beneficios legales; y *b)* exclusión de dos supuestos, a saber: *a')* en el caso de sustitución, condena previa por delito doloso perseguible de oficio, que implica una razonable limitación atenta a la reincidencia y a lo que ésta significa en el caso del reo y ante el concepto público; y en el caso de suspensión, al que también en este punto se da un tratamiento injustificadamente distinto, que el sujeto no "cuenta con antecedentes personales positivos y un modo honesto de vida" (artículo 89, fracción III); y *b')* transgresiones en perjuicio de la hacienda pública -herencia de la objetable reforma de 1998, que antes se comentó-, que significa una equivocada salvedad al régimen de sustituciones, fundada en la orientación recaudatoria que se quiere imprimir al sistema penal fiscal (artículo 86), y que no tiene correspondencia en la suspensión.

El código debió regular esta materia con técnica mejor, agrupando en un solo rubro -como lo proponía el proyecto del Instituto de Investigaciones Jurídicas- los sustitutivos y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, que obedecen al mismo propósito esencial: excluir la privación de libertad -o moderarla radicalmente- por innecesaria e ineficaz en el caso concreto. Este agrupamiento, que no impide precisiones específicas para las diversas categorías, hubiera permitido un tratamiento unitario en cuanto al carácter facultativo u obligatorio -para el juez- de la sustitución y la suspensión. También se habría traducido en una solución uniforme a propósito de la revocación.

Además, el tratamiento unitario de estas figuras hubiera evitado la incongruencia en lo que respecta a la previsión de determinadas condiciones en un caso, que no se extienden a los otros, no obstante la pertinencia de hacerlo, como se mira en el supuesto, que antes mencioné, de suspensión condicional de la ejecución de la pena: ésta se resolverá "motivadamente", y para ello se requiere, entre otras cosas, "que el sentenciado cuente con antecedentes personales positivos y un modo honesto de vida. El juez considerará además -añade el precepto respectivo- la naturaleza, modalidades y móviles del delito" (artículo 89, fracción III). Difícilmente se encontraría una razón suficiente para no extender esta norma a los restantes sustitutivos, tanto en cuanto a la "motivación" del fallo -que es dato de los actos de autoridad- como en cuanto a los demás requerimientos mencionados.

Por lo que toca a los requisitos cuantitativos, el código del 2002 fija las siguientes reglas: *a)* sustitución por multa o trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad, cuando la pena de prisión no exceda de tres años (artículo 84, fracción I); *b)* sustitución por tratamiento en

libertad o semilibertad, cuando aquélla no exceda de cinco años (artículo 84, fracción II), y c) suspensión cuando la privación de libertad no exceda, igualmente, de cinco años (artículo 89, fracción I). Es de suponerse que en todos los casos se trata de sustituir la privación de libertad impuesta en la sentencia -es decir, una prisión específica, individualizada-, y no la prevista, a título de punibilidad, por la norma general aplicable al delito correspondiente -esto es, una prisión genérica, hipotética. La asimetría en el tratamiento de estas cuestiones se refleja en la precisión que al respecto contiene la norma sobre suspensión condicional, que habla textualmente de "pena impuesta" al dictar sentencia condenatoria, y la imprecisión en la que incurren las disposiciones sobre sustitutivos, que sólo hablan de "sustituir la pena de prisión".

En lo que respecta al zigzag que ha habido en estas conversiones, sin explicaciones convincentes o sin explicación alguna³³² -a lo largo de menos de veinte años: desde 1983 hasta 2002, con varias estaciones en el camino-, obsérvese el vivo contraste entre el régimen del nuevo código y el que apenas tres años atrás había aceptado el de 1931-1999, que a su vez modificó sus muy cercanos precedentes. Recapitulemos: se podía sustituir: a) por multa, la prisión que no rebasara dos años; hoy, la que no rebase tres; b) por tratamiento en libertad, la que no excediese de tres años; actualmente, la que no supere cinco años; c) por semilibertad, la que no fuera superior a cuatro años; ahora, la que no exceda de cinco años; d) por trabajo en favor de la comunidad, la que no rebasara cuatro años; hoy, la que no rebase tres años (norma aplicable también al trabajo en beneficio de la víctima); y e) por suspensión, la privación de libertad que no excediera de cuatro años; ahora, la que no exceda de cinco años. El sistema propuesto por el anteproyecto del Instituto de Investigaciones Jurídicas, más elaborado y equitativo, maneja con mayor racionalidad las referencias cuantitativas de la sustitución y proyecta sobre el sistema de sustitutivos la diferencia entre delitos dolosos y culposos. La sustitución es más generosa en el caso de estos últimos.

Con relación a los problemas suscitados por la aplicación de los sustitutivos penales, se han sistematizado los siguientes: en torno a los mencionados requerimientos cuantitativos, surgen interrogantes derivadas de la necesaria racionalidad del régimen, que no es un estatuto de benevolencia, sino de pertinencia político-criminal, y que por ello debe tomar en cuenta razones de fondo y factores de operación. Digamos, en primer término, que surge duda, por lo menos, a propósito de la justificación de tratar con mayor benevolencia -en igualdad de circunstancias- al autor del delito más grave: sea por su gravedad objetiva, sea por su gravedad (además) en el caso concreto. Efectivamente, se dispone trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad -medidas que implican considerable esfuerzo por parte del sentenciado, de la autoridad supervisora e incluso de otros sujetos- cuando la pena impuesta no es superior a tres años; en cambio, se

³³² Cfr. Guadalupe A. Valdés Osorio, "El trabajo a favor de la comunidad y su conminación, aplicación y ejecución" en *Iter criminis* (México, D.F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, número. 2, 2002). P. 141

autoriza la suspensión -que desvincula al beneficiario de obligaciones deducidas específica y directamente del delito cometido, con la salvedad de la reparación del daño- cuando esa pena alcanza una duración considerablemente superior: cinco años, reflejo de la gravedad del delito cometido. Si ésta fue la sanción establecida en el caso concreto, es probable -o quizás seguro- que la punibilidad general correspondiente alcance una duración mucho mayor. Algo semejante se puede decir en cuanto a la conversión de prisión por multa, que generalmente ha sustituido las penas de menor duración -uno o dos años de prisión-, y en el código del 2002 puede sustituir penas de tres años.

Es preciso examinar las consecuencias de la sustitución en casos que aparezcan ciertas actividades, deberes, compromisos, tanto del sentenciado como de la autoridad y, según dije, inclusive de otros sujetos: por ejemplo, los administradores del centro de trabajo en el que aquél labora en beneficio de la víctima o de la comunidad. Es obvio que el régimen completo de alternativas "depende principalmente de la institución de formas ambulantes de vigilancia en el sentido de la asistencia en libertad vigilada o de servicios sociales equivalentes de la justicia y, con ello, de una correspondiente infraestructura".³³³ No es conveniente, pues, poner en curso alternativas que no se tiene capacidad de sustentar. Propongamos como ejemplos -que no son "de laboratorio"- una hipótesis en que se disponga la sustitución de pena privativa de libertad de tres años por trabajo en favor de la comunidad o en beneficio de la víctima, y otra en que se resuelva la sustitución de cinco años de prisión por semilibertad.

Para ponderar el primer ejemplo, se debe tomar en cuenta que las jornadas de trabajo se desarrollan en periodos distintos al horario de labores normales del sujeto -de las que dependen su subsistencia personal y la subsistencia familiar-, y que no pueden exceder de la jornada extraordinaria que determina la ley laboral. Esto último significa un límite preciso en cuanto a la duración de cada jornada, pero también en cuanto a la posibilidad de que las haya en una misma semana. En efecto, la fracción XI del artículo 123 constitucional señala que "en ningún caso el trabajo extraordinario podrá exceder de tres horas diarias ni de tres veces consecutivas"; y la fracción IV del mismo precepto dispone que "por cada seis días de trabajo deberá disfrutar el operario de un día de descanso, cuando menos".

Así las cosas, en el curso de una semana sólo sería admisible realizar cinco jornadas de trabajo en favor de la comunidad o de la víctima. Suponiendo que este régimen -que significa, laboralmente, trabajo extraordinario constante: sólo interrumpido por los motivos que marcan ambas fracciones constitucionales citadas- se prolongara sin pausa, esto es, sin periodos vacacionales ni alteraciones de otro carácter, sucedería que el sentenciado deberá trabajar por

³³³Fieder Dunkel, "Alternativas a la pena privativa de libertad desde una perspectiva de los países europeos. Problemas metodológicos de la evaluación de la evaluación y resultados de la investigación comparada sobre sanciones", *Pensamiento Penal*, (Culiacán Sinaloa, año 1, núm. 2, abril-junio de 1988). P. 36

mucho más de tres años de calendario, y que por todo ese tiempo habrá de mantenerse el complejo y laborioso sistema de prestación de servicios, por una parte, y de administración, control y supervisión, por la otra. De todo ello proviene la cautela empleada en la aparición de esta medida en otros países, como también entre nosotros bajo la reforma de 1983: sustitutiva de un año de prisión. Quizás un año es poco; seguramente tres años son demasiado. Hay, desde luego, otros supuestos que mueven a reflexión y preocupación en este mismo ámbito.

Un segundo ejemplo: sustitución de cinco años de prisión por semilibertad. Son varias las especies del género semilibertad en el código de 2002: externación durante la jornada de trabajo (quizás se quiso decir: durante la semana, como lo dice el ordenamiento anterior), con reclusión de fin de semana; salida de fin de semana con reclusión durante el resto de ésta; salida diurna con reclusión nocturna (que sería la verdadera externación durante la jornada de trabajo) y salida nocturna con reclusión diurna (artículo 35). Esta última no figuraba en el código de 1931-1999. La semilibertad, muy útil en sí misma, obedece a cierta lógica interior: facilitar el reacomodo social y evitar la contaminación carcelaria. En este sentido, se debe recurrir a ella. Ahora bien, la medida también trae consigo actividades que entrañan riesgos y problemas; por ello no conviene extremarla, colocarla en predicamento, llevarla demasiado lejos en el tiempo y, por lo tanto, en la molestia y en el peligro.

La ley no dice cual es la equivalencia del tiempo de semilibertad con respecto al tiempo de prisión, pero se puede suponer -a falta de disposición expresa en otro sentido- que un día de semilibertad equivale a uno de prisión, a diferencia de los dos días recogidos expresamente por el anteproyecto del Instituto de Investigaciones Jurídicas. No habría razón para disponer otra cosa y prolongar aquélla por más tiempo, sustrayendo del cómputo los momentos en que el sujeto se halla fuera de la prisión: se trata, precisamente, de que invierta una buena parte de su tiempo extramuros.

Si se piensa en una semilibertad que consista en salida (excarcelación) diurna con reclusión nocturna, como podríamos pensar -para los efectos de estas observaciones- en cualquier otra variante. De ser aquello, reflexionemos en lo que significa -para todos: reo, autoridad, familia, sociedad, empleador- que el sujeto salga de la cárcel todas las mañanas y regrese a ella todas las noches (inclusive los fines de semana, en esta hipótesis precisa), durante nada menos que cinco años. El mero enunciado de la situación permite advertir sus riesgos y deficiencias. Por ello resultaba sensato limitar la semilibertad a tres años, como lo dispuso la creativa reforma de 1983, y además reconocer que día de semilibertad extinguiría dos de prisión, como lo propuso el anteproyecto del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Una propuesta interesante, es el trabajo en beneficio de la víctima. Existen otros puntos vinculados con los sustitutivos, que por ahora quedarán en el tintero. Uno de ellos debe ser destacado, sin embargo. Me refiero al ya mencionado trabajo en beneficio de la víctima, que no

existía previamente en la legislación del Distrito Federal y que constituye una sanción de reciente ingreso al catálogo de sanciones.³³⁴ En cuando al tema completo de la víctima del delito, que por fortuna ha adquirido mayor dignidad, respetabilidad y atención en los últimos años, conviene subrayar que entre los nuevos equilibrios, virajes o reorientaciones del sistema penal figuran, con particular apremio y justicia, los que recojan y resuelvan los intereses legítimos de la víctima. Hay diversos caminos para hacerlo, y al mismo tiempo procurar una solución conveniente y equitativa del suceso penal.

En este contexto, habría que mejorar y avanzar los medios de "reencuentro" entre delincuente y ofendido, víctima y victimario, a través de mediación, conciliación, composición, reparación, reconciliación, etcétera.³³⁵ Y por ende, habría que conformar a este propósito no pocas soluciones penales sustantivas y adjetivas. El código de 2002 no lo hizo, al desechar avances plausibles que ya se encuentran en ordenamientos locales y que figuraban en el anteproyecto penal del Instituto de Investigaciones Jurídicas: uno de ellos, la eficacia extintiva de la conciliación; otro, el régimen de reparación del daño, al que adelante me referiré.

El código de 2002 caracteriza al trabajo en beneficio de la víctima del delito como "la prestación de servicios remunerados, en instituciones públicas, educativas, empresas de participación estatal o en empresas privadas, en los términos de la legislación correspondiente" (artículo 36). Queda pendiente, pues, una legislación que detalle esta materia, y que habrá de ser, al menos en parte, la anunciada ley que establezca el Fondo para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito, que la Asamblea Legislativa debió expedir en septiembre de 2002 (artículo 2º. transitorio del decreto correspondiente al nuevo Código Penal).

Obviamente, el propósito del trabajo que en esta hipótesis desarrolle el sentenciado - diferente del trabajo en favor de la comunidad-, es la utilidad o provecho de la víctima, no la readaptación social del sujeto (aunque se halle asociado a ella y la favorezca); tampoco el beneficio social (aunque el bien particular de la víctima traiga consigo, indirectamente, un bien para la sociedad). Y también parece natural que esa utilidad se vincule a la reparación de daños y perjuicios causados, no a un enriquecimiento de la víctima por encima de lo que sea debido en concepto de reparación. En fin de cuentas, los rendimientos del trabajo del reo se entregarán a la víctima; en otros términos, aquél trabajará para ésta, en correspondencia al mal que le causó.

En esencia, se trataría de un trabajo que no tiene, en sí mismo, trascendencia social, y que tampoco se relaciona con los factores individuales del delito (como ocurriría en el supuesto de medidas laborales vinculadas con el tratamiento en libertad de imputables). Asimismo, vendría a

³³⁴ Fieder Dunkel, "Alternativas a la pena privativa de libertad desde una perspectiva de los países europeos. Problemas metodológicos de la evaluación de la evaluación y resultados de la investigación comparada sobre sanciones", *Pensamiento Penal*, (Culiacán Sinaloa, año 1, núm. 2, abril-junio de 1988). P. 46.

³³⁵ Elías Neuman, *Mediación y conciliación penal* (Argentina, Buenos Aires, Depalma, 1997). P. 60.

cuentas una actividad cuyos rendimientos se entregarían a la víctima, puesto que se trata de "beneficiar" a ésta. En suma, se actualiza un método específico, singular, para la reparación del daño, que en poco se diferenciaría -como no fuese en la imposición del quehacer específico por medio de una sentencia- de la afectación de ingresos del condenado a la satisfacción de los daños y perjuicios causados, como en un caso ordinario de reparación.

La formulación de la medida es defectuosa. Puesto que se trata de servicios remunerados - a cambio de que no lo sean los correspondientes al trabajo en favor de la comunidad-, sería debido ampliar el catálogo de las fuentes de trabajo. En realidad, cualquier actividad laboral lícita devendría admisible, y no sólo las acotadas, en cuatro categorías deficientemente caracterizadas, en el artículo 36.

Lo característico de esta medida, que en tal sentido difiere en sus expresiones y propósitos de cualquier otra sanción penal, es que establece un vínculo inmediato, directo y continuo entre víctima y victimario, por cuenta y orden del Estado, y en que ese vínculo jurídico entraña para el victimario una posición de servicio o beneficio explícito en favor de la víctima: aquél, en suma, trabaja para éste. Este fenómeno de enlace entre víctima y victimario, mirado a través del supuesto ordinario de reparación del daño, tiene otro carácter: se aproxima más al pago de una deuda -como efectivamente ocurre- que a una servidumbre penal.

Habrá que observar cercanamente la aplicación de la nueva medida -más allá de sus virtudes en el discurso penal- para ponderar sus ventajas. Estas son las mismas desventajas, vistas desde una perspectiva diferente: bien que el victimario resarza a la víctima, pero no tan bien -probablemente- que en ese resarcimiento se cree una situación ambigua y potencialmente irritante, sobre todo cuando existe, para alcanzar lo uno y evitar lo otro, el régimen de reparación del daño. En fin de cuentas, hay que explorar la utilidad de la nueva sanción -cuidadosamente organizada, para extraer de ella los mayores dones-, que tiene expresiones importantes en Derecho comparado y cuenta con defensores calificados.³³⁶ Una vez más, el éxito de esta frase del discurso penal dependerá de la eficacia del sistema ejecutivo: será la palabra final y decisiva en ese parlamento.

De igual forma, la reparación de daños y perjuicios se constituye en una propuesta pertinente en materia de sustitutivos de la pena de prisión. El delito causa un daño social, y a menudo un daño particular que afecta los bienes de cierto individuo -el ofendido, la víctima- y del que se desprende la obligación de reparar, exigible en sede jurisdiccional. La relación resarcitoria entre el ofendido y el infractor se resuelve en la reparación del daño. Valga decir desde ahora que el ofendido espera y merece una satisfacción por la violencia de la que ha sido víctima. Ciertamente, requiere la condena del responsable y la aplicación y ejecución de la pena

³³⁶ Roxin, op. cit. P. 103 y 104

correspondiente, pero esto no lo libera de la necesidad de reparación, que debiera ser para aquél la primera función de la justicia penal. Uno de nuestros antiguos tratadistas dijo, con razón, hace más de un siglo: "Sin la facultad de obtener una reparación del perjuicio, es, para el ofendido, de importancia secundaria que se castigue al delincuente".³³⁷

Antes -y ahora mismo en muchos países, acaso la mayoría- se concibió la reparación o resarcimiento como consecuencia civil del delito, aunque también se ha expuesto su probable naturaleza de sustitutivo de la pena de prisión cuando la consecuencia de reparar es, precisamente, la exención de aquélla. No abundaré en esta cuestión. El resarcimiento es reclamable en vía penal, habida cuenta de la fuente de la obligación reparadora y de la conveniencia práctica de exigirla por la misma vía en que se tramita la pretensión punitiva, y no desplazarla a otra vía paralela o consecutiva a aquélla. Nada impide, en efecto, que el juez penal conozca de ambas pretensiones y resuelva sobre ellas en una sola sentencia: en tal sentido milita el interés social, encauzado como interés de la sociedad en la legítima satisfacción del ofendido. Así, la reparación queda como Derecho del titular del bien jurídico vulnerado, de una parte, y como deber del reo ante aquel sujeto (o ante el Estado, inmediatamente, y mediatamente ante el ofendido), de la otra. El Estado actúa como facilitador del cumplimiento. Pone a su servicio el aparato de la justicia penal, nada menos.

El código llamado clásico, de 1871, sostuvo el carácter civil de la reparación y destinó a ésta una porción especial del ordenamiento, fuera del asignado a las penas en sentido estricto. En la legislación de 1929 varió este régimen. Se introdujo la posibilidad de que el Ministerio Público reclamase el resarcimiento, en sustitución de la víctima. Los autores del código de 1931, que determinó el rumbo general de la legislación penal mexicana en esta materia y en prácticamente todas, optaron por una solución diferente: concebir la reparación como pena pública, y conferir al Ministerio Público, en consecuencia, la potestad exclusiva de reclamarla en ejercicio de la acción penal. Estos conceptos ocasionaron, junto con otros factores, el declive del ofendido en el procedimiento penal. A este resultado se añadió otro efecto deplorable del mismo sistema: la generalizada frustración resarcitoria, o dicho de diversa manera, la ineficacia completa del régimen adoptado, en perjuicio de aquel a quien se quería proteger: la víctima.

Para instalar el sistema referido, el legislador de 1931 hizo ver que la víctima solía ser incompetente para reclamar sus derechos. Era, a menudo, ignorante, menesterosa o medrosa. En consecuencia, debía ser relevada por quien no ofreciera esos flancos débiles: una institución poderosa, parte del Estado mismo, capaz de librar la batalla con buenas posibilidades de éxito: el propio Ministerio Público, investigador, perseguidor y monopolizador de la acción penal conforme a la interpretación dominante del artículo 21 constitucional. La forma de lograr esto fue la que antes

³³⁷ Ignacio Mariscal, "Exposición de motivos", *Código de Procedimientos penales de 1980*. s. f., P.7

indicamos: la reconcepción del resarcimiento como pena pública, consecuencia del delito que posee el carácter de otras figuras de este mismo género. Si la reparación debía correr dentro de la pretensión punitiva, y no dentro de una pretensión resarcitoria separada y relativamente autónoma, la correspondiente exigencia quedaría en las manos del único sujeto que puede, legalmente, asumir la persecución del delito y demandar la imposición de penas.³³⁸

La absoluta decadencia del ofendido dentro del proceso penal condujo, muy lentamente, a la adopción de medidas legislativas más razonables y eficaces desde el doble ángulo de la buena marcha de la justicia y del adecuado reconocimiento de los intereses naturales y legítimos y, en tal virtud, de los correspondientes derechos materiales y procesales del ofendido. Son diversas las manifestaciones de este propósito reivindicador del ofendido y, por lo tanto, reequilibrador del proceso.

Entre esas manifestaciones reivindicadas del ofendido figuran: a) vinculación de la garantía patrimonial de la libertad provisional a la reparación del daño; b) introducción del concepto de perjuicio -antes y después del traspie que sufrió esta materia en la reforma constitucional de 1993-;³³⁹ c) ampliación del ámbito de coadyuvancia en la ley secundaria;³⁴⁰ d) elevación de ciertos derechos del ofendido -o de la víctima, se dice, confundiendo lo que no debiera ser confundido: estos conceptos no son sinónimos- al rango de derechos constitucionales, en dos capítulos sucesivos, el más reciente de los cuales, en el 2000, introdujo un apartado B) al artículo 20 constitucional³⁴¹ -que alude expresamente al Derecho a la reparación del daño, con una fórmula muy cuestionable-, y e) posibilidad de que el ofendido impugne jurisdiccionalmente las resoluciones del Ministerio Público sobre no ejercicio y desistimiento de la acción penal.

Muchas de las medidas adoptadas han sido cuestionadas; las reformas al artículo 20 constitucional no son la excepción. Empero, el conjunto instaló una muy pertinente tendencia a exaltar los derechos del ofendido, que más allá de las declaraciones favorables demanda instrumentos procesales concretos que permitan lograr los efectos apetecidos. En el contenido del artículo 20 destaca un punto esencial: el ofendido tiene Derecho a la reparación. Si esta reparación no puede ser directamente reclamada al Estado -a no ser que venga al caso la responsabilidad solidaria o subsidiaria de éste por la conducta de sus servidores-, sino debe serlo al responsable individual de la conducta punible, es preciso que el Estado expida las normas adecuadas -sustantivas y procesales- para que ese Derecho se realice en la mayor medida posible. De lo

³³⁸ La ley penal mexicana, (México, D.F., Botas, 1934). Pp. 115 a 117

³³⁹ Sergio García Ramírez, *El nuevo procedimiento penal mexicano*, 3ª edición (México, D. F., Porrúa, 2001). Pp. 76 y 77

³⁴⁰ Sergio García Ramírez, *Justicia y reformas...*, op. cit. P. 36

³⁴¹ Sergio García Ramírez, *El nuevo procedimiento...*, op. cit. P. 128 y ss.

contrario, la declaración enfática se enfrentará a una todavía más enfática resistencia de la realidad, como hemos visto en el curso de muchas décadas.

A la luz -o bajo la sombra, mejor dicho- del fracaso general, persistente y probado del régimen suscrito en 1931, se estimó indispensable revisar los conceptos aportados por éste y procurar soluciones más realistas y convenientes. Esto llevó a proponer y conseguir en algunos códigos sustantivos, aisladamente, la restitución del carácter de consecuencia civil del delito a la reparación de daños y perjuicios.³⁴² En los últimos años, la corriente de renovación se expresó -entonces sin éxito- en el proyecto de Código Penal para Veracruz, de 1979; lo que éste ensayó, de *lege ferenda*, lo consiguieron, de *lege lata*, los códigos penales para Morelos y Tabasco, venciendo reticencias y resistencias absolutamente injustificadas en la hora actual. Replanteado así el tema penal sustantivo -no como punto de doctrina, sino como punto de justicia estricta y conveniencia notoria-, había que reelaborar, con mayor libertad, el tema adjetivo.

El replanteamiento procesal conduce a la devolución al ofendido de la acción resarcitoria. Se entiende que en las circunstancias sociales del presente, que no son las mismas de 1931, el ofendido podría actuar en este campo -generalmente o a menudo- con los conocimientos, la energía y el interés necesarios para obtener sentencias favorables. El hecho de que el ofendido sea procurador de sus propios intereses y derechos, introduciría una vena de mayor dinamismo en el proceso, y contribuiría a la realización de los propósitos y los derechos contenidos en las declaraciones sobre coadyuvancia y reparación del daño en el nuevo apartado B) del artículo 20 constitucional. Carece de sentido asegurar un Derecho a la reparación si no se provee el medio eficaz -eficaz en la práctica, no apenas en la teoría- para obtenerla.

Establecido que la reparación no es pena pública, sino consecuencia civil, y que por ello el ofendido puede plantear la acción resarcitoria directamente ante los tribunales -y no permanecer a la expectativa, como testigo de su propio caso-, también parecía conveniente explorar y evitar los problemas que advirtió el legislador de 1931. En otros términos: hubiera sido indeseable acogerse a una sola forma de reclamar el daño, cuando era posible adoptar más de una, sumando ventajas, y avanzar considerablemente en la obtención del fin perseguido. Así las cosas, en los códigos penales y procesales penales de Morelos y Tabasco,³⁴³ y luego en los proyectos de la misma materia para la Federación y el Distrito Federal elaborados en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, se previó una acción resarcitoria principal del ofendido y una subsidiaria, forzosa y oficiosa, del Ministerio Público. De esta suerte, se asociaron las virtudes de ambos sistemas y se ensancharon las posibilidades de reparación de daños y perjuicios. El proyecto del Instituto de

³⁴² Cfr. Instituto Mexicano de Derecho Procesal, *Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal* (México, D.F., Publicaciones de la Revista de la Facultad de Derecho, 1967). Pp. 162-166.

³⁴³ Cfr. Sergio García Ramírez, *El procedimiento penal en los estados de la República. Los casos de Guerrero, Morelos y Tabasco* (México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Gobierno del Estado de Tabasco). Pp. 18 y 187 y ss.

Investigaciones Jurídicas, que sistematizó correctamente la regulación de la materia, destinó un título específico, el número IV del libro primero, a la "Responsabilidad civil derivada del delito".

Por todo lo anterior, que no sólo recoge la reflexión doctrinal y técnica, sino la experiencia constante de la función penal en tres cuartos de siglo, cuyos logros y defectos son perfectamente conocidos para teóricos y prácticos, es por lo menos extraño que el Código Penal de 2002 haya renunciado al progreso -que en otros aspectos acepta- y persista en la solución más ineficaz y conservadora, que se abstiene de motivar. En los términos del artículo 37 de ese nuevo ordenamiento -antiguo o anticuado, sin embargo, por la orientación adoptada en este extremo-, "la sanción pecuniaria comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica". En el primer caso, la multa, el nuevo código sigue puntualmente la disposición innovadora de la reforma de 1983 acerca de días multa, que se ha fortalecido en el Derecho penal mexicano y que debiera ser mejorado para satisfacer más ampliamente las exigencias de la equidad. En el segundo, insiste en el yerro del código de 1931. En el tercero, conserva un mal legado del código de 1931-2000, especie sancionadora.

Hay otros desaciertos técnicos en el sistema de la reparación, y algunos aciertos que también es debido mencionar. Entre estos últimos figuran: a) la responsabilidad solidaria del gobierno del Distrito Federal "por los delitos que cometan sus servidores públicos, con motivo del ejercicio de sus funciones" (artículo 46, fracción IV), sin distinguir entre delitos dolosos y culposos, a diferencia del código de 1931-2000, en la inteligencia de que debiera entenderse -por encima de las dudas que suscitan las expresiones poco claras de los artículos 46 y 48, segundo párrafo, que la reparación en estos casos no queda supeditada al reglamento que sobre el particular expida el jefe de gobierno; b) la forma de hacer efectiva la reparación del daño, que se asimila al procedimiento económico coactivo que rige para la multa (artículo 49), como ya disponía la legislación precedente; y c) la creación del Fondo para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito (artículos 41, 50 y 51), a reserva de conocer las características precisas de esta nueva institución.³⁴⁴

En cambio, no son aciertos: a) la omisión de referencia al daño material causado, que no se confunde exactamente con el restablecimiento de las cosas al Estado en que se encontraban, o con la restitución de la cosa indebidamente obtenida o el pago de su valor actualizado (artículo 42); b) la atribución del carácter de reparación del daño moral (entendido, clásicamente, como *pretium doloris*) al "pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima" (artículo 42, fracción III); y c) la distinción entre resarcimiento de perjuicios, por una parte, y pago de salarios o

³⁴⁴ Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología. Estudio de la Víctima*, 3ª ed. (México, D.F., Porrúa, 1996). P. 356.

percepciones no recibidos por la víctima cuando "por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión", por la otra (artículo 42, fracciones IV y V).

Como antes se indicó, el ordenamiento del año 2000 incluye entre las especies de sanción pecuniaria a la llamada "sanción económica". Desde 1983 se inició una corriente legislativa de gran severidad en torno a los delitos cometidos por servidores públicos. Este énfasis persecutorio se plantea en distintas hipótesis y obedece a diversos motivos. En algunos casos -cada vez más-, se califica el delito en función del carácter de servidor público del sujeto activo, tomando en cuenta que esta condición le obliga a la más rigurosa observancia de la ley, sobre todo cuando se le han confiado tareas que incumple o desvía. En otros casos, que son los que ahora interesan, se han creado tipos penales y establecido punibilidades severas en lo que respecta a delitos contra el servicio público en general, y específicamente en lo relativo a la procuración y administración de justicia. El saldo de la realidad, al cabo de varios lustros de vigencia de estos tipos, no parece acreditar la eficacia de las medidas penales. De nueva cuenta habrá que reconocer que el Derecho penal, último recurso, no exime de emplear los "otros recursos", que son -o debieran ser- invariablemente los primeros en la lógica del Estado y del servicio.

El rumbo tomado por la ley penal en esta materia se caracteriza por constantes adiciones que tienden a extremar el rigor punitivo. Para ello se ha modificado principios tradicionales del sistema penal, como la presunción de inocencia y la carga probatoria. Igualmente, se ha establecido un marco específico -e innecesario- de individualización judicial. Asimismo, se ha reducido o condicionado la aplicación de beneficios legales a los servidores públicos responsables de ciertos delitos. Finalmente, se ha ideado sanciones específicas al lado de las tradicionales u ordinarias. Es esto, precisamente, lo que ocurre en el supuesto de la llamada sanción económica, cuya mera designación entraña un error: todas las sanciones pecuniarias tienen carácter económico, y la que ahora nos ocupa es solamente una especie de este género.

La sanción económica consta en el código de 1931-2000, que en el enunciado de la sanción pecuniaria deslindó la multa de la reparación del daño, y ambas de la sanción económica, pero en la regulación de la materia colocó a la sanción económica dentro de las normas referentes a la multa (artículo 19, penúltimo párrafo). Este aparente desliz puede tener una explicación plausible: la sanción económica es, en realidad, una forma de multa con un rasgo distintivo: ser evidentemente desmesurada, al menos potencialmente. En principio, pudo agravarse la multa correspondiente a los delitos de servidores públicos que interesaba sancionar, pero difícilmente se hubiese podido hacer en los términos que resultan de la acumulación de multa y sanción económica a la que se llegó en esta hipótesis mediante la mera suma de sanciones de la misma naturaleza. La desmesura hubiera sido excesiva.

El código del año 2002 sigue esta corriente. Hecha la distinción entre multa, reparación y sanción económica, todas a título de sanción pecuniaria (artículo 37), destina un artículo a establecer en

qué consiste y cuándo se actualiza la económica: "consiste en la aplicación de hasta tres tantos del lucro obtenido y de los daños y perjuicios causados" cuando vengan al caso los delitos a los que se refieren los títulos décimo octavo y vigésimo del libro segundo (artículo 52), esto es: "Delitos contra el servicio público cometidos por servidores públicos" y "Delitos cometidos en contra del adecuado desarrollo de la justicia cometidos (*sic*) por servidores públicos".

La draconiana legislación -que una vez más se nutre con la idea, ampliamente propalada en la opinión pública, de que la multiplicación y elevación de sanciones en la letra de la ley tendrá el efecto de suprimir la impunidad y abolir la corrupción- permite sumar el lucro obtenido y los daños y perjuicios causados, es decir, el enriquecimiento que hubiese alcanzado el delincuente como producto de su comportamiento ilícito y el quebranto patrimonial que hubiera padecido el ofendido. Una vez sumados, pues, el enriquecimiento y el quebranto -sin mirar que en ocasiones se trata sólo de dos caras de la misma moneda-, hay que multiplicar por tres el resultado de la suma, para alcanzar el monto máximo de la sanción pecuniaria. Se dice "máximo" en virtud de que el artículo 52, que define esa sanción, señala que se aplicará "hasta tres tantos" de la suma; por lo tanto, es posible que se aplique una cantidad menor, e incluso ninguna. No existe discrecionalidad semejante en el manejo de otras punibilidades, salvo en los casos de perdón judicial.

Es evidente que existen en prisión muchos delincuentes que aún pueden ser rescatados para su resocialización. A favor de ellos se deberían modificar la Constitución general de la República y las leyes de ejecución de sanciones de los estados federados, para introducir nuevos beneficios y medidas alternativas a la detención, tomando como base la corta duración de la condena, la estructura de personalidad del reo, sus anhelos de superación y la reparación del daño, toda vez que los efectos negativos connaturales a la privación de la libertad en prisión, causan mayores perjuicios al detenido, a su familia y a la sociedad.

Es evidente que la prisión, como estandarte punitivo, permanecerá vigente todavía por algún tiempo. Sufrirá: reformas en detrimento; proliferarán las cárceles de máxima seguridad, que serán reservadas a los incorregibles a los refractarios al tratamiento penitenciario; se abrirán para los reos de mínima o media peligrosidad; se restringirán las medidas alternativas a la detención, o surgirán nuevos sustitutivos penales, pero a fin de cuentas, las prisiones seguirán vigentes en el siglo XXI.

Por lo que hace a la readaptación del condenado, habrá que señalar que falta algo, pues debe readaptarse para algo; es decir, la adaptación del condenado a una vida sin delinquir. Sin embargo, la fórmula de readaptación es ilusoria, por que muchas veces nuestros "clientes" son gentes que nunca han sido adaptadas a la vida; entonces, lo primero que habrá que hacer es *adaptarlos*, es decir, hacerlos gentes que obedezcan a las leyes que les prohíben ciertas conductas, pero nada más. Más no se quiere, más no se debe pretender, ni hacerlos mejores ni

morales, ni cristianos ni musulmanes, nada de eso, sino solamente ser aptos para no contravenir las normas.

En este orden de ideas, Manuel Cobo del Rosal y Tomas Salvador Vives, expresan que "[...] Cuando se habla de sustitución de la pena está *evocando* desde siempre una corriente crítica sobre ella y de forma más una posición revisionista del Derecho Penal tal y como es ente la actualidad legislativamente. De manera muy aguda, el criticismo en este punto afecta precisamente a la pena más importante y del sistema jurídico penal, cual es la pena privativa de la libertad, objeto de ininterrumpidos ataques [...]" que ha tratado de crear sustitutivos penales, ofreciendo un catálogo de remedios para que sean evitadas dichas penas privativas de la libertad, y las perniciosas consecuencias que, según se afirma, llevan consigo.

Dos son las alternativas clásicas, planteadas, para evitar la utilización de las penas privativas de la libertad, como régimen de prueba:

- Suspensión condicional del pronunciamiento de la sentencia tras la constatación judicial de la culpabilidad del acusado, el juzgador suspende el pronunciamiento de la pena, imponiendo al imputado una serie más o menos extensa, de condiciones de naturaleza educativa y rehabilitadora, que debe observar bajo control judicial.
- Remisión condicional de la pena (condena condicional). En este sistema probatorio se declara la culpabilidad en la sentencia, que se pronuncia, y se determina la pena que el reo merece, pero se suspende su ejecución condicionándose ésta a que el condenado no vuelva a delinquir en un plazo determinado (en cuyo caso se ejecutaría, con independencia del enjuiciamiento del nuevo delito).

Ante este panorama se proponen las que se denominan "Alternativas superadoras de la privación de la libertad clásica", sobre las cuales comenta: "En este grupo de alternativas innovadoras de la estructura clásica de la privación de la libertad se engloba un muy variado repertorio de sanciones, desde las puramente superadoras de las condicionamientos de la institución carcelaria, hasta las auténticas sustitutivas de la prisión. En muchos casos, su eficacia está todavía sin contrastar suficientemente, por hallarse en fase experimental".

Dichas alternativas superadoras son:

El arresto fin de semana. Desde un punto de vista histórico, esta pena nace como forma de ejecución de las penas cortas de privación de libertad. En la actualidad concebida como pena o como método de tratamiento institucional discontinuo, pretende no desligar los condenados en el cumplimiento de la pena, ni de sus condiciones de trabajo, ni de sus familias y demás relaciones propias de sus ambientes cotidianos, sin que ello menoscabe en modo alguno los criterios de prevención especial. Para lograr estos objetivos, el arresto fin de semana fracciona la ejecución, haciendo que el condenado ingrese en un establecimiento carcelario cerrado, los días que

normalmente dedica al ocio, fines de semana. Este sistema, se espera que sea el gran sustituto de las penas cortas de prisión que tan perniciosos efectos han producido.

La semidetención y la semilibertad. Dos instituciones paralelas, semidetención y semilibertad, conjugan la obligación de permanecer un número de horas al día en el centro de detención con la posibilidad de dedicación al trabajo o a tareas de readaptación social. Ambas tienen actualmente gran trascendencia como formas de transformación de las penas privativas de libertad, si bien su esencia y funcionamiento práctico son diversos: la semilibertad supone un Estado de detención previo, y significa el paso de la detención plena a la libertad, en tanto que la semidetención presupone, el Estado de libertad, del que significa una limitación. La semilibertad constituye la fase final de la estancia en prisión, una "preparación" del detenido a la libertad, el paso de un tratamiento en un medio cerrado a un tratamiento resocializante en medio abierto.

El trabajo correccional en libertad. Prácticamente todas las legislaciones penales de los países desarrollados contemplan la eficacia resocializadora del trabajo, regulando tanto su prestación dentro de las prisiones como instituciones alternativas a la privación de libertad que se basan en la prestación de trabajos. Éstos pueden ser compatibles con un internamiento parcial y pueden ser independientes de toda detención, cumpliéndose esta última modalidad conforme a dos grandes modelos: el trabajo de utilidad social o un provecho de la comunidad y el trabajo en libertad, normalmente en el mismo lugar de trabajo, con reducción de salario, propio de los ordenamientos penales de los países socialistas.

Diversión. Esta denominación engloba diversas instituciones que permiten al imputado lograr el sobreseimiento del proceso por el ministerio público, con la condición de tomar a su cargo determinadas obligaciones, de carácter rehabilitador. Suele presentarse bajo las formas de suspensión de la persecución o transacción entre el ministerio público y el culpable del hecho, siempre en atención a la escasa entidad del hecho delictivo y a la personalidad del delincuente, en aplicación del principio de oportunidad".

El perdón judicial y otros mecanismos de renuncia a la pena Consiste en que el juez tienen facultades extraordinarias en orden a individualización de las consecuencias jurídicas de cada hecho delictivo. En determinados casos, si el culpable es menor de dieciocho años y la condena a imponer es menor de dos años de privación de libertad, constatada la culpabilidad e impuesta la pena, el juez debe perdón al reo, declarando el delito y la responsabilidad extinguidos, siempre que se considere que el delincuente merece ese perdón. Otras instituciones similares son el descargo absoluto o condicional por el que el Tribunal no pronuncia la pena, una vez que el inculcado se reconoce culpable, por considerar que no le es necesaria ya, y lo dispensa de pena.

La binding over. El reo debe depositar una cantidad de dinero, que le avale en concepto de fianza, en algunos casos en los que; sentencia obliga únicamente a un comportamiento correcto

durante un tiempo determinado. Si infringe ese comportamiento, pierde la fianza y por ende recibe la sentencia adecuada".

Aplicación de penas y consecuencias accesorias. En el proceso de sustitución de penas privativas de la libertad por otras sanciones igualmente eficaces en la lucha contra el delito, en los últimos años han ido reconociendo, en las diversas legislaciones accesorias como penas principales. Ejemplo de ésta, es la privación del permiso de conducción, la inhabilitación para ejercer una profesión u oficio, etcétera. La pena de multa. Concedida como multa global, o conforme al modelo escandinavo de días-multa, esta sanción es una gran sustitutiva de las penas privativas de libertad inferiores a seis meses, a excepción del ámbito jurídico socialista, donde se le tienen "reservas ideológicas".³⁴⁵

Jorge Kent, es director del Patronato de Liberadores en Buenos Aires (Argentina). También suministra en su obra *Sustitutos de la Prisión* las ideas que se resumen en la forma siguiente: "[...] Sea como fuere, en muy buena parte del espectro se tiende palpablemente a la *desinstitucionalización* de las prácticas penales, esto es, a la *disminución de la prisión*, al acortamiento de las sentencias privativas de la libertad y a la utilización de otras medidas que no conllevan la pérdida de tan esencial Derecho.

En esta inteligencia, bien vale la pena iniciar un somero derrotero por las diferentes respuestas que han sido ofrecidas en algunos países en cuanto al otorgamiento de una indulgente reacción a la obstinada plica en procura, desde tiempo atrás, de ubicar el cumplimiento de gran fragmento de las penas en el propio contorno de la comunidad.

Quiero señalar, previo a todo, que algunas de las experiencias [...] han sido vividas personalmente en oportunidad de concretar visitas a instituciones especializadas de algunas regiones [...]

[...] *La aplicación de multas*, en desmedro de la prisión, ha ido una constante observada en Finlandia, particularmente en el delito de robo, representando el 90% de todas las sentencias dictadas por los tribunales [...]

No ha sido extraña a este benéfica práctica de la República Federal de Alemania, muchas de cuyas *sentencias breves se sustituyeron por multas*, guardándose una adecuada proporción en función de los ingresos y bienes del autor, al punto tal que dicha actividad judicial aprehendió el 83.1 % de todos los pronunciamientos correspondientes al año de 1977.

[...] Al introducirse el sistema escandinavo de los días-multa, en el del tradicional de la suma total, la pena pecuniaria está en condiciones de complacer mejor los cometidos más trascendentales e le incumben a la moderna administración del Derecho Penal.

Puede concedérsele al condenado *facilidades de pago* y en lugar de una pena pecuniaria incobrable, se impone -incluso en el supuesto de imposibilidad no culpable se abona la-pena

³⁴⁵ Carlos, García Valdés. "Alternativas legales a la privación de la libertad clásica", en *Poder y control*. op. cit., P. 89 y ss.

privativa de "libertad sustitutoria", correspondiendo un día multa a un día de pena privativa de la libertad. El legislador, por otra parte, no previó la suspensión condicional de la pena pecuniaria.

La suspensión condicional de la pena -siguiendo la realidad germana-, destinada a contrarrestar el cumplimiento de la pena privativa Libertad, está estructurada en tres grados [...]

[...] *La pena privativa de la libertad*, de escasa duración, que antes constituía la regla, es ahora, la "*última ratio*" y tan sólo puede aplicarse si circunstancias que pueden radicar en el hecho (v.gr.) un alto contenido del injusto, o en la personalidad del agente activo, por ejemplo, tendencia criminal tornan imprescindible su imposición para influir sobre el sujeto defender el orden jurídico

Además, la vigilancia del comportamiento, ha desplazado la vigilancia de la policía [...]

Refiriéndome al Reino Unido, expliqué "[...] otra institución [...] es la "*probatio*" que supone hallar culpable a una persona por el delito cometido, diciendo la Corte, son sustento en una serie de circunstancias fácticas y jurídicas, que el encarcelamiento no constituye la solución más adecuada para su tratamiento, sustituyéndolo por otras medidas alternativas. Si aún el Tribunal considera que el susodicho criterio no es el más acertado y que el justiciable reclama más ayuda que castigo, entonces determina su sometimiento a la supervisión de un oficial de *probatio*.

En todas las hipótesis, trátase de un sistema más flexible, con una vigencia de seis meses a tres años y sujeto a cualquier tipo de condiciones tales como la exigencia de que su destinatario viva en albergue determinado que se someta a un tratamiento médico específico, que no resida en un sitio, que resida con alguien en particular o que no conviva con cierta persona.

Es el juez quien otorga el probatio y estipula las condiciones bajo las cuales ha de cumplirse, erigiéndose en una suerte de contrato en el magistrado y el sentenciado [...].

Por lo demás, es uno de los cincuenta y seis condados de toda Inglaterra, media el funcionamiento de un "Comité de probatio"; integrado por magistrados que no son jueces sino que representan a distintos sectores calificados de la sociedad y están asesorados por un abogado sus cargos son *ad honorem* y, en los hechos, emiten su opinión acerca de la procedencia o no de la institución como así también tienen la responsabilidad de emplear a los oficiales de la *probatio*.

[...] También fui anoticiado, dice el autor que citamos, de la mediación de varios albergues para el alojamiento de los liberados denominados *Probations hostels*, muchos de los cuales son controlados por los Comités de Probatio, en tanto otros pertenecen a entidades de bien público los cuales reciben subsidios del *heme office* para tal fin [...] y respaldando el sistema de la *probatio*, dice que es conveniente ya que "a la comunidad también le interesa que sus miembros aunque fueren delincuentes se comporten con probidad y laboriosamente, aspectos éstos que la gratifican económicamente pues, en cuanto el recluso representa una carga de envergadura el sometido a un régimen de prueba pueda, con su propio esfuerzo, ganar su sustento y el de su propio conviviente, implicado ahorros de envergadura pues el sistema incluso mejor estructurado resultada ser menos costoso que el tratamiento en el seno de la prisión".

Para el tratadista, "la vasta experiencia de los estados Unidos de Norteamérica es rica en la utilización de *programas sustitutivos* de la reclusión [...] así, al margen de instituciones bien conocidas y ensayadas como son la *release on Parole*, se han ido activando otros programas alternativos tanto a nivel federal, cuanto local y municipal, *recurriéndose al estimable apoyo de entidades públicas y privadas* [...]

Entre los ejemplos de la comúnmente denominada *Community Service*, se encuentran el *Community Testitution- in Service Program* (CRISP) a la que concurren *agencias privadas*; la *Community Subidies*, tendientes a disminuir la población carcelaria mediante alternativas locales a la encarcelación. Su comienzo se ubica en el año de 1966 en California y consiste en el pago que el Estado realiza en favor del respectivo condado por cada persona -adulto o joven- que es removida de la prisión o instalada en un *programa de vigilancia comunitaria* [...].

Las muy divulgadas *halfway houses*, particularmente en los últimos 20 años, han contribuido a acrecentar la reintegración de los penados antes de completar el período total de las penas. *Se han fundado más de 2,200 de estas residencias* [...].

Y concluye:

"[...] La nueva defensa social según Beristain, va consiguiendo -dentro de los límites humanos- transformar por la resocialización las cárceles, los reformatorios y centros de trabajo. En leyes especiales procura inyectar esa savia juvenil que supera tecnicismos excesivos y anquilosamientos mortales y, sobre todo, empieza a convencer a los penalistas de que lo que sucede en las prisiones es decisivo para la evolución auténtica del Derecho Penal. El espíritu de la Nueva Defensa Social -anterior y más extenso que sus estatutos- va extendiendo la condena condicional bajo la forma angloamericana o franco belga [...]"

Advierto dos cosas muy importantes:

a "[...] En cuanto a cierta modalidad de las medidas sustitutivas, cual es la de confiar la supervisión a los funcionarios de policía o combinarla con la reclusión en la cárcel, si para conseguir los plácemes de la opinión pública a atenuar el rigor presupuestario, fuere necesario recurrir a tales aportes, más retrasar la implantación del régimen de prueba, que a falsear su carácter".

b "Ultimando estas disquisiciones, debo aceptar que, hoy por hoy, las investigaciones son demasiado limitadas para arribar a una conclusión convincente sobre el éxito alcanzado por estos sucedáneos de la prisión aunque sí puede afirmarse que resultan ser menos onerosos y más humanitarios que cualquier otro género de tratamiento. La predicción efectiva de la recaída en el delito, no ha sido aún alcanzada [...]"³⁴⁶

Por su parte, Ignacio Muñagorri, profesor de Derecho Penal y Criminología de la Facultad

³⁴⁶ Jorge, Kent, *Sustitutos de la Prisión. Penas sin libertad y penas en libertad* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987). P. 68 y ss.

de Derecho de San Sebastián (España) expresa: "[...] Los términos reinserción o reincorporación, en cuanto contenido de la noción de resocialización, plantean la pertenencia a la sociedad, con independencia de la participación en sistemas sociales parciales como familia, subcultura o clase. Este planteamiento muestra una imagen irreal de las relaciones sociales concretas. en este sentido similar, términos como *reeducación* y *repersonalización*, hacen referencia al contenido del tratamiento, de manera que, aceptando la misma finalidad de reincorporación, establecen su realización a través de un contenido educador o personalizado Tal contenido supone una valoración negativa del delincuente en el terreno de la educación y en el plano personal, y plantea unos procedimientos de transformación individual, de cara a la eliminación de ese aspecto negativo según módulos de comportamiento disciplinario y uniforme.

Si penalistas y criminólogos pensamos que el problema penal básico no es el del delito individual sino la delincuencia como fenómeno que se produce en sistemas sociales, que no sólo la originan en gran medida, sino que, incluso, en cuanto desviación, la utilizan organizada y metódicamente; si, por otra parte, se comprueba lo que el tratamiento penitenciario tienen de manipulación de conductas, como modo de control disciplinar, sin que su carácter científico, ni su finalidad resocializadora, garanticen los derechos del detenido; y si, por último, el carácter individualizado del tratamiento hace que éste no modifique la situación y las condiciones sociales del detenido, hay que dirigir el futuro de las soluciones penales en una dirección distinta a la del tratamiento penitenciario.

En este sentido, y junto a la llamada crisis de la prisión, sobre todo en lo referente a las penas cortas privativas de la libertad, se han planteado nuevas respuestas penales que eviten los efectos negativos que se han visto. La multa en sus distintas manifestaciones, la remisión condicional, el sistema de la puesta a prueba, el arresto de fines de semana, la detención discontinua, formas de trabajo de utilidad común, son vías que también ofrecen la ciencia penitenciaria y que junto a la consideración de la delincuencia como fenómeno social, obliga a una solución no estrictamente penal, intentan dirigir la investigación penitenciaria más hacia la libertad y la igualdad de los seres humanos que hacia su represión o marginación [...].³⁴⁷

Existen autores que sostienen que hay una grave crisis en el Derecho punitivo relacionado con las penas privativas de la libertad, especialmente a las denominadas penas de corta duración y que, aunque existen posibilidades de cambio o de sustitución o alternatividad, ese cambio aún es imposible.

Dentro de esta corriente podemos citar a Landrove Díaz, quién sobre el particular expresa: "[...] Ya en el congreso de la ONU de 1955 se elaboraron las denominadas reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos en un intento de superación del crítico momento de unas penas que, en

³⁴⁷ Muñagorí, Ignacio. *Problemas Penitenciarios y amnistía*, Estudios Vascos de Criminología (San Sebastián, Editor Bilbao, 1982). P. 759 y ss.

su concepción y ejecución, permanecían ancladas en el paso. La inmensa mayoría de las legislaciones penitenciarias actuales han acomodado sus preceptos a los principios de 1955, aceptándoles expresamente. Sin embargo, y a pesar de "los años transcurridos desde la redacción de las reglas mínimas de ginebra, su efectiva aplicación es infrecuente. La realidad de muchos de los sistemas penitenciarios nacionales, está construida de espaldas a tan humanitarias precisiones, aunque su Derecho positivo las consagre solamente".

En otro orden de cosas la crisis de las penas privativas de libertad tienen un mayor alcance, No se trata de mejorar estas sanciones, sino que sustituirlas. en líneas generales se afirma que la pena de prisión es nociva para el Estado porque su ejecución ocasiona muy elevados desembolsos, perjudicial para el delincuente ya que su estancia en la prisión puede acabar de corromperlo y lesiva para la familia del recluso por la inasistencia que se deriva del encierro. Sin embargo concluye, *puede afirmarse que las penas privativas de la libertad, en general, parecen de imposible sustitución en el actual momento punitivo. La prisión constituye un medio penal insustituible para el elevado número de delincuentes [...].*³⁴⁸

No se puede dejar a un lado el pensamiento de quienes consideran no simplemente que es muy difícil suprimir la pena de prisión por otras, sino que abiertamente expresan que su desaparición es imposible, al menos en su esencia original.

Pensamiento de esta índole es el de Stanley Cohen, quien dice: "[...] sociólogos, periodistas, políticos y otros, han descubierto con espanto y embarazo que, si se quieren hacer previsiones sobre el posible desarrollo futuro de una determinada institución de la sociedad, se va al encuentro de notables riesgos, Las tendencias pasadas no son necesariamente una guía precisa para valorar los futuras y no siempre es posible prever lo que sucederá confrontando los desarrollos que se han verificado en sociedades diversas, en momentos diversos.

Aún estando consciente de los riesgos que trae consigo la empresa, todavía querría (como parte de un proyecto de trabajo más extenso sobre el control social en las sociedades a nivel industrial más adelantado), construir un escenario para algunos desarrollos futuros del sistema carcelario británico, en base a lo que se ha verificado, o se está verificando, en sistemas penales más avanzados del mundo occidental, en particular el americano. Partiendo de ese presupuesto, espero que el análisis quede preservado de toda fuga a la ciencia ficción en que podría por otro lado caer.

Todo el escenario que se presentó se basa en la presunción fundamental de que el núcleo del sistema carcelario -la reclusión con fines punitivos de los delincuentes en edificios separados del resto de la sociedad- no puede ser cambiado. La prisión es exactamente esto: o se elimina completamente la institución, o bien se le conserva, con todas las contradicciones y paradojas que

³⁴⁸ Gerardo Landrove Díaz., *Consecuencias jurídicas del delito* (Barceloa, Bosch, 1976, p. 67

emergen cuando se trata de reformarla. Aquí no pongo en discusión la oportunidad de estas reformas (excepto que no sean presentadas impropriadamente bajo la coartada de la rehabilitación) ni dudo de la sinceridad de quien las auspicia; lo que pretendo afirmar es que, desde el momento en que las reformas han tendido, según la definición exacta, a *'mejorar una institución'* eliminando o abandonando a una verdadera re-formación de la misma institución. La forma del sistema carcelario -en el sentido en que yo uso este término es semejante a una forma de arte como el cine: se pueden eliminar las imperfecciones (usando por ejemplo equipos más completos, se pueden aportar innovaciones técnicas (color o la tridimensionalidad), también es posible ejecutar ciertas experiencias estéticas radicales (como el surrealismo) pero la forma permanece intacta".³⁴⁹

Y finalmente, no faltan quiénes propugnan por un total abolicionismo del Derecho Penal. Expone Hulsman lo que se transcribe también enseguida: "[...] Las víctimas de la criminalidad o las personas que se sienten directamente amenazadas piden ayuda y protección eficaces. En esto consiste su reclamación. Y, a este respecto, su relación con el sistema actual es compleja. Muchos saben -algunos han hecho la experiencia de ello- que, en su Estado actual, dicho sistema no proporciona ni esa ayuda ni esa protección. Y, por cierto, lo que ellos piden es un cambio de la situación actual. [...] A causa de la ineficacia comprobada del sistema penal oficial, muchos llevan a cabo, de manera espontánea, un cambio en la práctica de su propia vida, sea para disminuir una parte de riesgos corridos (reales o sobreestimados), sea para hallar ayuda. Es así como las mujeres golpeadas se han agrupado en asociaciones en algunos lugares; como algunos movimientos feministas manifiestan su solidaridad hacia las mujeres violadas como, en el comercio y las empresas, se organizan sistemas contra robos, el fenómeno de la autodefensa punitiva es sólo un pequeño aspecto de un movimiento generalizado.

[...]... Es verdad que algunos de estos grupos, ante los comprobados del sistema penal, reclaman también un reforzamiento del enfoque punitivo. Pero ¿no formulan tal demanda precisamente porque están captados, por lo menos en parte, por el discurso que la institución penal misma divulga en la sociedad?

Es una institución que cree y mantiene la idea -por lo demás enteramente falsa- de que ella puede procurar a las víctimas la ayuda que justamente reclama. La confianza de algunos en el discurso- y éstos confían en él, porque no saben en qué medida esta confianza carece de fundamento- los conduce a pedir un aumento de las manifestaciones del sistema penal. Evidentemente, no poseen una visión de conjunto que permita un discurso alternativo en el marco de un enfoque diferente.

Sin embargo, el conocimiento de lo que verdaderamente buscan las personas que piden un reforzamiento del sistema represivo sostener que es *precisamente el enfoque abolicionista el que*

³⁴⁹ Cohen Stanley, *Un escenario para el sistema carcelario futuro. Los cimenos de la paz*. Siglo XXI, edición español 1981, P. 321 y ss.

les conviene. El enfoque abolicionista coincide con estas personas en que el sistema penal no protege ni ayuda a nadie.

No puede sostenerse que un reforzamiento sería susceptible de aportar más ayuda y protección a las personas que se consideran víctimas o se sienten amenazadas. Por el contrario tal reforzamiento sólo agravaría su situación, ya que en el sistema penal, la víctima no tiene ningún lugar no puede tenerlo [...].

Si se hiciera ver a las víctimas y a las personas que temen llegar a serio, que existen otras vías, diferentes a la vía penal, que les convienen mucho más; si se percataran de que, lejos de desinteresarse de la suerte de las víctimas, aquellos que desean ver desaparecer el sistema penal se interesan por su suerte de manera distinta y mejor, proponiendo una manera más eficaz de hacerse cargo de su problema ¿no renunciarían muchos a una noción tan nociva como estéril? [...]."

El problema carcelario, en buena medida, tiene su origen en la figura denominada *detención preventiva*, prevista en muchos estatutos penales del mundo, dentro de los cuales se cuenta nuestro actual Código de Procedimiento Penal, enumerada dentro de las medidas cauterales, sobre esta figura, y su contribución al problema carcelario, se han pronunciado autores nacionales y extranjeros, así por ejemplo, Tozzini y Arqueros, sobre el particular comentan:

"Si tenemos en cuenta las características especiales que reviste el régimen carcelario para procesados detenidos, no pueden dejar de preocupar estas situaciones que la investigación ha ido poniendo de manifiesto, y que significan para los sujetos un cúmulo de privaciones, sin contar el peligro de la contaminación delictógena carcelaria, sin que se pueda citar en pro, siquiera como paliativo, otro mandamiento carcelario que no sea el del mero encierro".³⁵⁰

Mucho más fuertes son las críticas que hace el profesor Manuel López Rey al abuso de la detención preventiva, cuando observa: "Los casos que a menudo llevan a la violencia y a la criminalidad, tanto dentro como fuera del sistema penal, son los siguientes: [...] el abuso de la detención preventiva, lo que determina que en muchos países miles de personas son enviadas cada año a la cárcel por períodos muy cortos. Un porcentaje elevado de las personas detenidas, no son condenadas y, por consiguiente, en la mayoría de los países no se prevé alguna [...]. Combinando con un procedimiento lento explotado en su propio beneficio por los representantes de la justicia, *el abuso de la detención preventiva explica que en muchos países la mayoría de la población penal está integrada por detenidos que esperan su juicio.* En América Latina, el porcentaje varía entre el 60% y el 80%. El récord pertenece a Venezuela, con un 85% en 1972, seguida por Colombia, Perú y Argentina. En México la situación no es mejor, pero debido a que se trata de un país donde las estadísticas criminales no existen o se publican de manera

³⁵⁰ Carlos Tozzini, y María Arqueros. *Los procesos y la efectividad de las penas de encierro*, (Buenos Aires, Ediciones de Desalma, 1978). P. 50.

fragmentaria, las cifras son difíciles de establecer".³⁵¹

También están los importantes aportes que el tratadista español Miguel Bajo Fernández hace al respecto: "Sobre el problema de la prisión provisional se han hecho en España demasiadas consideraciones de orden teórico y prácticamente ningún estudio estadístico y de campo, que pudiéramos denominar sociológico. En este sentido cobra una enorme importancia a mi juicio el libro editado por el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, titulado "El preso sin condena en América Latina y el Caribe", en donde se hace un estudio estadístico comparativo y legal de 30 países y propuestas para reducir el fenómeno de la prisión preventiva [...] Este importante estudio sociológico pone de relieve que en los países latinoamericanos que siguen el modelo del sistema procesal continental europeo, el número de presos preventivos es sensiblemente superior al de aquellos países latinoamericanos del Caribe que siguen el sistema procesal anglosajón. *Los que siguen el sistema continental europeo reúnen además de concebir la prisión provisional como pena anticipada y tener un proceso excesivamente lento [...]*.

[...] La consecuencia más importante de este estudio es la relación entre el número elevado de presos preventivos y el sistema procesal, y esa conclusión debe de ser, probablemente, extendida a nuestro país [...].

[...] De lo que trata es de advertir que la situación de prisión preventiva es una situación provisional y como tal debe ser considerada y, por tanto, *la excesiva duración de esa situación es realmente injusta en cuanto que conduce a considerar una anticipación de una pena que no se impone en sentencia [...]*.

Este efecto radical del sistema procesal que produce, por complejas razones, una elevada tasa de presos preventivos, exige una modificación del funcionamiento del proceso, quizás de la formación del personal, de jueces y funcionarios y de las propias formas de reacción penal".³⁵²

También son importantes las consideraciones de Emiro Sandoval, quien al criticarlas condiciones a las que queda sometida la persona sobre la que recae una detención privativa, manifiesta: "Obsérvese primeramente cómo, según el artículo 243 del código penal colombiano, si el individuo se halla detenido preventivamente en esta situación se encontraban en 19-81 el 73% de los reclusos)", son sancionables todos los comportamientos suyos que atenten "contra moral", el orden o el reglamento interno. Determinar qué conductas son merecedoras de sanción por "inmorales", "desordenadas o irreglamentarias", es asunto que queda totalmente librado al arbitrio estatal por intermedio de los funcionarios de prisiones, ya que de los dos

³⁵¹ Manuel López Rey, *Algunas observaciones críticas sobre la violencia y justicia*, (Panamá, Instituto de Criminología de la Universidad de Panamá, 1982). P. 73 y ss.

³⁵² Miguel Bajo Fernández, "Administración de justicia y dogmática jurídico penal" en *Crime and criminal policy* (Roma, Julio, 1985). P. 72 y ss.

primeros conceptos ni siquiera existe una definición legal, y el reglamento interno lo dictan los mismos funcionarios".³⁵³

Así pues, si se quiere iniciar una transformación en el campo carcelario, si se quiere ingresar a un mundo más moderno, debe en primer lugar realizarse una transformación radical y efectiva al tratamiento del detenido, quien, como está más que demostrado, permanece privado de la libertad durante muchos meses y años, sin que con respecto a él, por razones apenas obvias, no se puede hacer reglamentación del tratamiento alguno.

El panorama actual se concreta en las siguientes alternativas:

- Primera. La prisión seguirá siendo la reina de las penas con un ascenso cada vez mayor de seguridad tecnológica deshumanizada; el personal continuará dentro del capítulo a que se refiere Raúl Zaffaroni; en lo que llama polinización;³⁵⁴ los derechos humanos de los reclusos seguirán debilitados a pesar de que las agencias protesten constantemente a favor de su defensa; las violaciones se justificarán con principios de legalidad represivos; el síndrome de simulación triunfalista seguirá apareciendo de tarde en tarde; los sustitutos de la prisión crecerán con mucha lentitud y se aplicarán en mínima parte; las medidas de seguridad se harán más represivas (el látigo del control farmacológico) dentro de una aparente suavización legitimante. El delincuente común (el "pobre diablo" del que hablaba López Rey) seguirá siendo el chivo expiatorio; y los delincuentes de crimen organizado y cuello blanco continuarán una lucha en la que frecuentemente quedarán como ganadores. Se hará una afinación aparente hacia la pluralización étnica en prisión; la mujer, a pesar de esfuerzos, seguirá siendo un ser humano de segunda dentro del Derecho de ejecución penal; los marginados continuarán poblando las cárceles en un porcentaje importante. La globalización posiblemente llegará hasta la creación de prisiones internacionales, en las cuales, los núcleos de poder "supranacional" influirán en la ejecución penal.
- Segunda. Tendrá vigencia si se va en busca de las penas perdidas; de estrategias de control social con una perspectiva criminológico-humanitaria, si se superan, como dice Antonio Beristain, las instituciones autárquicas; se aplicarán las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa; se transformarán los paradigmas actuales del Derecho Penal y se llevará un Derecho Penal mínimo; si se aprovecha la fórmula de colaboración ciudadana; así se deja a la prisión como una *ultima ratio*, si se implementan dando facilidad para ello- los derechos espirituales de los prisioneros y si las agencias de protección de los derechos humanos actúan con mayor eficacia y autoridad y, también, si se encuentra el camino de un profundo auxilio a las víctimas del ilícito, y la reordenación

³⁵³ Emiro, Sandoval. *La pena privativa de la libertad en Colombia y en Alemania* (Bogotá, Editorial Temis s.f.). P. 87, 223 y ss.

³⁵⁴ Eugenio Zaffaroni, op. cit.

del Derecho Penal.

- Tercera. Será una prolongación de lo que sucede en la actualidad: por una parte el ascenso en la creación de agencias de protección de los derechos humanos y por el otro, el aumento en el espíritu represivo de la política criminológica-ejecutivo-penal.

Podríamos concluir con la frase de Vincent, citada por Gema Varona Martínez, en su libro *La mediación reparadora* que dice: "el control social es el arte de combinar las clases sociales de manera tal que al menos se ofrezca a la sociedad una dirección hacia un ideal". ¡No destruyamos nuestros ideales humanitarios para el siglo XXI.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Primera. De acuerdo con el proyecto constitucional el Estado mexicano es un Estado democrático de Derecho, por lo tanto, debe estructurar de manera integral una Política Criminal que además del aspecto puramente legislativo, incorpore, estrategias pertinentes para resolver la problemática de la procuración y administración de justicia, así como la relativa a la ejecución de sanciones. En esta virtud, la construcción de las medidas político-criminales de la naturaleza descrita debe ajustarse a los principios de intervención mínima, legitimidad, racionalidad, bien jurídico, ponderación y de legalidad; para reducir la intervención y la gravedad de la mismas a los mínimos racionales.

Segunda. Es evidente, que son diversas las posturas en torno al sentido y fin de la pena como producto de un debate que lleva milenios y corre el riesgo de tornarse interminable; desde luego, cualquiera de las teorías expuestas puede ser asumida o rechazada, dependiendo del punto de partida adoptado y de la sistemática del Derecho penal que se pretenda construir. Pero ahí se agota el discurso, porque en la realidad el sistema penal está diseñado para infligir sufrimiento al condenado, privándolo de sus elementales derechos y deshumanizándolo, como se puede validar empíricamente revisando los modelos de ejecución penal vigentes. Así las cosas, es necesario asignarle a la pena una doble función: teórica y práctica. Desde el primer punto de vista, de acuerdo con el carácter ideológico que quiera imprimírsele al discurso jurídico penal, debe optarse por las teorías de la unión, a partir de las cuales es dable afirmar que en el Estado actual de la cultura humana de la pena es una amarga necesidad (necesidad social: protección de bienes jurídicos) esto es, cumple una función de prevención general; que ella debe de ser justa (principio de culpabilidad) o sea, supone la retribución y debe estar encaminada a la readaptación social del reo (resocialización), lo que equivale a otorgarle como función la prevención especial.

Desde la perspectiva práctica, es indudable que en la realidad se observa una represión penal antidemocrática, inhumana y antirehabilitadora, pues la pena está presidida por la idea de retribución que en muchos casos tiene contenido metafísico; por lo tanto, debe establecerse en el ámbito de las políticas públicas en materia de ejecución penal, los lineamientos que posibiliten la vigencia sociológica de los fines de la pena en los tres niveles estatales para el ejercicio del *Ius Puniendi*.

Tercera. Es pertinente que el abordaje de los problemas de la delincuencia y el penitenciario no sean vistos de manera aislada, sino de manera integral, que abarque todos sus aspectos, para que así pueda garantizarse que realmente podrán alcanzarse los objetivos que plantea la justicia penal. Es decir, la orientación político-criminal del sistema de justicia penal debe

coincidir con la orientación político-criminal que habrá de darle al sistema de ejecución de penas; esto, evidentemente conducirá al cumplimiento puntual de los objetivos de la prevención general y de la prevención especial.

Cuarta. La doctrina nacional coincide que entre los problemas carcelarios más importantes que existen en México, están: la sobrepoblación, la falta de obligatoriedad en trabajo, capacitación y educación del interno, y la ausencia de un servicio civil penitenciario de carrera en el servidor público; lo que genera: contaminación carcelaria, riñas, extorsiones, robo y lesiones entre internos, homicidios, evasiones, corrupción, impunidad, adicciones, ocio, impedimento efectivo en la aplicación de programas técnicos para la readaptación social; hacinamiento en celdas y áreas comunes, con el consiguiente surgimiento de promiscuidad, enfermedades; violación a los derechos humanos de internos y visitantes por parte de la autoridad del centro de reclusión; mala o pésima alimentación, carente de higiene; inmuebles con instalaciones sanitarias eléctricas e hidráulicas deficientes por falta de mantenimiento preventivo y correctivo; Introducción de alimentos, bebidas, drogas y objetos peligrosos para la seguridad de la institución, por parte de visitantes que excesivamente acuden los días permitidos a convivir con sus familiares internos, etcétera; ante esta fenomenología es pertinente la aplicación de penas diferentes a las de prisión, como las pecuniarias en delitos menores: multa, reparación del daño, decomiso; utilización de alta tecnología, como pulseras o "chips" de localización inmediata en faltas no graves, para evitar el ingreso a prisión; impulsar el beneficio de la libertad anticipada; retomar las medidas de seguridad; cárcel abierta; penas alternativas a la prisión, como son: trabajo en beneficio de la víctima, la reparación de daños y perjuicios, el sistema de vigilancia telemática.

Quinta. Teniendo en cuenta la ineficacia histórica de la cárcel como medio par lograr la recuperación social de los delincuentes, y la problemática que generan las penas cortas de prisión ya que no sirven para la resocialización habida cuenta de su ineficacia intimidante y del irreparable daño al individuo y a la colectividad por su estancia en la cárcel; se impone, con urgencia, la búsqueda de otras alternativas, además de las ya existentes, como son: el trabajo en beneficio de la víctima; la reparación de daños y perjuicios; el sistema de vigilancia telemática

La propuesta anterior fue discutida en los I, III, IV y V *Encuentro de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano*, el último celebrado en Culiacán México; en el que se acordó la exclusión de las penas cortas privativas de la libertad, y en general la sustitución en materia de consecuencias jurídicas del delito, del sistema de doble vía –que está positivizado en el Estado mexicano- por el sistema de triple vía, en el que a las penas y a las medidas de seguridad, como respuestas básicas del delito, se añade la reparación, como forma de compensación del hecho delictivo cometido, realizada siempre mediante una prestación voluntaria del autor, como

indemnización de daños a lesionado o trajazos comunitarios. Esta *institución de la reparación*, comúnmente llamada *tercera vía* tiene como principal destinatario y beneficiario a la víctima del delito, o a la propia colectividad, según la naturaleza individual o colectiva del bien jurídico penalmente tutelado.

Es pertinente apuntar, que además de la ventaja que tiene esta figura de lograr un restablecimiento del orden jurídico quebrantado con un menor coste social, la *reparación* permite un rápido arreglo del conflicto que supone el delito, pues al existir una conciliación entre la víctima y el autor del delito, ello puede permitir que se alcance aquella solución sin necesidad de que se celebre el juicio. Es decir, tan pronto se produzca aquella conciliación, el proceso puede concluir mediante sobreseimiento de la causa. Evidentemente, la reparación tiene su ámbito de aplicación más característico en los delitos que no sea graves, sin la concurrencia de violencia y muy particularmente en los delitos contra la propiedad y contra el patrimonio, exigiendo siempre, por la propia naturaleza de la institución, la libre aceptación de la víctima y del autor, además del reconocimiento libre de la culpabilidad por parte del acusado.

Esta propuesta también se prevé en el proyecto de *Corpus Juris Europeo* en cuyo artículo 19.4 se distingue entre el archivo y la transacción. El archivo permite que pueda concluir las investigaciones, cuando el acusado "habiendo reconocido su culpabilidad, ha reparado el daño y restituido, en su caso, los fondos irregularmente percibidos" y la transacción, tiene un alcance más amplio, pues el Ministerio Público europeo no sólo puede concluir las investigaciones sino también detener la persecución, si ya se hubiera iniciado, e imponer, además de la restitución, el pago de una cantidad de dinero.

Sexta. Uno de los escenarios en los que la defensa de los derechos humanos ha requerido de mayor fuerza y dedicación ha sido sin duda, el ámbito penitenciario, porque la cárcel es un espacio privilegiado para el abuso de poder dadas las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran los internos; por ende, se olvida que la sentencia de privación de libertad que impone el juez significa que a quienes se interna en la prisión nos e les puede privar de todos aquellos derechos civiles, económicos sociales y culturales que son compatibles con la reclusión; por ello, debe quedar claro que la privación de la libertad persigue afectar la libertad de ambular libremente en sociedad y no la privación de otros derechos; por lo cual es función de la cárcel la obligación de garantizar que todos aquellos derechos de los que los internos no han sido legalmente privados y que forman parte de la vida adulta de cualquier persona les sean garantizados.

Séptima. Para dar vigencia sociológica a la conclusión anterior y para el efectivo imperio del principio de legalidad en la ejecución de penas y medidas de seguridad, la supervisión de la conducta de las autoridades, la solución adecuada de litigios en el curso de la ejecución y otros

fines relevantes en esta materia, se considera pertinente establecer el control jurisdiccional de la etapa ejecutiva, a través del juez de ejecución de sanciones que tendría la función de vigilar que la pena en el sentenciado cumpla su función readaptadora, con lo que se daría cumplimiento a la finalidad de la pena. Obviamente, esta autoridad jurisdiccional no relevaría ni mediatizaría a las autoridades administrativas en su tarea natural de conducir los reclusorios y proveer las medidas necesarias para la seguridad y la readaptación de los reclusos. Se debe ponderar cuidadosamente la estructura y el funcionamiento de esta nueva figura. De igual forma, es conveniente revisar los diversos beneficios legales de que disponen los sentenciados. Es recomendable la reestructuración de la prelibertad, la libertad preparatoria y la remisión parcial de la pena, de manera que exista la debida correspondencia entre ellas, en su caso, y se utilicen cuidadosa y ampliamente con el propósito de alcanzar la readaptación social, conforme al artículo 18 de la constitución. Aumentar los beneficios no implica debilidad del Estado, sino reconocimiento de que la cárcel no readapta y por ende, debe pensarse en nuevas alternativas a la prisión.

La figura del juez de vigilancia tiene como finalidad ejercer un control sobre el cumplimiento de las sentencias, sin afectar las garantías de los condenados, y recibir las quejas de estos sobre asuntos propios del cumplimiento de la condena. Esta institución básicamente tendría las siguientes funciones:

- 1) Inspección, consistente en la fiscalización sobre la ejecución de las penas de carácter privativo de libertad, ejercitándola mediante visitas a los establecimientos correspondientes cada cierto periodo de tiempo, con la finalidad evaluar la vigencia sociológica de la normatividad correspondiente e informar la Poder Judicial.
- 2) La función consultiva, concretada en el dictamen que el mencionado juez debe emitir respecto de los puntos de incumplimiento comprobados.
- 3) La función deliberativa consistente en proveer sobre ciertas reclamaciones del condenado mediante órdenes de servicio o manifestaciones sobre los problemas presentados.

Octava. En la actualidad se plantea la necesidad de una política criminal apropiada a las exigencias del Estado de Derecho –de un Estado social y democrático de Derecho– que sea ampliamente respetuoso de los derechos humanos; lo cual implica un análisis integral del sistema de justicia penal, en este marco conceptual dos son los espacios de ejercicio del *ius puniendi* que deben replantearse con base en los antecedentes y el panorama que en la actualidad presentan y los desafíos que enfrentan: el legislativo y el ejecutivo. En la esfera legislativa, se persigue establecer diversas variantes en la aplicación de las sanciones penales: las penas sustitutivas de prisión, y de esta manera ofrecer posibilidades de desarrollo personal e integración social a quienes, por haber cometido ilícitos menores que no ameritan una respuesta carcelaria por parte

del Estado, puedan cumplir una sanción penal sin necesidad de estar en prisión. Con los sustitutivos de prisión se amplía el espectro de las penas que la autoridad judicial puede imponer y se facilita una mayor racionalidad y eficiencia del sistema penitenciario. Esto evidentemente se traducirá en la disminución de la sobrepoblación en los centros de reclusión, aunado a la posibilidad de proporcionar una mejor atención a los internos que permanezcan en ellos; todo ello desde una perspectiva que da prioridad a la función reparatoria de la pena sobre la función aflictiva. En la esfera ejecutiva, la judicialización en la ejecución de las sanciones, el trabajo, la educación y la capacitación para el trabajo, obligatorios y, el establecimiento de una política de Estado que sustente una institución penitenciaria autofinanciable; en suma, Los sustitutivos de la pena de prisión, constituyen uno de los medios más idóneos para resolver el grave problema de la sobrepoblación penitenciaria en los dos aspectos siguientes: uno, porque los condenados a las penas sustitutivas de prisión las cumplirán en libertad, y por lo tanto no estarán ocupando un lugar en las cárceles; dos, porque su aplicación, evita la prisión preventiva de los acusados por delitos que admiten una pena sustitutiva de prisión.

BIBLIOGRAFÍA

- Academia de Ciencias de la URSS y Academia de Ciencias de Cuba, *Metodología del conocimiento científico*, 5ª ed., México, D.F.: Quinto Sol, 1985.
- Academia Mexicana de Ciencias Penales. *Criminalia*. México, D. F.: Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXV, número 3, septiembre-diciembre, 1999.
- Academia Mexicana de Ciencias Penales. *Criminalia*. México, D. F.: Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXVI, número 2, mayo-agosto, 2000
- Academia Mexicana de Ciencias Penales. *Criminalia*. México, D. F.: Academia Mexicana de Ciencias Penales, año LXVI, número 1, enero-abril, 2000.
- Amato, Nicolo, "Incontro dei capi delle amministrazioni, penitenziarie europee", en *Atti del seminario regionale per i capi delle amministrazioni, penitenziarie europee*, Messina-Roma: Institut Henry-Dumant, República Italiana, Ministero di Grazia e Giustizia, 1989, pp.11-21.
- Antón Oncea, José. *Derecho Penal*. 2ª edición. Madrid, España, Akal, 1986.
- Associació Catalana de Juristes Demócrates. *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*. Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1994.
- Azaola Garrido, Elena, "Análisis institucional e instituciones normalizadoras. Un estudio sobre las instituciones correccionales en México", en *Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires: año XIII, no. 49-52, 1990, pp. 9-21.
- Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, trad.: Álvaro Bunster, 2ª ed., México, D.F.: Siglo XXI, 1989.
- Beccaria, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, 4ª ed., facsimilar, México, D.F.: Porrúa, 1990.
- Becker, Howard, *Los extraños. Sociología de la desviación*, trad.: Tubert, Buenos Aires: Tiempo Contemporáneo, 1971.
- Bentham, Jeremy, *El panóptico*, pról.: Michel Foucault, trad.: María José de Chopitea, Puebla: Premiá Editora de Libros, 1989.
- Bergalli, Roberto, *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal? Notas acerca de la Ley Penitenciaria Nacional Argentina y del proyecto de reformas a la parte general del Código Penal (1974)*, Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología-Universidad de Madrid, 1976.
- Bergalli, Roberto, et. al. *El pensamiento criminológico. Estado y Control*. Barcelona, Homo Sociolocus, Ediciones Península, 1983.
- Beristáin, Antonio, "Fines de la pena", en *Derecho penal contemporáneo*, México, D.F.: Facultad de Derecho de la UNAM, no. 22, septiembre-octubre, 1967, pp. 13-36.
- Beristáin, Antonio, *Derecho penal y criminología*, Bogotá: Temis, 1986.
- Beristáin, Antonio, y Elías Neuman, *Criminología y dignidad humana (diálogos)*, 2ª ed., Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991.
- Bernaldo de Quirós, Constancio, *Lecciones de Derecho penitenciario*, México, D.F.: Imprenta Universitaria, 1953.
- Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, Serie G: Estudios Doctrinales, no. 120, México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1989.
- Bosch García, Carlos, *La técnica de investigación documental*, 12ª ed., México, D.F.: Trillas, 1991.
- Bunge, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, 4ª ed., México, D.F.: Siglo Veinte, Nueva Imagen, 1990.

-
- Carrancá y Rivas, Raúl, *Derecho penitenciario. Cárcel y penas en México*, 3ª ed., México, D.F.: Porrúa, 1986.
- Carrancá y Trujillo, Raúl, "Martínez de Castro y El Código Penal de 1871", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, D.F.: UNAM, tomo VIII, no. 32, octubre-diciembre, 1946, pp. 214-252.
- Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, 14ª ed., México, D.F.: Porrúa, 1982.
- Carrancá y Trujillo, Raúl, y Raúl Carrancá y Rivas, *Código penal anotado*, 16ª ed., México, D.F.: Porrúa, 1991.
- Castañeda García, Carmen, *Prevención y readaptación social en México*, México, D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1984.
- Código Penal Aleman*. Traducción: Claudia López Díaz. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Comisión Nacional de derechos Humanos, *Antología de clásicos de los derechos humanos. De la constitución vigente a nuestros días*, México, D.F.: Comisión Nacional de derechos Humanos, 1993, t. I.
- Comisión Nacional de derechos Humanos, *Aspectos reales de los centros de reclusión en México*, México, D.F.: Comisión Nacional de derechos Humanos, 1993.
- Comisión Nacional de derechos Humanos, *Criterios para la clasificación de la población penitenciaria*, México, D.F.: Comisión Nacional de derechos Humanos, 1994.
- Comisión Nacional de derechos Humanos, *Estudio comparativo de los sustitutos de prisión por entidad federativa*, México, D. F.: Comisión Nacional de derechos Humanos, 1993.
- Comisión Nacional de derechos Humanos, *La lucha por los derechos humanos en el sistema penitenciario mexicano*, México, D.F.: Comisión Nacional de derechos Humanos, 1993.
- Comisión Nacional de derechos Humanos, *Manual de derechos humanos del interno en el sistema penitenciario mexicano*, México, D.F. Comisión Nacional de derechos Humanos, 1995.
- Comisión Nacional de derechos Humanos. *Compilación de documentos nacionales e internacionales en materia penitenciaria*. México, D. F.: CNDH, 1996.
- Comisión Nacional de derechos Humanos. *La experiencia del penitenciarismo contemporáneo. Aportes y expectativas*. México, D. F.: Comisión Nacional de derechos Humanos, II Asamblea de Representantes del Distrito Federal, 1995.
- Comisión Nacional de derechos Humanos. *Manual de derechos del Interno en el Sistema Penitenciario Mexicano*. México, D. F.: Comisión Nacional de derechos Humanos, 1995.
- Comisión Nacional de derechos Humanos. *Sistema Penitenciario y derechos Humanos. Balance de labores realizadas por la CNDH (1990-1996)*. México, D. F.: Comisión Nacional de derechos Humanos, 1996.
- Comisión Nacional de derechos Humanos. *Violencia en centros penitenciarios de la República mexicana. Reporte de Investigación*. México, D. F.: Comisión Nacional de derechos Humanos, 1996.
- Córdoba Roda, Juan, *Culpabilidad y pena*, Barcelona: Bosch Casa Editora, 1977.
- Costa, Fausto, *El Delito y la pena en la historia de la filosofía*, trad.: Mariano Ruiz-Funes, México, D.F.: Unión Tipográfica Hispano-Americana, 1953.
- Crespo, Eduardo Demetrio. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Prólogo: Ignacio Gómez de la Torre. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2000.

-
- De la Barreda Solórzano, Luis. *Justicia Penal y derechos Humanos*. 2ª edición. México, D. F.: Porrúa, 1998.
- De Sola Dueñas, Ángel, Mercedes García Arán y Hernán Hormazábal Malarée. *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*. Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, PPU, 1986.
- Díaz Aranda, Enrique. *Problemas fundamentales de política criminal y Derecho penal*. Serie: Ensayos Jurídicos, número 1, México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2001.
- Durkheim, Emile, *Las reglas del método sociológico*, trad.: L.E. Echevarría Rivera, 3ª ed., España: Orbis, 1985.
- Feldman, M. Philip, *Comportamiento criminal: un análisis psicológico*, trad.: Javier Hernández Padilla, México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1989.
- Fernández Muñoz, Dolores E., "Pena de prisión. Problema de nuestro tiempo", en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, no. 61, enero-abril, 1988.
- Fernández Muñoz, Dolores Eugenia. *La pena de prisión. Propuestas para sustituirla o abolirla*. Serie G: Estudios Doctrinales, número 148. México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1993.
- Fix Fierro, Héctor, *La eficiencia de la justicia. (Una aproximación y una propuesta)*, Cuadernos para la Reforma de la Justicia 1, México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1995.
- Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, trad.: Aurelio Garzón del Camino, 19ª ed., México, D.F.: Siglo XXI, 1991.
- García Luis M. *Reincidencia y Punibilidad. Aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena*. Buenos Aires, Astrea, 1992.
- García Ramírez Sergio. *Estudios Jurídicos*. Serie Doctrina Jurídica, número 30. México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000.
- García Ramírez, Sergio, "El Reglamento de Reclusorios del Distrito Federal de 1990", en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, vol. xxiv, no. 70, enero-abril, 1991, pp. 195-208.
- García Ramírez, Sergio, *Derecho penal*, Serie A: Fuentes, b) textos y estudios legislativos, no. 66, México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1990.
- García Ramírez, Sergio, *El sistema penal mexicano*, México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- García Ramírez, Sergio, *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, D.F.: UNAM, 1967.
- García Ramírez, Sergio, *La prisión*, Serie G: Estudios Doctrinales, no. 11, México, D.F.: Fondo de Cultura Económica-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1975.
- García Ramírez, Sergio, *Legislación penitenciaria mexicana*, México, D.F.: Secretaría de Gobernación, 1976.
- García Ramírez, Sergio, *Manual de prisiones. (La pena y la prisión)*, 3ª ed., México, D.F.: Porrúa, 1994.
- García Ramírez, Sergio, *Temas jurídicos*, México, D.F.: Porrúa, 1976.
- García Rivas, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado democrático*. Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 1996.
- Garza Mercado, Ario, *Manual de técnicas de investigación para estudiantes de ciencias sociales*, 4ª ed., México, D.F.: El Colegio de México - Harla, 1988.

-
- Giambruno, S. *Manuale Della Esecuzione Penitenziaria*. 2ª edición, Italia, Monduzzini Editore, 2003.
- González Quintanilla, José Arturo. *Derecho Penal Mexicano. Parte general y parte especial. Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales*. 5ª edición. México, D.F.: Porrúa, 1999).
- Granados Chaverri, Mónica, et al., *El sistema penitenciario entre el temor y la esperanza*, México, D.F.: Orlando Cárdenas Editor, 1991.
- Hernández Cuevas, José Maximiliano, et al., *Prisiones: estudio prospectivo de su realidad nacional*, México, D.F.: Secretaría de Gobernación, 1994.
- Hirsch Andrew Von. *Censurar y castigar*. Traducción: Elena Larrauri. Madrid, Trotta, 1998.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. *Diccionario Jurídico Mexicano*. 14ª edición. México D.F, Porrúa-UNAM, 2000.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México, D.F.: IJ-UNAM, número 107, 2003.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México, D. F.:IJ-UNAM, número 81, 1996.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. *Cuadernos para la reforma de la Justicia. Las penas sustitutivas de prisión*. México, D. F.: IJ-UNAM, 1995.
- Instituto Interamericano de derechos Humanos, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. (Primer informe)*, Coord.: Raúl Zaffaroni, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984.
- Jaén Vallejo, Manuel. *Sistema de Consecuencias jurídicas del delito: nuevas perspectivas*. Serie: Ensayos Jurídicos, número 6, México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002.
- Kaufmann, Hilde, *Ejecución penal y terapia social*, trad.: Juan Bustos Ramírez, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979.
- Kaufmann, Hilde, *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977.
- Kedrov, B., y A. Spirkin, *Qué es la ciencia*, trad.: Alejo Méndez García, 3ª ed., México, D.F.: Quinto Sol, 1992.
- Kent, Jorge, *Sustitutivos de la prisión. Penas sin libertad y penas en libertad*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987.
- La Jornada*. México, D. F.: lunes 12 de mayo de 2003.
- Landrove Díaz, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1984.
- Lara Sáenz, Leoncio, *Procesos de investigación jurídica*, Serie J: Enseñanza del Derecho y material didáctico, no. 10, México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991.
- Lardizábal y Uribe, Manuel de, *Discurso sobre las penas*, pról.: Javier Piña y Palacios, Edición facsimilar, México, D.F.: Porrúa, 1982.
- Larrauri, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, 2ª ed., Madrid: Siglo XXI de España Editores, 1992.
- Laveaga, Gerardo. *La Cultura de la Legalidad*. Serie Estudios Jurídicos, número 8. México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- López Ruiz, Miguel, *Elementos para la investigación. Metodología y redacción*, Serie J: Enseñanza del Derecho y material didáctico, no. 14, México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1992.

- Malo Camacho, Gustavo, *Historia de las cárceles en México*, México, D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979.
- Malo Camacho, Gustavo. *Derecho Penal Mexicano. Teoría general de la ley penal, teoría general del delito, teoría de la culpabilidad y el sujeto responsable, teoría de la pena*. México, D. F.: Porrúa, 1997.
- Mapelli Caffarena, Borja, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1983.
- Marco del Pont, Luis, *Derecho penitenciario*, México, D.F.: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991.
- Marco del Pont, Luis, *Penología y sistemas carcelarios*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1974.
- Mendoza Bremauntz, Emma, *Derecho Penitenciario*. México, D.F., McGraw-Hill, 2004
- México, Congreso de la Unión y Comisión de derechos Humanos, *La reforma penitenciaria en México*, México, D.F.: LV Legislatura [s.f.].
- México, Congreso, Cámara de Diputados, *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, Dirección general: Octavio A. Hernández; Dirección editorial: Miguel Ángel Porrúa, 3ª ed., México, D.F.: LII Legislatura, 1985, t.IV.
- México, Congreso, Cámara de Diputados, *Readaptación social en tierra propia*, México, D.F.: L Legislatura, 1976.
- México, Procuraduría General de la República, Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Leyes penales mexicanas*, México, D.F.: Talleres Gráficos de la Nación, 1979. v ts.
- México, Secretaría de Gobernación, *Programa de Prevención y Readaptación Social 1995-2000*, México, D.F.: Secretaría de Gobernación, 1996.
- Mir Puig, Santiago. *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2ª edición revisada. Barcelona, Bosch, 1982.
- Moreno Hernández, Moisés, Coordinador. *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI. II congreso internacional de Derecho penal*. México, D. F.: Jus Poenale, 2001.
- Moreno Hernández, Moisés, *Política Criminal y Reforma Penal, algunas bases para su democratización en México*. México, D. F.: Jus Poenale, 1999.
- Muñoz Conde Francisco y Mercedes García Arán. *Derecho Penal. Parte General*. 4ª edición. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- Naciones Unidas, *Las Naciones Unidas y la prevención del delito*, Nueva York: Organización de las Naciones Unidas, 1991.
- Neuman, Elías, *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*, Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1971.
- Neuman, Elías, *Prisión abierta, una nueva experiencia penológica*, 2ª ed., Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984.
- Neuman, Elías, y Víctor Irurzun, *La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos*, 3ª ed., Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990.
- Norval, Morris, *El futuro de las prisiones*, 29ª ed., México, D.F.: Siglo XXI, 1981.
- Padua, Jorge, *Técnicas de investigación aplicadas a las ciencias sociales*, México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1987.
- Peláez Ferrusca, Mercedes. *derechos de los internos del sistema penitenciario mexicano*. México, D. F.: LVIII Legislatura, Cámara de Diputados, UNAM, 2001.
- Pennisi, Angelo, "In tema di concessione della semilibertá ai condannati minorenni", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Dott a Giuffré Editore, xxix, nova serie, no. 2, aprile-giugno, 1986, pp. 437-450.
- Pick, Susan, et al., *Como investigar en ciencias sociales*, 3ª ed., México, D.F.: Trillas, 1988.

-
- Poder Judicial. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave. *Revista Jurídica Veracruzana. Órgano doctrinario e informativo del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave*. Xalapa, Editora del Gobierno de Veracruz, 1995.
- Proceso. *Semario de información y Análisis*. México, D. F.: CISA, número 1397, 2003.
- Procuraduría General de la República, Instituto Nacional de Ciencias Penales. *Iter Criminis. Revista de Ciencias penales*. México, D. F.: INACIPE, segunda época, número 2, 2002.
- Procuraduría General de la República, Instituto Nacional de Ciencias Penales. *Iter Criminis. Revista de Ciencias penales*. México, D. F.: INACIPE, segunda época, número 1, 2001.
- Procuraduría General de la República, Instituto Nacional de Ciencias Penales. *Iter Criminis. Revista de Ciencias penales*. México, D. F.: INACIPE, segunda época, número 3, 2002.
- Rivera Beiras, Iñaki, y Juan Dobón, Coords., *Secuestros institucionales y derechos humanos: La cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas*, Barcelona: Editorial María Jesús Bosch, 1996.
- Rivera Montes de Oca, Luis. *Juez de Ejecución de Penas. La Reforma penitenciaria mexicana del siglo XXI*. Prólogo de Elías Carranza. México, D. F.: Porrúa, 2003.
- Rodríguez Manzanera, Luis. *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la Prisión*. 2ª edición, México, D. F.: Porrúa, 1999.
- Rodríguez Manzanera, Luis. *Penología*. México, D.F.: Porrúa, 1998.
- Rodríguez y Rodríguez, Jesús, Comp., *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos, ONU-OEA*, México, D.F.: Comisión Nacional de derechos Humanos, 1994.
- Rojas Pérez Palacios, Alfonso, *La criminología humanista*, México, D.F.: Manuel Porrúa, 1977.
- Rojas Soriano, Raúl, *Guía para realizar investigaciones sociales*, 8ª ed., México, D.F.: Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, 1985.
- Rojas Soriano, Raúl, *Investigación social. Teoría y praxis*, 4ª ed., Colección Folios Universitarios, México, D.F.: Plaza y Valdés Editores, 1989.
- Roxin, Claus, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, trad.: Francisco Muñoz Conde, Madrid: Reus, [s.f.].
- Roxin, Claus, *Problemas básicos de Derecho penal*, Madrid: Reus, 1976.
- Secretaría de Gobernación. *Memoria. Seminario de actualización en materia técnico penitenciaria para el personal directivo de los centros de readaptación social de la República*. México, D. F.: Programa Nacional de Capacitación Penitenciaria, 1994.
- Serna de la Garza, José Ma. y José Antonio Caballero Juárez. *Estado de Derecho y Transición Jurídica*. Serie Doctrina Jurídica, número 95. México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2002.
- Silva Sánchez, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona, José María Bosch editor, 1992.
- Tavira, Juan Pablo de, *A un paso del infierno. En la prisión la realidad suele superar a la fantasía*, México, D.F.: Diana, 1988.
- Universidad Externado de Colombia. *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, v. XV, número 50, mayo-agosto, 1993.

-
- Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos. Comentada*. 14ª edición. México, D. F.: UNAM-Porrúa, 1999.
- Universidad Nacional Autónoma de México. *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*. Serie G: Estudios Doctrinales, número 198. México, D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1998.
- Velásquez Velásquez, Fernando. *Derecho Penal, Parte General*. 3ª edición. Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997.
- Witker, Jorge, *Cómo elaborar una tesis de grado en Derecho*, México, D.F.: Facultad de Derecho de la UNAM, 1992.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, 2ª ed., Bogotá: Temis, 1993.

Legislación:

- Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Compila Tratados II*. México, D. F. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002.
- Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *La Constitución y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación*. México, D. F. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003.
- Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación *Compila VIII. Legislación Federal y del Distrito Federal*. México, D. F. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003.
- Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación *Legislación Penal y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación*. México, D. F. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003.