

PUNIBILIDAD, PUNICIÓN Y PENA DE LOS SUSTITUTIVOS PENALES

LUÍS DE LA BARREDA SOLÓRZANO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La punibilidad.* III. *La punición.*
IV. *La pena.* V. *Los denominados sustitutivos penales.*

I. INTRODUCCIÓN

1. Hasta la fecha, y con pocas excepciones, las preocupaciones de los juspenalistas mexicanos se han centrado en la teoría del delito y ha sido escaso el interés por la teoría de la pena. En cuanto a la teoría de la ley penal, es significativo que de ella se han excluido, precisamente, el tipo y la punibilidad (es decir, los integrantes de la norma jurídico-penal). Todo parece sugerir que la teoría del delito conduce a la consolidación de la teoría del derecho penal, que lograr una sólida teoría del delito es la vía para desarrollar la ciencia del derecho penal.

Al núcleo de verdad contenido en esa perspectiva lo sostiene una visión positivista: casi todo el discurso jurídico es un discurso dogmático que analiza el contenido y la estructura de los delitos, sin cuestionar las normas que lo fundamentan. Inquietudes formalistas —sin duda válidas, pero insuficientes— ocupan el lugar de la reflexión sobre el *por qué* y el *para qué* del *ius poenale*.

La teoría del derecho penal elaborada en México, con escasas salvedades se ha restringido, en la parte general, al estudio de las generalidades del delito, y en la parte especial, a la disección dogmática de las hipótesis delictivas, contribuyendo, por tanto, a silenciar un posible debate sobre la justificación de los textos legales fundadores de los delitos. Así pues, a pesar de que la pregunta acerca del sentido y los límites de la pena estatal se ha planteado, sin perder actualidad, en todas las épocas y en casi todos los lugares, y a pesar, también, de que esa pregunta, en definitiva, se plantea el problema de la legitimación del derecho penal (el problema central del derecho penal), hasta ahora no ha sido capaz de llevar el interés de los juspenalistas mexicanos más allá de los ámbitos de la teoría del delito.

En cualquier caso, el marasmo a que conduce la postura positivista a ultranza, es un obstáculo para abandonar la pasividad conformista que parece consustancial a la dogmática. Si lo que interesa es tan sólo explicar cómo son los delitos (describirlos), parece explicable que no se requiera plantear cuestionamientos sobre las sanciones.

En sus *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*,¹ Porte Petit anota que dicha parte consta de introducción, teoría de la ley penal, teoría del delito, teoría del delincuente y teoría de la pena y medidas de seguridad. No obstante, la obra se constriñe a la introducción, la teoría de la ley penal y la teoría del delito (omitiendo, por cierto, el estudio de la culpabilidad). Ni la teoría del delincuente ni la teoría de la pena y medidas de seguridad han sido abordadas por el prestigiado jurista, a pesar de que la primera versión de los *Apuntamientos* (publicada en multilith) data de 1959 y el libro ha sido reeditado posteriormente en varias ocasiones.

En el primer tomo —“Introducción al estudio de las figuras típicas”— de su monumental *Derecho penal mexicano*,² Jiménez Huerta dedica apenas un puñado de páginas (menos de una decena en un libro de 503 páginas) a la punibilidad.

Carrancá y Trujillo se ocupa de la pena con relativa amplitud: le dedica 6 de los 31 capítulos de su *Derecho penal mexicano, Parte General*,³ aun cuando de entrada la denomina “legítima consecuencia”, esto es, da como comprobado algo que en todo caso puede o no comprobarse. Se observa la postura positivista a la que se aludía anteriormente.

En sus *Lineamientos elementales de derecho penal*,⁴ Castellanos Tena dedica 13 páginas al capítulo sobre la pena y las medidas de seguridad.

En suma: existe una desproporción acentuada en la dedicación de los juspenalistas mexicanos a la teoría del delito y a la teoría de la pena. Ésta ha sido desdeñada; cuando no, se le ha abordado eludiendo los cuestionamientos críticos sobre la inquietante problemática de su legitimidad.

Tal parece que los penalistas mexicanos aún no se plantean la inquietante pregunta que da título a un polémico ensayo de Enrique Gimber-

¹ Porte Petit, Celestino, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1969.

² Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano, I, Introducción al estudio de las figuras típicas*, México, Editorial Porrúa, 1977.

³ Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, decimoprimera edición, México, Editorial Porrúa, 1977.

⁴ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, quinta edición, México, Editorial Porrúa, 1969.

nat: *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*⁵ Más inquietante —angustiosa— es la pregunta de Mir Puig: "... si contemplamos la labor dogmática... con finalidad aclaratoria y sistemática, ¿no puede parecerse en un momento de pesimismo que los mismos o parecidos resultados podrían conseguirse con sólo una lectura inteligente del Código Penal...?"⁶

2. Frente a esa ausencia, se trata no de definir las sanciones penales y enumerarlas, exclusivamente, sino de ir perfilando respuestas a los grandes problemas que aquéllas plantean: a) el sentido y los límites de la sanción penal, b) la fundamentación constitucional, c) las instancias en las que surgen, d) el problema de la legitimación, e) los criterios para determinarlas cuantitativa y cualitativamente, f) las definiciones, g) la finalidad perseguida, h) los denominados sustitutivos penales. Se trata, en definitiva, de plantear estas cuestiones y reflexionar sobre ellas.

3. Frente a la problemática planteada por las sanciones penales, lo primero que hay que abordar es la pregunta acerca del sentido de la pena estatal, que "se plantea, nueva, en todas las épocas. En efecto, no se trata en primer término de un problema teórico, ni por tanto de reflexiones como las que se suelen hacer en otros campos sobre el sentido de ésta o aquella manifestación de la vida, sino de un tema de acuciante actualidad práctica: ¿Cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de la libertad a uno de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, en su existencia social? Es ésta una pregunta acerca de la legitimación y los límites de la fuerza estatal; de ahí que no nos podamos contentar con las respuestas del pasado, sino que la situación histórico-espiritual, constitucional y social del presente respectivo exige que se penetre intelectualmente en un complejo de múltiples capas, bajo aspectos continuamente transformados".⁷ Parece inevitable la referencia —breve— a las teorías que se ocupan de la aludida interrogante. "Si se reduce la ilimitada literatura filosófica y jurídica a sus posiciones fundamentales, resulta que hasta hoy no se han propuesto más que tres soluciones a nuestra pregunta inicial."⁸

⁵ Gimbernat Ordeig, Enrique, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?", en *Problemas actuales de derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, pp. 87 a 109.

⁶ Mir Puig, Santiago, "Dogmática creadora y política criminal", en *Revue Internationale de droit pénal*, número 1, 1978, p. 216.

⁷ Roxin, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Reus, 1976, p. 11.

⁸ Roxin, Claus, *op. cit. supra*, nota 7, pp. 11 y 12.

a) La teoría de la retribución se basa en la creencia de que la culpabilidad del autor debe compensarse mediante la imposición de un mal penal, con el objetivo de alcanzar la justicia. La intervención del Estado restablece el derecho lesionado. El discurso retribucionista está sustentado en la tradición filosófica del idealismo y la tradición cristiana. De lo que se trata, en rigor, es de fundamentar la necesidad de la pena. La teoría de la retribución no la fundamenta: la presupone. De manera radical estima que su significado estriba en la compensación de la culpabilidad, pero no explica por qué toda culpabilidad tenga que retribuirse con una pena. Por otra parte, la posibilidad de culpabilidad presupone la libertad de voluntad (libre albedrío o libertad psicológica), y esta idea es indemostrable, o por lo menos no ha sido demostrada (como tampoco se ha demostrado la idea contrapuesta). Según la admirable formulación utilizada por Ashley Montagu,

las complejidades de la conducta humana son tales, que se prestan fácilmente a tergiversaciones de todo tipo. Precisamente porque los fenómenos de la conducta humana son tan difíciles de analizar es, en parte, por lo que se reciben con tanta avidez las explicaciones fáciles.⁹

Finalmente, es muy conocida otra objeción a la teoría de la retribución: la idea retributiva compensadora sólo puede sostenerse mediante un acto de fe, pues racionalmente es incomprensible que el mal cometido (el delito) pueda borrarse con un segundo mal (la pena).

b) La teoría de la prevención especial —sustentada en el positivismo italiano y desarrollada en Alemania por Franz von Liszt— no quiere retribuir el hecho pasado, sino prevenir nuevos delitos del autor, corrigiendo al corregible, intimidando al intimidable o haciendo inofensivo al privarlo de la libertad al que no es corregible ni intimidable. La teoría de la prevención especial conduce a una consecuencia inocultable: con independencia de que seamos culpables o no de un delito, todos podemos ser corregibles, o, al menos, se nos puede inhibir, y si ello se hace sin tomar en cuenta la culpabilidad, para los fines correccionistas propugnados, se abre la posibilidad de la pena ilimitada temporalmente. No puede soslayarse una segunda objeción: si no existe peligro de que el delito se repita, por grave que sea, ningún sentido tiene la pena.

⁹ Montagu, Ashley, *La naturaleza de la agresividad humana*, Madrid, Alianza Universitaria, 1978, p. 61.

El ejemplo más contundente es en este momento el de los asesinos de los campos de concentración, algunos de los cuales mataron cruelmente por motivos sádicos a innumerables personas inocentes. Esos asesinos viven hoy en su mayoría discretamente e integrados socialmente, y por tanto no necesitan de "resocialización" alguna; tampoco existe en ellos el peligro de una repetición, ante la que hubiera que intimidarlos y asegurarlos. ¿Realmente por ello deben quedar impunes?¹⁰

Finalmente, la idea de corrección indica un fin de la pena, pero no la justifica. ¿Por qué ha de obligarse a los individuos a aceptar determinadas formas de vida?

c) La teoría de la prevención general no considera que el fin de la pena sea retributivo, correctivo o asegurativo, sino que su objetivo radica en los efectos intimidatorios sobre la generalidad. Por un lado, si de lo que se trata es de intimidar a todos, nada impide el establecimiento de sanciones lo más graves posibles. Por otro lado, no se ha atendido al dato empírico de que en numerosos delincuentes no se ha podido comprobar el efecto intimidante de la pena. Además, en sentido estricto, ¿cómo justificar que se castigue a un individuo no en consideración a sí mismo, sino en consideración a otros? Por el contrario, un orden jurídico que no considere al hombre objeto utilizable, hace emerger la necesidad de que no se le instrumentalice de esa manera.

d) La teoría unificadora se plantea adecuadamente la insuficiencia de las tres teorías reseñadas, pero, sin subestimar el valor de su distancia ante ellas, lo que ha hecho es tan sólo yuxtaponer tres concepciones distintas, y esto "no sólo destruye la lógica inmanente a la concepción, sino que aumenta el ámbito de la aplicación de la pena, que se convierte así en un medio de reacción apto para cualquier empleo".¹¹

e) La más grave objeción a las teorías sobre la pena es que ninguna de ellas ha propuesto *cuándo* se justifican las sanciones penales. En otras palabras, las tres teorías quieren explicar *para qué* sirve la pena, pero no a qué hechos debe aplicarse. Tal insuficiencia se refuerza por el hecho de que se habla de las sanciones penales sin advertir su estructura dinámica, que se configura por tres niveles o instancias distintos: el legislativo, el judicial y el ejecutivo. La lógica indica que no se le puede dar el mismo tratamiento a conceptos que pertenecen a niveles

¹⁰ Roxin, Claus, *op. cit. supra*, nota 7, p. 16.

¹¹ Roxin, Claus, *idem*, p. 19.

conceptuales diferentes. El tratamiento dentro de un marco conceptual determinado es precondition de proposiciones acertadas.

En palabras de Roxin, “el Derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando con, imponiendo y ejecutando penas, y esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado”.¹² Elpidio Ramírez, obsesionado siempre por el rigor, se percata que para cada uno de los niveles hay que emplear un lenguaje distinto: punibilidad (instancia legislativa), punición (instancia judicial) y pena (instancia ejecutiva).¹³

Aunque tradicionalmente se ha hablado de la *pena*, hay razones suficientes para distinguir entre los distintos estadios en los que tienen existencia las sanciones penales. Considerar que esos distintos estadios se estructuran unos sobre otros, permitirá recuperar en cada etapa los principios de la precedente. Se ha visto que las teorías de la pena a que se ha hecho alusión consideran en forma parcial a las sanciones penales, y ésta es la razón del carácter excluyente con el que plantean los fines de aquéllas: la teoría de la prevención general ve hacia las conminaciones legislativas, la de la retribución se enfoca a la sentencia y la de la prevención especial atiende a la ejecución. Estas consideraciones desagregadas parecen ignorar las múltiples modalidades que autorizan la diferenciación entre punibilidad, punición y pena. Cada una de ellas, debiera ser obvio, implica una intervención estatal en la libertad del individuo. Puede afirmarse, sin temor a equivocación, que la no diferenciación de niveles, en el aspecto que ahora se aborda como en muchos otros, ha sido un obstáculo en el avance de la teoría jurídico-penal. Es significativo, al respecto, que el tipo y la punibilidad (integrantes de la norma jurídico-penal, y, por tanto, pertenecientes al nivel legislativo) suelen estudiarse en la teoría del delito (ente fáctico, suceso que acontece en el mundo de los hechos).

4. Localizar el fundamento constitucional de la punibilidad, la punición y la pena permitirá delimitar el marco dentro del cual han de plantearse, y formular los criterios cuantitativos y cualitativos que han de observarse en cada una de las instancias en que se dan las sanciones penales. El artículo 14 constitucional, en su párrafo tercero, prescribe: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté

¹² Roxin, Claus, *idem*, p. 20.

¹³ Ramírez, Elpidio, *Punibilidad, punición y pena*, conferencia, 28 de julio de 1978, en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, México.

decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata." El artículo 17: "Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia..." Artículo 18, párrafo segundo, primera parte: "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." Artículo 21: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial..." El artículo 22, en su primer párrafo: "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales." Y en su párrafo tercero: "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 y ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar." Artículo 23: "Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia." El artículo 39: "Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste..." Artículo 49, en su segundo párrafo: "No podrán reunirse dos o más de estos Poderes (Legislativo, Ejecutivo, Judicial) en una sola persona o corporación..." Y, finalmente, el artículo 89: "Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes... XIV. Conceder, conforme a las leyes, indultos..."

II. LA PUNIBILIDAD

1. *Punibilidad es 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.*

Los dos integrantes de la norma jurídico-penal son el tipo y la punibilidad. La punibilidad, por ubicarse en el mundo normativo, tiene las mismas características que el tipo: a) generalidad, porque se dirige a todos los individuos; b) abstracción, pues no se refiere a un caso con-

creto, sino a todos los que acontezcan durante la vigencia de la norma, y c) permanencia, dado que subsiste, se aplique o no, en tanto subsista la norma. Punibilidad es conminación de retribución penal, formulada por el legislador para la defensa de intereses sociales determinados que se busca tutelar. La punibilidad constituye la particularidad esencial de la norma jurídico-penal sustantiva. Al amenazarse con un mal condicionado a la culpable concreción de un tipo legal, se está formulando una norma jurídica, pues a final de cuentas esta amenaza es lo que determina la existencia de la prohibición o el mandato contenido en el tipo legal: sin punibilidad, los textos legales serían, tan sólo, expresión de deseos (buenos deseos en el mejor de los casos) del legislador. Ahora bien, el carácter coactivo de la punibilidad es lo que distingue a la norma jurídico-penal de otra clase de normas (morales, religiosas, etcétera). Y su característica de amenaza de retribución —no únicamente de reparación— es la que permite distinguir a la norma jurídico-penal de otra clase de normas jurídicas.

La punibilidad es previa a la comisión del delito. Ninguna conducta constituye delito si no está prevista por un tipo legal al que se asocia una determinada punibilidad. La punibilidad existe con independencia del delito: la punibilidad está en la norma, y allí permanece se cometan o no se cometan delitos. El señalamiento de varios autores mexicanos de que la punibilidad es una consecuencia del delito parece deudor de la confusión de niveles en los que se localizan las sanciones penales.¹⁴ Lejos de la verdad está tal afirmación, pues la comisión de un delito no lleva a los legisladores a reunirse a elaborar punibilidades mediante el proceso legislativo. Por el contrario, para que una conducta pueda ser considerada como delito, se requiere —ya se apuntó— que la misma esté conminada en la norma. Ello significa que la norma jurídico penal es fundamentadora del delito, y, por ende, previa a éste. Por otra parte, frente a la afirmación de que la punibilidad es elemento del delito,¹⁵ bastaría con pensar que aquella pertenece al mundo normativo y éste al mundo fáctico. No podría un ente normativo ser elemento de un ente fenoménico. Debiera ser claro, también, que los elementos del delito surgen *con* el delito mismo, como sabe Perogrullo, y si la punibilidad —diré por enésima vez— es previa al delito, es impensable

¹⁴ Entre otros, tal opinión sustentan, en sus sendas obras citadas, Celestino Porte Petit y Fernando Castellanos Tena.

¹⁵ Blasco y Fernández de Moreda, "Nuevas reflexiones sobre las características del delito", en *Criminalia*, IX, pp. 436 y ss. Del mismo autor: "La tipicidad, la antijuricidad y la punibilidad, como caracteres del delito, en su noción técnico-jurídica", en *Criminalia*, IX, p. 441.

que sea elemento del mismo. La punibilidad no es ni retribución ni privación de un bien. Es, tan sólo, una advertencia que lanza el legislador sin saber, es obvio, a quién va a aplicarse

2. Cuando cuestionamos sobre la legitimación de la punibilidad, lo primero que tenemos que preguntarnos es qué puede prohibir el legislador, es decir, qué conductas deben ser conminadas con la amenaza penal. Hoy ya no puede pensarse en que alguna función estatal tenga fines divinos o trascendentales. Esa visión misticante no resiste un análisis: esos fines no son cognoscibles objetivamente, y si sólo se suponen, la suposición válida será la del que tenga la fuerza de imponerla. De ninguna manera, tampoco, podría aceptarse que mediante la punibilidad se buscara la corrección moral. Sería inacabable la lista de conductas que, desde la óptica de la moral dominante, podrían descalificarse éticamente. Pero, además —y esto es lo más importante—, no puede considerarse con seriedad que el Estado esté legitimado para imponer determinadas pautas morales.

En atención al fuerte impacto que en la vida de los hombres tiene la sanción penal, las normas penales, por la gravedad de las penas que prevén, deben crearse sólo cuando sea necesario para asegurar las condiciones que hagan posible la convivencia social. Como es fácil comprender, si bien las conductas *inmorales* —respecto de los valores dominantes— han de tolerarse en una sociedad plural, cuando están en juego las aludidas condiciones, es obvio, surge la necesidad de la ley penal. Esta necesidad no surge de la *voluntad legislativa*. Más que un asunto de voluntad, los ejes definitorios están dados por las perspectivas observables en la vida en sociedad. Si se puede tolerar incluso cierta antisocialidad, difícilmente podría decirse lo mismo de las conductas que atentan contra bienes tales como la vida, la salud, la libertad, para apuntar ejemplos extremos. Estas conductas, de no ser prohibidas, nos harían vivir la *ley de la selva*. Nadie puede esperar, es claro, que las normas penales las eviten por completo, pero lo cierto es que alguna influencia han tenido en la preservación de una coexistencia civilizada. La punibilidad, así, tiene un fin de prevención general. No puede ignorarse, por otra parte, que el derecho penal tiene un carácter subsidiario, por lo que no se puede echar mano de él allí donde basten, para garantizar las indispensables condiciones de subsistencia social, otros medios. La ley penal debe ser refuncionalizada hasta convertirse en un catálogo de conductas y sanciones comprimido. Este planteamiento no es novedoso y puede parecer muy trillado. No debe pasarse por alto, sin embargo,

además de la frecuente ausencia de claridad de su formulación, que en nuestro país se conminan con sanción penal numerosas conductas que, en definitiva, no dañan interés social alguno. El hecho de que se sigan tipificando, por ejemplo, el adulterio o la vagancia y malvivencia, sirve para justificar la reiteración.

Tipificar conductas que no lesionan o ponen en peligro esas condiciones va en contra del mandato establecido por el artículo 39 constitucional, que establece que el poder público se instituye (y, por tanto, se ejerce) en beneficio del pueblo. No se ejerce el poder legislativo en favor del pueblo, sino en su contra, si se tipifican conductas si no es en función de la necesidad social: si el papel rector del derecho penal es el de preservar las condiciones mínimas de subsistencia, si excede este rol estaremos ante la perversión de la ley penal. Pero decir que deben tipificarse las conductas que atentan contra esas condiciones significa propugnar la alteración de la dirección tradicional de los códigos penales: para mantener su legitimidad, el derecho penal no deberá omitir la tipificación de *ninguna* de las conductas cuya persecución exija la necesidad social.

La tipificación de esa clase de conductas (en exclusiva) no es suficiente para que la punibilidad quede legitimada. Toda vez que la punibilidad, como integrante de la norma, busca la tutela de intereses sociales (bienes jurídicos), y éstos tienen diverso valor, la punibilidad debe expresar ese valor. Más aún: el bien jurídico debe visualizarse como un objeto “que tiene su imagen en el intervalo de punibilidad”.¹⁶ Esta postura conlleva la necesidad de una jerarquía y una discriminación en subconjuntos de los bienes jurídicos. Todos ellos son dignos de protección, pero no se oculta la diversidad de su valía. Nadie puede dudar, pongamos por caso, que el bien jurídico tutelado en el tipo legal de violación es de mayor importancia que el protegido en el tipo legal de injurias. Jiménez Huerta escribe:

Es la vida humana el bien jurídico que ocupa el primer lugar entre los valores tutelados penalmente... La vida humana ocupa, pues, el primer rango en la escala ideal de los valores jurídicos de magnitudes constantes, habida cuenta de que cuando se pierde la vida salen sobrando todos los demás valores humanos. De ahí que en los modernos tiempos las leyes punitivas sancionen con las más graves

¹⁶ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, *Lógica del tipo en el derecho penal*, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1970, p. 42.

penas el hecho de segar la vida del hombre, pues éste es, como Teilhard de Chardin ha dicho, eje y flecha de la evolución del mundo.¹⁷

Causa pena observar que este principio del derecho penal liberal —proporcionalidad entre el bien jurídico y la punibilidad— entra en conflicto, en los códigos de nuestro país, en múltiples ocasiones, con las directrices seguidas por el legislador. Se observa en el Código Penal para el Distrito Federal —verdadero código modelo de los códigos de los diferentes estados de la República, en términos generales— que la punibilidad asociada a los tipos que tutelan bienes patrimoniales puede dar lugar a que la punición por un delito de índole patrimonial sea mayor que la punición por un delito de homicidio simple doloso, no obstante que el bien lesionado en éste es más importante que ningún otro. En efecto, el Código Penal para el Distrito Federal, en cuanto a los tipos patrimoniales, sigue el sistema de establecer la punibilidad de acuerdo con la cuantía. En el caso del robo, verbigracia, si el valor de lo robado no excede de dos mil pesos, la punibilidad es hasta de dos años de prisión y multa hasta de dos mil pesos; si excede de dos mil pero no de ocho mil pesos, la punibilidad es de dos a cuatro años de prisión y de dos mil a ocho mil pesos de multa, y si excede de ocho mil pesos, la punibilidad es de cuatro a diez años de prisión y de ocho mil a cuarenta mil pesos de multa. Ahora bien, si el robo recae sobre un vehículo estacionado en la vía pública y no ocupado por persona alguna, hay una punibilidad adicional: de tres días a ¡diez años! de prisión. Si un individuo roba un automóvil (que en la actualidad, necesariamente, tiene un valor superior a los ocho mil pesos), la punibilidad aplicable es de cuatro a diez años de prisión, multa de ocho mil a cuarenta mil pesos y, además, de tres días a diez años de prisión. Si el juez decide imponer, por ejemplo, seis años de prisión por el monto y tres por la agravante (independientemente de la multa), la punición para este robo sería más alta que la que se impusiera a un homicidio simple doloso si el juez impusiera la mínima. Esta desproporción monstruosa, si bien se concretizaría a nivel judicial (y hay muchos casos reales), es posibilitada a nivel legislativo (por las punibilidades).

En el Código Penal de Veracruz —que no puede dejar de citarse por ser tan reciente, aunque por desgracia no tan moderno, y porque en su elaboración intervinieron prestigiados juristas, penitenciaristas y crimi-

¹⁷ Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano, II, La tutela penal de la vida e integridad humana*, tercera edición, México, Editorial Porrúa, 1975, pp. 17 y 18.

nólogos—¹⁸ tampoco hay un respeto cabal al principio de equivalencia entre bien jurídico y punibilidad. En efecto, no obstante que en la exposición de motivos se indica que

... el Código Penal si bien protege a la sociedad fundamentalmente, no puede perder nunca de vista el (*sic*) sujeto del delito que también forma parte de la misma sociedad y que debe ser protegido por la propia ley, porque tanto lesiona la (*sic*) sociedad un ilícito como que el Estado se ensañe con su fuerza con el agente del delito por no estar previsto en la ley un justo equilibrio de los valores éticos individuales y sociales que deben protegerse con estas normas.

No obstante esta indicación —repito—, encontramos, por ejemplo, que mientras el homicidio doloso (no calificado) tiene una punibilidad de seis a quince años de prisión y multa hasta de veinte mil pesos (artículo 109), al tipo de secuestro se le asigna una punibilidad de dos a veinte años de prisión y multa de cinco mil a cincuenta mil pesos, a uno de los tipos de abigeato de cuatro a doce años de prisión y multa hasta de cien mil pesos, y al terrorismo de tres a treinta años de prisión, multa hasta de cien mil pesos y suspensión de derechos políticos hasta por cinco años. Es de hacerse resaltar que la punibilidad máxima del terrorismo es, precisamente, el doble de la del homicidio.

No parece estar equivocada Lolita Aniyar cuando escribe, refiriéndose a las conminaciones penales, que “son desproporcionadas y proyectan luz sobre los verdaderos intereses que representan”.¹⁹ Cabe decir que el Estado, al ejercer el *ius puniendi*, no sólo pierde legitimidad al conminar penalmente conductas que no afectan las condiciones indispensables para la preservación de la coexistencia social, sino también cuando rompe la proporcionalidad entre bien jurídico y punibilidad. Pero los ejemplos que hemos citado no revelan, como podría pensarse, una contraposición entre Estado (en ejercicio del *ius puniendi* a nivel legislativo) y sociedad, sino, más particularmente, entre Estado y determinadas clases sociales.²⁰

Otra variante en la terminación cuantitativa de la punibilidad es la que atiende a que la conducta sea dolosa o culposa. Se considera que la

¹⁸ Entre los integrantes de la comisión revisora del Código Penal se encuentran Ezequiel Coutiño Muñoa, Celestino Porte Petit, Sergio García Ramírez, Luis Marcó del Pont, Moisés Moreno Hernández y Carlos Vidal Riveroll.

¹⁹ Aniyar, Lola, *El proceso de criminalización*, ponencia en el Primer Congreso Interamericano de Estudios Criminológicos, Caracas, noviembre de 1972.

²⁰ Sobre este tema, véase la magistral obra de Poulantzas, Nicos: *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*, séptima edición, México, Siglo XXI, 1973.

conducta dolosa tiene un contenido más grave. Sin embargo, algunos autores ponen en tela de juicio esta viejísima y aceptada creencia. Lolita Aniyar objeta la baja punibilidad (de seis meses a cinco años de prisión) que el Código venezolano asigna al homicidio culposo, porque entiende que éste demuestra “una verdadera conciencia despreciativa del máximo valor humano... es el máximo desaffo de la indiferencia a los esfuerzos de la humanidad por afinar sus sentimientos de solidaridad social...”²¹ Antonio Beristáin propone una revaloración de la actitud del legislador penal ante los delitos culposos ocasionados con motivo del tránsito de vehículos.²²

Finalmente, constituyen criterios para la determinación cuantitativa de la punibilidad: la lesión (consumación) o puesta en peligro (tentativa) del bien jurídico, la clase de personalidad del sujeto activo y el punto crítico entre intervalos, para evitar las contradicciones entre éstos.

Por lo que se refiere a la determinación cualitativa de la punibilidad, es innegable que se ha abusado de la sanción privativa de libertad (prisión), no obstante que se ha señalado exhaustivamente su fracaso.²³ Sobre los substitutivos se hablará más adelante.

III. LA PUNICIÓN

Punición es fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad.

La punición es la medida de punibilidad impuesta por el juez a quien considera culpable de un delito, o, en otros términos, es la imposición judicial de una pena. La punición no puede confundirse —como lo han hecho los juristas— ni con la punibilidad ni con la pena.

Su fundamento es, justamente, la punibilidad. Dentro del intervalo más o menos amplio que establece el legislador, el juez se ve precisado a elegir, en cada caso concreto, un punto específico.

El fin de la punición es el reforzamiento de la prevención general, pues ésta se diluiría si no tuviera un respaldo real. La punibilidad no es suficiente para lograr una prevención general allí donde las normas

²¹ Aniyar, Lola, *op. cit. supra*, nota 19.

²² Beristáin, Antonio, “El delito de peligro por conducción temeraria”, en *Cuestiones penales y criminológicas*, Madrid, Reus, 1979, pp. 281 y ss.

²³ Véase Ruiz Funes, Mariano, *La crisis de la prisión*, La Habana, 1948.

son letra muerta. Sin punición, esto es, sin la individualización de la punibilidad, las normas tienen una precaria sustentación pues, aun cuando contienen conminaciones, éstas no producen las consecuencias deseables si se sabe que no serán actualizadas. La eficacia de las conminaciones penales es impensable si entre los individuos hay la convicción de que jamás serán realizadas. La eficacia normativa está vinculada a que las concretaciones de las figuras típicas produzcan consecuencias para el autor. Un combate contra las arbitrariedades policíacas, por ejemplo, no puede tomarse en serio si ellas quedan impunes. La punición amplía el carácter preventivo general del derecho penal. No hay intimidación sin punición.

2. Ahora bien, la intimidación puede lograrse, en el nivel judicial, imponiendo al delincuente los puntos máximos de la punibilidad. Sin embargo, no cabe duda de que tal proceder sería por completo ilegítimo. Se estaría instrumentalizando al sujeto al imponerle castigos ejemplares sin atender a las motivaciones de su conducta. Es evidente que así como a nivel legislativo es menester trazar límites al *ius puniendi*, a nivel judicial también deben existir fronteras.

Modernamente se ha rechazado el principio de retribución al tratarse la cuestión de qué sanción individualizada debe imponer el juez. Y es que el término retribución recuerda aquella etapa en la que se veía la sanción penal como una expiación.

Sin embargo, si se rebasa el plano abstracto de las propuestas ideológicas, habrá de admitirse que no es convincente la retórica románticista según la cual con la punición se está beneficiando al delincuente, pues la punición consiste en la imposición de una pena, y aunque ésta debiera buscar la readaptación del delincuente, es, por definición, privación de bienes. El papel de la punición conduce a rechazar que en su esencia se encuentre un bien para el sujeto. No obstante la herencia histórica poco favorable para el término "retribución", si se quiere señalar límites al *ius puniendi* estatal en el estadio judicial, nada mejor que introducir —para ese solo fin— el principio de retribución. El juez, al dictar la punición, ha de tomar en cuenta toda la complejidad y densidad de la constelación fáctica que de alguna manera incluyó en la conducta del sujeto, y de acuerdo con esta captación ha de normar su criterio. En la atención a estas circunstancias radicaría que la punición no se convirtiera en un castigo arbitrario: se estaría ante el principio de que la punición no puede rebasar la medida de la culpabilidad.

Adviértase que si es válido rechazar el principio de retribución con

vista a no caer en un rigor excesivo en la imposición de las penas y a no darles a éstas un carácter trascendental mistificante, sin tal principio iríamos a un callejón sin salida: sin él la punición no tendría límites.

La legitimidad de la punición depende, por una parte, de que el sujeto sea culpable en la comisión de un delito, y, por otra, de que la pena impuesta no rebase su grado de culpabilidad.

De las consideraciones anteriores surge una comprensión adecuada de que si la culpabilidad es totalmente inadecuada para *fundamentar* la potestad penal estatal, con base en ella puede *limitarse*. El principio de retribución —sin que lo hubieran imaginado sus creadores— tiene, entonces, un acierto definitivo. Quienes subestiman la función de garantía de la culpabilidad, lo hacen debido a una mala comprensión de su importancia ante los excesos judiciales. La creencia de que no puede medirse, debiera ser claro, se debe, en buena parte, al abismo que separa a la construcción teórica de una adecuada política criminal.²⁴ El modelo lógico sugiere una manera de intentar tan importante medición.²⁵

El ordenamiento jurídico parte de la hipótesis de que los individuos gozan de libre albedrío, esto es, de libertad psicológica. Aunque son indudables las dificultades para probar esa hipótesis, y aun cuando fuera imposible hacerlo, a nadie escapa que por ser un supuesto del que se parte, ha de considerarse un axioma. Hay, pues, que insistir, con Roxin, en esto:

Como es conocido, no se puede decidir con seguridad si esa imagen del hombre (como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad), constitutiva para el ordenamiento de nuestra comunidad, es acertada con arreglo a las ciencias del ser, o si quizás no habría que caracterizar al *homo sapiens* más bien como un peligroso animal de presa o como una máquina complicada. Pero esto no cambia nada del hecho de que los hombres —de acuerdo con su relativa “ligazón a los instintos” y con la “apertura al mundo” condicionada por lo primero y necesitada de orientación por unas normas— existen en todos los tiempos con la conciencia de libertad y responsabilidad, y de que materialmente no pueden por menos de conformar su vida en común según

²⁴ Bacigalupo opina que el principio de culpabilidad es “...poco más que una remisión a los sentimientos del juez”, en “Significación y perspectivas de la oposición derecho penal-política criminal”, en *Revue Internationale de droit pénal*, número 1, 1978, p. 25.

²⁵ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, “El error en el modelo lógico del derecho penal”, en *Derecho penal contemporáneo*, número 38, Facultad de Derecho, UNAM, mayo y junio de 1970, páginas 13 a 68. De la Barreda Solórzano, Luis, *Culpabilidad y ius puniendi*, México, 1979.

proyectos conforme a un sentido, que ciertamente no se puede probar con los métodos de las ciencias naturales que sean “correctos”, pero que tienen, con total independencia de ello, su legitimación en cuanto decisión para crear un orden libre y conforme al Estado de Derecho.²⁶

El razonamiento transcrito posee, no hay duda, una admirable claridad: no se trata de una demostración científica, sino, justamente, de un principio cultural. De ahí se sigue que el Estado carece de legitimación, en absoluto, para llevar su potestad punitiva, a nivel judicial, más allá de lo que corresponde, en el caso concreto, al reproche que puede formularse a un hombre capaz de asumir su responsabilidad. La conclusión es que el principio de culpabilidad cumple una función de garantía de primer orden. El concepto de retribución, por tanto, se utiliza en favor de los individuos y como una limitación del poder del Estado. Se trata, es evidente, de que aun cuando se considere que el individuo debe “pagar” por lo que hizo, y el Estado está facultado, en nombre de la sociedad, a “cobrarse”, el “pago” debe ser proporcional al daño causado. Estos razonamientos los recoge el artículo 17 de la Constitución que señala que los tribunales estarán expeditos para administrar justicia; esa justicia nunca sería tal si el “cobro” excediera al daño. De otra suerte, ya no se trataría de un “pago” por lo que hizo, sino de un “pago” y algo más (un ingrediente adicional que ya no correspondería al pago). Esto jamás estaría legitimado.

De lo anterior se desprende que mientras la ciencia resuelve el acuciante problema de la libertad, los juristas no necesitan esperar el desenlace. Aun cuando exista un recelo justificado (por no estar probada científicamente) respecto a la existencia de la libertad, no podrá negarse su fundamentación en el sistema normativo que, a su vez, parte de postulados esenciales de nuestra civilización. De ahí que el juez no pueda imponer sanciones ilimitadas ni aun cuando éstas sean eficaces para los fines de prevención general o especial, pues con tal proceder el Estado estaría sobrepasando el límite retributivo (se estaría “haciendo pagar de más”). Con los planteamientos que se han formulado, la idea de retribución se ve despojada del carácter autoritario y arbitrariamente represivo con que siempre se le había utilizado. Tesis: el principio de retribución permite entregar al individuo al poder omnímodo del Estado. Antítesis: el principio de retribución debe ser desechado en virtud de que es un remanente de la nefasta ley del talión: “ojo por ojo, diente por diente”. Síntesis: el principio de retribución, y, con él, la idea de

²⁶ Roxin, Claus, *op. cit. supra*, nota 7, pp. 27 y 28.

culpabilidad, debe emplearse para preservar al súbdito —y con él a la sociedad civil— del abuso del poder estatal.

Si se entiende la idea de la culpabilidad como se ha esbozado, no hay duda de que la facultad punitiva estatal queda sometida y controlada dentro de límites de respeto a la libertad individual, sin la cual carecería de sentido hablar de retribución y sería imposible estructurar una idea de culpabilidad.

La idea de culpabilidad como instrumento de protección frente al Estado equivale, pues, a falta de legitimación del Estado para punir con mayor rigor de lo que permitiría, en un caso concreto, el reproche que le fuera formulable al sujeto que no acató la prohibición penal en ejercicio de su libertad psicológica. Así, la idea de culpabilidad está orientada en contra de prácticas antidemocráticas y represivas. No sólo el artículo 17 de la Constitución —ya aludido— fundamenta una postura como la esgrimida: también el artículo 39 de la ley suprema, si atendemos a que ningún poder debe funcionar sino en beneficio del pueblo. Se advierte que una práctica judicial abusiva conspiraría contra este precepto.

3. Está cada vez más extendido el reconocimiento de que nadie ha de ser castigado por su peligrosidad. Con independencia de las innegables dificultades para aprender lo que tal concepto significa,²⁷ si se considera que la potestad punitiva estatal, a nivel judicial, está limitada por el grado de culpabilidad del sujeto, es inobjetable que éste no puede ser castigado en atención a lo que pueda hacer en el futuro.

Se conocen las consecuencias de la postura teórica peligrosista.²⁸ Así, por ejemplo, si lo que interesa es evitar que el peligroso tenga oportunidad de desplegar su peligrosidad, sería válido apresurarse a imponerle una pena que exceda en demasía la reprochabilidad de su comportamiento.²⁹ Si tal idea —con sustento en la positivismo criminológico italiano— es llevada a sus últimas consecuencias, se pueda sancionar al peligroso por anticipado, esto es, predelictualmente, así la sanción pretenda ocultarse empleando el eufemístico término de “medida de seguridad”.

²⁷ Morris, Norval, *El futuro de las prisiones*, México, Siglo XXI, 1978, p. 103.

²⁸ Sobre el riesgo de que el concepto “peligrosidad” se utilice para cometer arbitrariedades: Lima, María de la Luz, “La peligrosidad”, en *Criminalia*, enero-junio, 1981, p. 101.

²⁹ Pinatel observa que no hay correspondencia cierta entre la gravedad de la infracción y el estado peligroso, en *Criminología*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1974, p. 581.

Una de las consecuencias más nocivas de la postura peligrosista es la que plantea que, ya que el reincidente ha mostrado ser peligroso, la punición debe agravarsele (artículos 65 y 66 del Código Penal para el Distrito Federal). Esta consecuencia es inadmisibles. El sujeto que ha delinquido con anterioridad y ha sido punido por ese delito, ya ha "pagado", y no tiene por qué volver a hacerlo. Este razonamiento elemental exhibe la exigua sustentación de la postura comentada. Si el sujeto delinque de nuevo, castíguesele por el nuevo delito, y no por el que ya fue castigado. Si al sujeto se le aplica una dosis de punición por un delito que ya le reportó una sanción, se está dando la puntilla al precepto constitucional según el cual nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito (artículo 23 de la Constitución), en sentido estricto.

En el mismo sentido se observan disposiciones en los códigos penales de las diversas entidades federativas. También en el nuevo código veracruzano y acentuadamente, como se advierte con sólo leer las siguientes líneas de la exposición de motivos:

En cuanto a la reincidencia . . . se adoptó en esencia el artículo 17 del Código vigente, condicionándola no solamente a que el sujeto cometa otro delito sino que éste indique tendencia antisocial, es decir, se contempla el problema de la reincidencia con base en la peligrosidad del delincuente, además de los delitos cometidos.

Esto es: el criterio de la prevención especial, desdeñando garantías, llevado a sus últimas consecuencias. La ideología estrechamente represiva que anima las ideas transcritas —identificada con el más recalcitrante positivismo criminológico—, salta a la vista.³⁰

No es gratuita la afirmación de que este nuevo código, siendo nuevo, no es, por desgracia, moderno.

4. La idea de una culpabilidad, como una función de garantía, está vinculada a esta otra: si el Estado carece de legitimación para punir más allá de lo que permite la gravedad de la conducta delictuosa del sujeto, a éste le corresponde "cargar" con la sanción, pues de otro modo, sin duda, se deformaría el principio de culpabilidad. El pensamiento expresado no parte de la vetusta idea de que, cometida una conducta

³⁰ "Quizá la clase más comúnmente usada (al hablar) es la de delincuentes peligrosos o temibles como consecuencia de la tesis de la peligrosidad o temibilidad de origen positivista y defensorista, que difícilmente se puede mantener hoy y que, si se hace, ha de serlo con ciertas reservas": López Rey, Manuel, *Criminología*, Madrid, Editorial Aguilar, 1973, p. 451.

antisocial, se enfrenta el interés particular del enjuiciado al interés general de la colectividad. Tal esquematismo está ligado a una visión prejuiciada. El delito no convierte al individuo en un ente fuera de la sociedad. Cabe subrayar, frente a esta interpretación, que ante una conducta antisocial se contraponen dos intereses particulares, el del activo y el del pasivo (sea unitario o múltiple), y el Estado debe satisfacer ambos intereses. ¿Cómo se logra esto? Puniendo la conducta punible, sí, pero (es decisivo insistir) dentro de ciertos límites.

Se advierte aquí que, como resultado de su propia conducta, quien delinque está obligado a soportar la imposición de una pena, porque como miembro de la sociedad civil tiene que responder, no como se responde en las religiones por un pecado, sino para la salvaguarda de la coexistencia social, *nada más en la medida de su culpabilidad* (correspondencia entre culpabilidad y punición).

La dimensión de 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 (la conservación del orden indispensable para vivir en comunidad), sino que se le confirme su calidad de individuo capaz de asumir derechos y obligaciones efectivamente. Este significado ideológico de la culpabilidad permite refuncionalizar el sentido principal de la punición.

En una palabra —apunta Roxin con precisión—: el fin de prevención general de la punición sólo se puede perseguir en el marco de la culpabilidad individual. Si se va más allá y por tanto se hace expiar al autor por las presuntas tendencias criminales de otros, se atenta en realidad contra la dignidad humana. Pues la eficacia protectora de este concepto consiste precisamente en que el particular es para el orden jurídico la medida de todas las cosas, en cuanto tiene que responder con su persona sólo por aquello de lo que conceptualmente esa persona es culpable.³¹

La aceptación de que al sujeto puede reprochársele su conducta y de que, por tanto, está obligado a sufrir las consecuencias de ella, en modo alguno justificaría la conclusión de que *toda* la responsabilidad por su proceder es suya, pues una conclusión así se utilizaría para hacer prevalecer teóricamente la cómoda actitud del Estado de omitir medidas indispensables de política social encaminadas a combatir algunos de los factores que inciden en la criminalidad.

³¹ Roxin, Claus, *op. cit. supra*, nota 7, p. 29.

Es indispensable no ignorar estos factores. Gimbernat escribe:

La visión que el principio de culpabilidad da del delincuente, es la de una persona éticamente mala que podía hacer el bien y, sin embargo, hace el mal: sobre esta base de superioridad y buena conciencia de sociedad frente al delincuente es fácil olvidarse del problematismo de la pena estatal y de nuestra obligación de —sin ahorrar ningún medio— tratar humanamente a quien viola la ley penal: un infeliz marginado del que la sociedad debe ocuparse como lo haría de los subnormales o de los inválidos.³²

Si bien no es evidente de suyo que el delincuente deba ser considerado como subnormal (idea peligrosamente positivista) o inválido, este sentimiento de superioridad y buena conciencia debe eludirse.

El enfoque de la culpabilidad que se ha propuesto no tiene una base ética, sino que se basa en el axioma culturalmente aceptado de que, en sociedad, el hombre puede actuar con libertad, y funciona como *garantía* del individuo frente al poder público: la medida de culpabilidad como extremo máximo a que puede, proporcionalmente, llegar la punición. Si el principio se concibe en el sentido indicado, nada obstaculiza que se dé a quien ha delinquido un tratamiento humanitario. Por otra parte, debe alejarse la idea de que el *concepto* de culpabilidad se identifica con el *sentimiento* de culpabilidad, que, según afirma Muñoz Conde, es necesario para que pueda formularse un juicio de reproche.³³

Como apunta Córdoba Roda, la culpabilidad es concebida normativamente

... como un juicio que no obstante ser calificado como un *reproche* dirigido al sujeto, no requiere la existencia de un sentimiento o de una vivencia de dicho juicio por el individuo; como un reproche que no presupone, en absoluto, un juicio desvalorativo del sujeto sobre su propia resolución de delinquir.³⁴

5. Expuesta y fundamentada que ha sido la opinión de que en ningún caso la punición debe exceder de la medida de la culpabilidad, puede plantearse la cuestión de si *puede* quedar por debajo de ella.

³² Gimbernat Ordeig, Enrique, "La culpabilidad como criterio regulador de la pena", Coloquio internacional, *Revista de Ciencias Penales*, Chile, Instituto de Ciencias Penales, enero-abril 1978, p. 81.

³³ Muñoz Conde, Francisco, *El principio de culpabilidad*, Comunicación a las III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Santiago de Compostela, 1975.

³⁴ Córdoba Roda, Juan, *Culpabilidad y pena*, Barcelona, Bosch, 1977, p. 32.

Los partidarios de la teoría retributiva, desde luego, se oponen a esa posibilidad: la sanción —arguyen— ya no tendría el carácter de una retribución *strictu sensu*. La retribución sólo es tal si el sujeto paga lo que hizo. Se revela ésta como una óptica, en rigor, estrechamente expiacionista. Desde mi punto de vista, en cambio, si la idea de retribución es útil en el sentido que ya se ha expuesto, cumpliendo una función de garantía, sin que para ello obste desentenderse de ideas de expiación, nada impide que la punición sea proporcionalmente menor al grado de reproche que le sea formulable al sujeto. Si en la actualidad es innegable el influjo de factores sociales sobre la criminalidad, influjo que se traduce en una corresponsabilidad de la sociedad en el hecho de la delincuencia, el imponer penas proporcionalmente menores al *quantum* de reproche no equivale sino al reconocimiento, por parte de los jueces, de esa porción de responsabilidad social.

6. De lo expuesto se advierte que el juez cumpliría, en una sociedad democrática, una importantísima función, allí donde actuara no como *longa manus* del ejecutivo, sino como defensor de los derechos democráticos y garante de la disidencia y el pluralismo, para lo cual la independencia del poder judicial es *conditio sine qua non*.³⁵

IV. LA PENA

1. *La pena es la real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial, y determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización.*

La pena consiste en la ejecución de la punición impuesta por el juez en su sentencia condenatoria. El concepto remite a un acontecimiento de orden fáctico. La facticidad de esta categoría indica que —a diferencia de la punición, en la que se individualiza una punibilidad, y, por tanto, se dicta una norma individualizada— está constituida por el hecho de que el sujeto sufra una privación de un bien. La pena no es efecto del delito, pues no opera entre ambos el principio de causa-efecto; sin embargo, la pena debe ser la consecuencia del delito y de la punición, en sentido estricto. Se puede plantear, formalmente, así: dado un delito, debe darse una punición, y dada una punición debe darse una pena.

³⁵ Ibáñez, Perfecto Andrés, "Conflicto y control social", *El Viejo Topo*, extra/7, Barcelona, pp. 18 a 21.

Por el principio lógico de transitividad: dado un delito, deberá darse una pena. Si A es, debe ser B, esquematiza Kelsen.³⁶

El fundamento de la pena es la punición. No podría serlo el delito, que es un hecho. La punición, en cambio, es una norma individualizada (dada en la sentencia) en la cual se ordena la pena. Si la punición es una construcción del juez, a través de la pena se realiza esa construcción.

La pena, como la punición, halla su legitimación en que el sujeto que ha de sufrirla sea culpable de la comisión de un delito. Aun cuando hubiera ya una punición, si se descubre que el sujeto no es culpable, la pena no debe ejecutarse. De allí la figura del indulto necesario.

Si se comprende que la pena es un hecho, se verá claramente que sus características son las siguientes: a) particularidad, porque la sufre un sujeto determinado; b) concretación, porque es un hecho concreto, y c) temporalidad, porque se ubica en un momento precisamente determinado, y, por tanto, se agota concluido este momento.

Si la pena debe servir a fines racionales y debe posibilitar la vida humana en común, debemos inclinarnos a pensar que debe buscar la reivindicación del delincuente. Se justifica, pues, la pena, como instrumento de repersonalización del individuo. En el campo de visibilidad de este pensamiento se divisa un objetivo de prevención especial. Pero el objetivo de prevención general no permanece ajeno, pues no puede ignorarse que el cumplimiento de la pena intimida por cuanto se tiene presente que las conminaciones legislativas se cumplen. De ahí la importancia de la cadena punibilidad-punición-pena, etapas en las que se realiza el derecho penal, estadios que forman el derecho penal.

Junto al interés del conjunto de la sociedad en que el sujeto no vuelva a delinquir, está el interés del sujeto en llevar una vida plena al cumplir con su pena. La tarea de repersonalización, empero, sólo puede llevarse a cabo con el pleno consentimiento del sujeto. Nadie puede obligar a un adulto a cambiar sus puntos de vista o su modo de vida.³⁷

Ahora bien, se ataca con violencia el tratamiento durante la ejecución penal. Excesos innumerables explican esos ataques.

Hemos abogado —dicen Taylor, Walton y Young— por una Criminología normativamente comprometida por la supresión de las desigualdades del poder y la fortuna. Y también hemos abogado enérgicamente que cualquier posición teórica que no asuma como mínimo el

³⁶ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, quinta edición, Buenos Aires, Eudeba, 1967, p. 50.

³⁷ En este sentido hubo consenso en las Reuniones Preparatorias para el VI Congreso de Naciones Unidas para Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

compromiso de ese enfoque, habrá de caer en el correccionalismo (es decir, la rehabilitación individual o la reforma social tangencial).³⁸

Ciertamente, la supresión de las desigualdades del poder y la fortuna ha de ser la meta. Pero en tanto llega, ¿qué hacer con el individuo que cayó a la cárcel? Sería irresponsable plantear que el caso individual —los cientos y miles de casos individuales— no nos interesa porque nuestro objetivo es muy superior. Preocuparse por los casos individuales, además, no tiene por qué ser obstáculo en la lucha por el cambio social. ¿Cambiar la sociedad y mientras dejar que miles de hombres se pudran en las cárceles? No, evidentemente. Luchar por los derechos de esos hombres, por el tratamiento más adecuado en las prisiones (el simple trato humanitario es una forma de tratamiento), y, también, por la transformación del mundo. Por supuesto, como se explicará más adelante, la prisión sólo habría de utilizarse para casos límite.

2. La meta que debe perseguir la pena no cancela la garantía del individuo de no sufrir un castigo que exceda su culpabilidad. El éxito de una tarea que persiga el cambio del individuo delincuente depende, en definitiva, de la capacidad para lograr esa transformación en el tiempo señalado en la punición. Es muy probable que para la autoridad ejecutiva ese tiempo sea insuficiente, y que se requiera de un lapso que sobrepase la medida delimitada en la punición. Pero ello no será culpa del sujeto. La incompatibilidad entre la capacidad de la autoridad para repersonalizar y la duración de la sanción no ha de resolverse sacrificando al súbdito.

El fracaso del tratamiento es un fracaso del Estado, que no debe traducirse en desmedro de los bienes del individuo. El mismo fracaso podría darse si la pena fuera indeterminada. La pena tiene su fundamento en la punición, y por ello no puede rebasarla. Si se contemplan así las cosas, la culpabilidad no sólo opera como garantía en el nivel judicial, sino también en el nivel ejecutivo. Debiera ser evidente que el sujeto no puede ser sometido a una pena excesiva ni porque se le quiera beneficiar ni porque se le considere peligroso. La subestimación de estas ideas ha llevado al desconocimiento de garantías constitucionales de primera importancia.

La consecuencia más nociva de este desconocimiento, a mi juicio, está plasmada en los artículos 88 y 89 del Código Penal para el Distrito Fede-

³⁸ Taylor, Ian; Walton, Paul y Young, Jock, *Nueva criminología*, México, Siglo XXI, 1977, p. 72.

ral: allí se consagra la posibilidad de que el sujeto que ya cumplió con su condena quede retenido, hasta por una mitad más de la duración de la pena impuesta, cuando a juicio del Ejecutivo haya tenido mala conducta durante la segunda mitad de su condena. Estas disposiciones dan pábulo a que un sujeto, una vez cumplida una pena (impuesta por un determinado delito), sufra otra sin haber cometido delito alguno, sólo por su simple "mala conducta". Esa situación desconoce el principio de que la sanción no puede rebasar la medida de culpabilidad. Más aún: la sanción adquiere un carácter proteico:³⁹ no se aplica en virtud de la comisión de un delito con lo que se viola el principio de legalidad (recogido en el artículo 14 de la Constitución), uno de los principios más preciados del derecho penal liberal, conquistado a sangre y fuego. En efecto, no puede negarse que la retención de que hablan los referidos preceptos es, precisamente, una sanción, esto es, una privación coactiva de un bien (la libertad). Además, sin duda, se viola el principio de división de poderes, y específicamente, la disposición del artículo 21 constitucional, que ordena que únicamente la autoridad judicial puede imponer penas. De ahí que los artículos 88 y 89 del Código Penal para el Distrito Federal sean pluralmente anticonstitucionales (se violan los artículos 14, 17 y 21 de la Ley Suprema, sin contar el artículo 49 de la misma).

Otra vez es obligado citar la exposición de motivos del nuevo código veracruzano:

... la idea de individualizar con agudeza (*sic*) la sanción según la personalidad del infractor y no solamente, como hasta cierto punto ocurrió con el Derecho clásico, conforme a la importancia objetiva del delito cometido. En esta virtud se avanza más (*sic*), universalmente, en el régimen de la pena indeterminada, o al menos relativamente indeterminada... habida cuenta de las necesidades de la defensa social y de la readaptación del delincuente...

El principal avance —¿alguien lo duda?— se da en el desconocimiento de garantías. Valga la contradicción terminológica: un avance involutivo.

3. Una más de las consecuencias de la idea de peligrosidad es la de excluir del derecho al trabajo a aquel que cuente con "antecedentes penales". Esta exclusión configura una violación al principio de igual-

³⁹ Proteo, dios marino que habiendo recibido de su padre Neptuno el don de la profecía, para librarse de los que lo acosaban con sus preguntas, cambiaba de forma cuando quería.

dad de todos ante la ley, y aunque no se deriva directamente de un acto de autoridad de alguno de los poderes estatales, no debe olvidarse que es función del Estado garantizar la efectividad de las garantías de los gobernados. El costo personal y social de haber sido, alguna vez en la vida, un delincuente, es elevado. La práctica frecuente de negar trabajo a quien ha delinquido constituye la multiplicación de la pena, en virtud de que se le castiga una vez que ha cumplido con la pena que le impuso el juez. El problema alcanza extremos paradójicos pues si bien se sostiene que la pena tiene una función rehabilitadora, el temor al individuo que alguna vez delinquiró revela el desprestigio social, la incredulidad con la que se observa esa pretendida rehabilitación.

Pero no terminan allí las deplorables consecuencias de la idea de peligrosidad. El artículo 255 del Código Penal para el Distrito Federal dice: "Se aplicará sanción de dos a cinco años de prisión a quienes no se dediquen a un trabajo honesto sin causa justificada y tengan malos antecedentes." El siguiente párrafo explica: "Se estimarán malos antecedentes para los efectos de este artículo: ser identificado como delincuente habitual o peligroso contra la propiedad o explotador de mujeres o traficante de drogas prohibidas, toxicómano o ebrio habitual, tahur o mendigo simulador o sin licencia." Y el artículo 256: "A los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz o con armas, ganzúas, o cualquier otro instrumento que dé motivo para sospechar que tratan de cometer un delito, se les aplicará una sanción de tres días a seis meses de prisión y quedarán sujetos, durante el tiempo que el juez estime pertinente, a la vigilancia de la policía." Con independencia de lo inasibles que resultan aquí los bienes jurídicos y de lo fantasmales de las conductas típicas, es de observarse que castigar por los malos antecedentes resulta monstruoso. Al respecto, el punto de vista de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es deprimente: tales antecedentes no sólo se comprueban por los datos de los archivos judiciales, sino también por los de las oficinas públicas de investigación.⁴⁰ Esta postura no puede ser sino motivo de preocupación, toda vez que las autoridades administrativas, y entre ellas las múltiples policías existentes, pueden, a su arbitrio, decidir quiénes, de entre los millones de mexicanos desempleados y subempleados, se transforman en delincuentes. Situación kafkiana: si al salir de la cárcel no se encuentra un trabajo, hay que volver a ella, pues nuevamente se está delinquiendo, y así hasta el infinito. ¿Y qué decir de que se comete delito si se es mendigo disfrazado

⁴⁰ Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación*, 1917-1975, segunda parte, Primera Sala, tesis 329, pp. 700 y 701.

o con cualquier instrumento que dé motivo para *sospechar* que se va a cometer un delito? ¡Los actos preparatorios elevados a la categoría de ejecutivos por milagro de la ley! Más aún: ni siquiera actos preparatorios: la policía puede sospechar que si un mendigo trae una llave, intentará introducirse en una casa ajena. Y además de ir a prisión, el sujeto quedará sujeto a la vigilancia de la policía (la extorsión legalizada) por el tiempo que el juez estime pertinente (pena indefinida en su duración).

Con las figuras de vagancia y malvivencia se abre la puerta no sólo a la posibilidad de penas que excedan la medida de la culpabilidad del sujeto, sino que, además de prolongarse hasta el infinito, se vuelvan contra la finalidad que se proclama para la ejecución penal: al sujeto se le impide la reincorporación a la sociedad, en virtud de que el delito alguna vez cometido se le estampa como mancha indeleble. La ausencia de legitimación llevada al extremo: el Estado puede devolver a prisión cuantas veces su capricho lo decida al infeliz sujeto que alguna vez delinquirió, o entregarlo a los desmanes policiacos sin delimitación en el tiempo.

V. LOS DENOMINADOS SUSTITUTIVOS PENALES

I. A pesar de que la preocupación por el radical fracaso de la prisión en su asignada función repersonalizadora está siempre presente en el plano declarativo, pocas veces se observa en los códigos penales efectiva disposición a dar pasos conducentes a sustituir esa sanción. Las dificultades para sustituir en los códigos punitivos la sanción privativa de libertad no surgen en lo fundamental de consideraciones subjetivas de la *voluntad del legislador*, como presupondría un punto de vista psicologista. Tampoco provienen en primera instancia —aunque el lastre de la tradición es considerable— de la inclinación a sobreponer la teoría de la retribución (entendida como expiación) a las exigencias de la racionalización de la sanción penal, sino que tienen su origen básico en una lectura conformista de la realidad y de sus posibilidades de transformación, en la que con frecuencia resulta difícil no enmarañar el objetivo sustancial de la pena. Por ello la coincidencia teórica en que la pena (nivel ejecutivo) ha de tener como objetivo la prevención especial nunca ha sido suficiente para eliminar esas dificultades y despejar el camino hacia el objetivo aceptado teóricamente.

Si la experiencia histórica muestra *en el mundo entero* fracaso absoluto de la pena de prisión en la función invocada, no es comprensible

que se le mantenga como la sanción principal en todos los códigos. Si la prisión no es la vía idónea para reincorporar al individuo a la sociedad, esta sanción ha de contemplarse críticamente. Sin embargo, alterar mecanismos de funcionamiento social es, en cualquier caso, más problemático que conservarlos. Tiene, pues, particular relevancia que diversos códigos contemplen en la actualidad alternativas de sustitución a la sanción privativa de libertad.⁴¹ El hecho mismo de que se recojan en los códigos estas alternativas es señal inequívoca del desgaste profundo de la función repersonalizadora de la pena de prisión.

Sin ninguna duda las sanciones alternativas de la privativa de libertad no se encuentran todavía generalizadas en nuestro país, para lo que se requerirá un tiempo más o menos prolongado, pues apenas se ha desatado un proceso que eventualmente (y nada garantiza de antemano su éxito) culminará en la adopción de esta política penal. Aún así sería equivocado subestimar el formidable impacto de una (incipiente) tendencia que, en sí misma, implica un cambio decisivo en la trayectoria de la política penal mexicana. Se puede depositar alguna esperanza en el éxito de esta empresa reformadora, en la medida en que responde no sólo a un afán subjetivo de modernización, sino también a necesidades objetivas de las circunstancias que vive nuestra sociedad. El esfuerzo por avanzar en el proceso de buscar sustitutivos de la prisión está ligado, por un lado, a la experiencia triunfal de varios países que los han puesto en práctica, así como al contenido demencial que la cárcel impone a la vida del ser humano, pero obedece ante todo a la dinámica propia de la situación penal a escala mundial. En efecto, una hipótesis razonable sugiere que las limitaciones de la sanción privativa de libertad son consustanciales a ésta.

No es desmedido prever que se abrirá un periodo de discusión amplia en el país en torno a la función misma de la cárcel. La limitada capacidad de prevención especial que ha mostrado la privación de libertad y su reducida inserción en los avances del tejido social tienen que ver no sólo, ni fundamentalmente, con el ejercicio no tan esporádico de la represión y las arbitrariedades infinitas del universo penitenciario, sino también con insuficiencias agudas inevitables en un sistema de relaciones sociales como el carcelario.⁴² Por desgracia, para los delitos más

⁴¹ En ese sentido sí se observa un avance en el nuevo código veracruzano. Véase Marcó del Pont, Luis, *Los substitutivos en el nuevo Código Penal de Veracruz*, México, 1981.

⁴² Apasionantes reflexiones al respecto en Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, México, Siglo XXI, 1978.

graves —homicidio, secuestro, violación, delitos de cuello blanco, etcétera— ni los autores más optimistas plantean que las sanciones alternativas a la privativa de libertad tengan eficacia y viabilidad.⁴³

2. Al plantearse el tema de los llamados sustitutivos penales, se está haciendo referencia a las medidas capaces de *sustituir ventajosamente*⁴⁴ 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.

3. 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.⁴⁵

b) El arresto de fin de semana,⁴⁶ que evita la pérdida del trabajo, la disolución de la familia, la prisionalización, etcétera.⁴⁷

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.⁴⁸

4. Entre las medidas no restrictivas de la libertad encontramos:

a) Las sanciones laborales, ampliamente aplicadas en los regímenes poscapitalistas, y recomendadas en el Congreso Internacional Penitenciario de Londres.⁴⁹

b) Las sanciones pecuniarias: multa, decomiso, reparación del daño, etcétera.

⁴³ Lúcidas consideraciones sobre este tema en Norval, Morris, *El futuro de las prisiones*, México, Siglo XXI, 1978.

⁴⁴ Rico, José María, *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, México, Siglo XXI, 1979, p. 96.

⁴⁵ J. Constant, *Traité élémentaire de droit pénal*, t. II, Liège, Imprimeries Nationales, 1966, pp. 963 a 970.

⁴⁶ P. Bibot, "Considerations sur les arrêts de fin de semaine", en *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, 1964, núm. 1, pp. 48 a 51.

⁴⁷ Rodríguez Manzanera, Luis, "La crisis y los substitutivos de la prisión", en *Criminalia*, enero-junio 1981, p. 27.

⁴⁸ *Idem*, p. 28.

⁴⁹ Cuello Calón, Eugenio, *La moderna penología*, Barcelona, Bosch, 1958, p. 596.

- c) Extrañamiento y destierro.
 - d) Amonestación.
 - e) La condena condicional, que suspende la ejecución de la pena si en un cierto plazo el sujeto no vuelve a delinquir.⁵⁰
 - 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”.⁵¹
 - 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.
4. Los denominados sustitutivos penales pueden constituir una alternativa, creativa e imaginativa, frente al fracaso de la prisión.

⁵⁰ *Idem*, pp. 627 y ss.

⁵¹ ONU, *Probation and Related Measures*, 1951, p. 4.