

## ACERCA DEL SISTEMA DE DOBLE VÍA EN EL CÓDIGO PENAL MEXICANO

Álvaro BUNSTER<sup>1</sup>

A la luz de un análisis “ideológico” del derecho penal positivo de este país, se ha sostenido con argumentos dignos de nota que la legislación penal mexicana, inspirada por largo tiempo en el positivismo y hasta hoy no liberada de él plenamente, deja con ello de manifiesto la accidentalidad de ciertos fenómenos imbricados a la historia nacional, e incita a una revaloración de los mismos, que no siempre resulta agradable. Alude, concretamente, a no haberse verificado en este ámbito la recepción de una “antropología” formulada en este país, y sí, en cambio, la importación de diversas filosofías, entre ellas la positivista en la segunda mitad del siglo XIX. Ésta habría influido, en sentido más filosófico que criminológico, como es obvio, en el primer cuerpo de leyes punitivas de alcance federal, el Código llamado de Martínez de Castro de 1871, no obstante el carácter pragmático utilitarista con acento correccionalista de éste; y, por cierto, en sentido criminológico más que filosófico, en el llamado Código de Almaraz y en el vigente de 1931.<sup>2</sup> La exposición que sigue sólo tiene en cuenta los dos últimos.

Es sabido que en las postrimerías del pasado siglo, al adquirir impulso el positivismo criminológico, entendido en sentido lato, y todo lo que desde entonces pasó a tenerse por “moderno” en nuestra disciplina, aparecieron junto a la pena, en el sistema de consecuencias jurídicas del delito, las medidas de seguridad, a modo de un segundo medio de lucha contra una criminalidad de ritmo creciente. Al surgir ellas, y, consiguientemente, un sistema dualista, alcanzó progresiva vigencia el régimen de la doble vía, que se entendió como la posibilidad de imponer al sujeto,

<sup>1</sup> Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>2</sup> Zaffaroni, E. R., *Revista Mexicana de Justicia*, México, PGR, PGJDF e INACIPE, vol. III, núm. 2, abril-junio de 1985, pp. 47 y ss.

además de la pena que tiene fundamento en la culpabilidad, medidas de seguridad basadas en la peligrosidad y portadoras de un signo manifiestamente preventivo-especial. A poco andar, surgió una concepción monista, que aspiró a tener por única consecuencia jurídico-penal del hecho la medida de seguridad, con el fundamento, contenido y signo expresados. Más tarde tal monismo, al reconocer también en la pena una función resocializadora, tendió a asignar a ésta, con las características y principios que le son inherentes, sobre todo el de proporcionalidad con el hecho cometido, la condición de sanción única.<sup>3</sup>

Al hilo de esta evolución, ofrecida aquí por necesidad con un esquematismo que no puede ser mayor, interesa analizar el curso seguido por la legislación mexicana en torno de los polos dualista y monista, a partir del llamado Código de Almaraz de 1929 y del Código en vigor ya por espacio de sesenta y siete años, que desde una inspiración positivista ha emprendido claros rumbos a partir de 1984 hacia un derecho penal de culpabilidad, con la formal consagración, diez años después, de un supuesto sistema de doble vía.

En otro escrito hemos recordado la insatisfacción del positivismo italiano, de tan poderoso influjo en la década de 1930, con un régimen dualista, así fuese de doble vía o vicarial, y su aspiración a un monismo sustentado en la peligrosidad, no a un dualismo en que, por su parte, la pena se asentara en la culpabilidad. Ese monismo, hemos dicho, quería llegar a una sola consecuencia jurídica, que ostentara las características de la medida de seguridad, y que de este modo viniera a reemplazar a la pena. Mencionábamos el monismo del Proyecto Ferri de 1921, de la primera legislación penal soviética y del Código de Defensa Social cubano del decenio de 1930, como, asimismo, el que llegó a campear durante muchos años, desde luego en Estados Unidos, a través de la sentencia indeterminada, hoy día objeto de repudio.<sup>4</sup>

La enérgica postulación de Almaraz de ese monismo para su Código de 1929, y su proclamación de que con aquel texto “[...] no habrá intervención penal cuando no exista temibilidad en el agente, cuando en él no se compruebe estado peligroso alguno”, enfrentaba obstáculos insalvables opuestos por la Constitución, que le impedían, según anotáramos,

3 Silva Sánchez, J. M., *La determinación legal y judicial de las medidas de seguridad para imputables y semiimputables*, Barcelona, 1994, dátil.

4 Bunster, Álvaro, “La evolución legislativa penal mexicana”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXX, núm. 88, enero-abril de 1997, p. 47.

prescindir hasta del principio contenido en el apotegma *nullum crimen nulla poena sine lege*, como habría sido el anhelo de Almaraz. Esto lo forzó, decíamos, a una transacción en que un sistema de sanciones (extrañamiento, apercibimiento, caución de no ofender, multa, arresto, confinamiento, segregación y relegación) dirigidas a prevenir los delitos, reutilizar a los delincuentes y eliminar a los incorregibles (artículo 68 del Código de 1929), más las muy variadas reservadas a los menores, y las diversas especies de reclusión para los “delincuentes” enfermos mentales, los toxicómanos y los sordomudos, sanciones todas ellas de duración indeterminada, no afectarían a todo el universo posible de los transgresores de la ley penal, pues coexistían con las conminadas para quienes no se hallaban en las expresadas situaciones, y que eran y son la mayoría. Se daba, pues, en el Código Almaraz lo que alguna vez<sup>5</sup> hemos calificado de base asimétrica de imputación; esto es, un régimen de penas y medidas de seguridad de secreta propensión monista en torno del polo de la peligrosidad, régimen este aceptado, por cierto que a regañadientes, por José Almaraz y demás que lo diseñaron.<sup>6</sup>

Fue efímera la vigencia del Código de 1929 en razón de su carácter híbrido, de su falta de realismo, de la incompatibilidad del aparato penal propuesto con las posibilidades financieras del Estado, de su frondosidad y de sus deficiencias técnicas.

Se llega así al Código vigente.

A pesar de la atmósfera antipositivista generada durante la breve vigencia del Código de Almaraz, el que le sucedió en 1931 reprodujo en sus líneas esenciales ese sistema de compromisos políticocriminales. Dos de sus redactores, en una obra aparecida tres años después de la promulgación del Código,<sup>7</sup> se pronunciaron en favor de la idea de responsabilidad social, y contrapusieron a ésta lo que llamaban “criterio clásico”, que tuvieron —son sus palabras— por el “menos malo”.

Cabe apuntar, y así lo ha hecho certeramente la crítica extranjera,<sup>8</sup> que es un cuerpo de leyes por demás severo, donde el límite máximo de duración de la pena de prisión ya se fija nada menos que en treinta años (más tarde, en contramarcha con las reformas a que adelante se aludirá,

5 Bunster, Álvaro, “Imputabilidad”, *Diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 48.

6 Bunster, Álvaro, *op. cit.*, nota 4, p. 46.

7 Garrido, Luis, y Ceniceros, José Ángel, *La ley penal mexicana*, México, Botas, 1934, p. 9.

8 Zaffaroni, R. E., *op. cit.*, nota 2, p. 70.

se alzaría inconcebiblemente a los cuarenta y culminaría en los cincuenta). Favorece el texto un sistema de reincidencia “ficta y genérica”, pero es enorme el efecto agravante que asigna a la reincidencia “específica”: de uno a dos tercios que es en la genérica, alcanza en la específica desde dos tercios hasta el doble de la pena (régimen este por desgracia restablecido, dicho sea de paso, en 1996). La comisión de otro delito dentro de los diez años hace del sujeto un “habitual”. Como se insistirá adelante, no se exime de “responsabilidad”, en el sentido que en el Código se concede al concepto de “responsabilidad”, a los enfermos mentales y a los sordomudos. Los menores permanecen sometidos a medidas penales. Se autoriza la “retención” hasta por la mitad más del tiempo de la pena, en razón de una valoración que hace el Ejecutivo sobre la base de una ficción de autorización judicial previa, cuya omisión no obsta a la misma. En el régimen de la individualización de la pena, tomado casi literalmente del Código Penal de la República Argentina, prevalece el criterio positivista bajo la égida de la temibilidad. Reina, en fin, el concepto de “tipo de autor” por la clasificación de los “responsables”, en el sentido que esto tiene en el Código, en primarios, reincidentes genéricos, reincidentes específicos, habituales, cuerdos y enfermos mentales, mayores y menores.

Mantengamos, sin embargo, esta visión de conjunto como trasfondo de lo que de modo más inmediato interesa a esta exposición, a saber, la orientación monista o dualista del Código, y la presencia o ausencia en esta última, si es el caso, del régimen de la doble vía.

Se ha sostenido, cierto es, que frente al texto de 1931 y no al de 1984-1986, ulteriormente reformado a comienzos de 1994, que el del Código es un régimen dualista de soterrada tendencia monista. Esto se apoya en diversos rasgos exhibidos por el Código en las distintas fases por las que ha atravesado, y a los que es menester atenerse.

¿En qué cabe reconocer su dualismo, y en qué, su aspiración monista?

Está fuera de dudas que lo primero se advierte, sobre un trasfondo defensivo, en la admisión de consecuencias jurídicas diversas para imputables e inimputables: la pena para los primeros y la medida de seguridad para los segundos.

El régimen de penas, como hemos expresado, es muy riguroso: en la prisión alcanza hasta los treinta años; en el régimen de medidas de seguridad se da, sostenemos, una sola, indicada en el numeral tercero del artículo 24: “la reclusión de locos, sordomudos, degenerados o toxicó-

manos”, regla que se explyea en los artículos 67 a 70, donde se dispone que, para los “delincuentes locos, idiotas, imbéciles, o los que sufran cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales” —tal es el lenguaje, muy atrasado para la época, que se emplea—, la reclusión en manicomios o establecimientos especiales, durante todo el tiempo necesario para su curación y sometidos con autorización de facultativo a un régimen de trabajo; para los sordomudos, *tout court*, sean o no de nacimiento y sin referencia más o menos precisa a su grado de instrucción, su reclusión en escuela o establecimiento especial para sordomudos, durante todo el tiempo que fuere necesario para su educación o instrucción, y tiempo en ningún caso menor que el que, de ser normales, se les hubiere impuesto como sanción; para los “viciosos” —es el lenguaje poco técnico de que se echa mano— sean alcohólicos o toxicómanos, o enfermos a quienes se aplica reclusión, es facultativa la entrega a las personas que están ordinariamente a cargo de ellos, a condición de que garanticen debidamente “el daño que [aquellos] pudieran causar, por no haberse tomado las precauciones necesarias, facultad que el juez puede no ejercer si, aun con la garantía, no queda asegurado el interés de la sociedad” (al menos los “degenerados” —aludidos en el numeral tercero del artículo 24— parecen haber sido puestos al margen de esta enumeración).

Aparte de esta medida de reclusión aplicable a todas aquellas categorías de personas, no preveía el Código, en ese largo periodo de cincuenta y cinco años que va hasta la reforma de 1984, otra medida de seguridad.

No lo eran, en efecto, las dispuestas por el numeral decimoséptimo del artículo 24 como “corrección tutelar para menores”, aplicables a las personas infractoras de edad superior a nueve e inferior a dieciséis años, y consistentes en internamiento con fines educativos en escuelas, hogares y establecimientos de educación técnica o correccional, además de en el domicilio mismo del menor, porque derivaban mucho menos de situaciones de patología psíquica que de un propósito tutelar. Dado el modo como el derecho mexicano entendía ya en esos años las providencias que cabe adoptar frente a los menores, modo que es o pretende constituir un régimen tutelar, no procede considerar ni entonces ni más tarde tales providencias como medidas de seguridad.

En seguida, sólo en un dominio muy extraño al contexto de un dualismo de polos estrictamente penales podría pensarse que constituye medida de seguridad la “suspensión o disolución de sociedades”, incluida

desde el origen mismo del Código en su artículo 24. La ley mexicana no admite a las personas morales como sujetos activos de delito, pero, conforme al artículo 11 del Código Penal,

si un miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, comete un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

La mención de la seguridad pública proyecta explícitamente al examen de este precepto como continente posible de una medida de seguridad, pero sea que él implique *a*) la simple utilización de tales medios por la persona física que es sujeto activo del delito, por aparecerles a ella disponibles en razón de su mera calidad de miembro de la agrupación; *b*) una intervención real de la persona moral a través de sus órganos en el suministro de los medios a esa persona física, o, en fin, *c*) ambas situaciones, procede conceptualizar la suspensión o disolución de la sociedad como una sanción administrativa que se hace recaer sobre aquella en razón de seguridad pública, mas no, sin embargo, de una medida de seguridad referible al dualismo de penas y medidas de seguridad reflejado en el artículo 24, pues no es posible basarla en un juicio pronóstico de delinquir futuro, que en este caso no contaría con el presupuesto de un hecho punible cometido, debido a que la sociedad, en el derecho penal mexicano, *delinquere non potest*.

No son, en fin, medidas de seguridad, sino penas, en la enumeración del tantas veces mencionado artículo 24, las restrictivas de la libertad como el confinamiento, la prohibición de ir a un lugar determinado y la vigilancia de la autoridad, por mucho que esas aflicciones —que como regla lo son efectivamente— repercutan en una reducción de la potencialidad delictiva del sujeto concreto y en el incremento de la protección a la comunidad desde o hacia la que se le desplaza; son, asimismo, penas las inhabilitaciones, destituciones y suspensiones del ejercicio de derechos y empleos, no aportadas por la reforma de 1984-1986, sino previstas por el Código prácticamente desde que se le promulgara, aunque reduzcan la

expresada potencialidad por el grado en que pueden obstaculizar el desempeño de actividades que den ocasión a determinados delitos, con beneficio tanto para la comunidad como para el sujeto. Tipos de delito que a lo largo del libro II aparejan estas penas junto a otras, como la caución de no ofender en las amenazas (artículo 283), la vigilancia de la policía y la prohibición de ir a un determinado lugar, municipio, distrito o estado, o residir en él, en el homicidio y las lesiones (artículo 322), y la suspensión de la patria potestad, tutela, curatela, etcétera, en el robo (artículo 376), dejan ver muy claramente que tales consecuencias jurídicas se imponen en calidad de penas, y no de medidas de seguridad.

Esto dicho, y aunque la medida de seguridad se halle sólo presente como reclusión de sordomudos, locos, etcétera, percibimos, pues, en este primer periodo de vigencia —por así llamarlo— del Código Penal, un sistema claramente dualista de penas y medidas de seguridad.

Ahora bien ¿qué rasgos autorizan a afirmar que en este periodo exhibía el Código, ostensible o soterradamente, una tendencia monista?

El primer rasgo, nos parece, es el de reunir todas las consecuencias jurídico-penales del delito, esto es, las penas y las medidas de seguridad, bajo la denominación genérica, cara al positivismo, de sanciones; el segundo, el de escamotear una fórmula legal de la imputabilidad, concepto que el Código trata en esa época de eludir a toda costa, a cambio de un límite sólo tácito entre las condiciones en que se es pasible de pena y en que se es pasible de medida de seguridad, y, en fin, el tercero, el de una pertinaz referencia expresa a la peligrosidad, en las más variadas reglas del libro I relativas tanto al delito como a la pena, y el de su admisión sobrentendida, mas no por ello menos notoria, en los casos de irresponsabilidad de inimputables, merecedores según el Código de medidas de seguridad en razón de presumírseles siempre y necesariamente peligrosos.

Sólo queda a estas alturas por recordar que dualismo no es sinónimo de doble vía, régimen este todavía ausente de la legislación penal mexicana por no prevenir ésta en parte alguna que pudiera el imputable ser objeto, además de una pena, de una medida de seguridad.

El Código se mantuvo en ese sistema dualista, con los notorios devaneos monistas de que se ha dado cuenta, por espacio de muchos años. Pero —como hemos recordado— el dualismo evolucionaba, entre tanto, y llegaba a algunos a proponer su transformación en un monismo de signo

contrario al propugnado por los positivistas: en lugar de desplazar su eje a lo que conceptualmente es la medida de seguridad, debería hacerlo, según ellos, hacia la pena, tratando de transfundir a ésta la función de la medida de seguridad, por obra del ocaso de la retribución y de la creciente preferencia por la prevención especial positiva, que comenzaba a impregnar por doquier todo el arsenal de recursos de reacción frente al delito. Es el momento de gloria del tratamiento. Por virtud de esa gloria, la medida de seguridad pierde, no obstante, terreno, y mientras en el dualismo de propensiones monistas del positivismo varias de las consecuencias jurídicas del delito señaladas entre las penas se calificaban sin dificultad de medidas de seguridad, conforme lo hiciera, por ejemplo, el Código de Almaraz, se percibía ahora que algunas de esas consecuencias, irónicamente, querían concebirse como penas: a un movimiento de expansión de las medidas de seguridad sucedía, por la tendencia a entender la pena como una herramienta de prevención especial, uno de retracción; aquellas, las medidas de seguridad, devienen una excepción en los Códigos Penales.

Es en esta etapa de la evolución del derecho penal de nuestro tiempo cuando se da la reforma del Código Penal mexicano, que entró a regir el 12 de abril de 1984 y que se complementó en 1985 y 1986.

En el clima mexicano de reforma penal de aquellos años destacábase propósitos como la contracción de la intervención penal, la consagración del principio de la responsabilidad por la culpabilidad, y el nuevo carácter y función de la reacción penal. De ese programa, enarbolado por el Anteproyecto de 1983, no pudo una reforma parcial como la de 1984-1986 hacerse cargo íntegramente. Sin embargo, entre los rasgos que, para los efectos que nos ocupan, definen la política penal en ella reflejada, cabe poner especialmente de resalto el rescate de la culpabilidad como principio esencial de la responsabilidad. El derecho penal ha vuelto desde entonces a ser en México un derecho penal de culpabilidad.

Este aserto se fundamenta principalmente en que el ordenamiento jurídico-penal positivo aparece desde entonces provisto de una fórmula legal de la inimputabilidad, en que el error de prohibición con efecto exculpante ha encontrado amplia acogida, y en que el estado de necesidad excluyente de la culpabilidad ha seguido anidando entre las disposiciones que, en sentido amplio, indican los supuestos de ese modo de exclusión de la responsabilidad penal. Todo esto conforma una fundamental mu-

danza de las bases de la imputación penal que debería haber resonado en la jurisprudencia y en la práctica judicial, en todas las partes del sistema punitivo e influido en la intelección de sus preceptos. A ello no podía obstar la pervivencia en el libro I de algunas menciones a la peligrosidad, confinada, al menos en la determinación de la pena, a una función limitada.

Por lo que atañe a esta segunda etapa procede que nos preguntemos de nuevo sobre si estamos ante un sistema dualista (en que sea posible reconocer o no un régimen de doble vía o un régimen vicarial) o ante uno monista.

A pesar de los indicados rasgos de un derecho penal de culpabilidad aportados por la reforma que comentamos, el Código no llegó a erradicar de su texto en la reforma de 1984-1986 la mención persistente de la peligrosidad, si bien en función más desmedrada, todo lo cual nos ofrecería un primer indicio de mantenernos aún en un sistema dualista.

No ha renunciado por otra parte el Código, en su artículo 24, a la enumeración abierta de penas y medidas de seguridad, sin expresar cuáles son unas y cuáles otras. Esa cesura puede, sin embargo, ser marcada, como antes, por el intérprete.

Entre las penas se ha eliminado tempranamente (1938) la de relegación, que revive (1944) y vuelve a desaparecer (1948); se han agregado las de inhabilitación, destitución y suspensión de funciones y empleos (1945), la de decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito (1983) y el tratamiento en libertad, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad (1984). Todo esto en medio de un torrente irrefrenable de aumento general del rigor penal que, por lo pronto, lleva a conminar la pena de prisión desde tres días, y hasta medio siglo respecto de ciertos delitos, mínimo irrisorio y máximo monstruoso si se recuerda la finalidad resocializadora que la Constitución modernamente asigna a la pena privativa de la libertad. A esta severidad no obsta la instauración del régimen de días-multa, de los sustitutivos de la pena de prisión admisibles para penas de hasta cuatro años, y del tratamiento en libertad, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad como penas imponibles, no por sólo por vía sustitutiva sino también directa. Esta preponderancia del rigor en lo que a la pena concierne se compadece poco con aspiraciones monistas en torno del polo de la pena si, según lo dicho, parece prevalecer una preocupación mayor por la prevención general que por la especial.

En cuanto a las medidas de seguridad se ha ido afinando paulatinamente el numeral tercero del artículo 24, que extiende en 1974 la reclusión de “locos, sordomudos y degenerados” a quienes “tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos”. La extensa y profunda reforma de 1984 sustituye el precedente enunciado por el de “internamiento o tratamiento en libertad de inimputables” y de quienes, sin ser inimputables, tengan aquel hábito o necesidad. Esa reclusión ha sido reemplazada por el tratamiento, y éste puede brindarse tanto en internamiento como en libertad. Los artículos 67 y 68 regulan adecuadamente esa situación, y dejan al artículo siguiente el declarar que “en ningún caso la medida de tratamiento impuesta por el juez penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Si concluido este tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables”. ¡Qué progreso, reserva hecha de esta última frase, en la configuración de esta especie de medida de seguridad!

Ni la afirmación de la culpabilidad, ni el ocaso iniciado por la peligrosidad, ni la subsistencia de una sola medida de seguridad, mucho mejor perfilada que antes, puede decirse que hayan desterrado todavía del Código el dualismo en esta nueva fase que se cierra en 1986. Los signos de una tendencia monista, esta vez en torno de la pena y no de la medida de seguridad, se ven en alguna medida difuminados por la severidad de la pena de prisión y la generalidad con que se la conmina, en antagonismo con la meta de que ha querido dotarla la Constitución, y han neutralizado el afán por la prevención especial que denota la introducción de consecuencias jurídico-penales como el tratamiento en libertad, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad. La pena, en general, no se ve, pues, que se haya acercado mucho, en signo y contenido, a lo que por esencia persiguen las medidas de seguridad no asegurativas, valga la redundancia, sino educativas y curativas. Pero tal vez el único factor de aproximación entre penas y medidas de seguridad aportado por la reforma de este periodo, y que podría interpretarse como de signo monista, sea lo prescrito en la primera parte del artículo 69, a saber, que “en ningún caso la medida de tratamiento impuesta por el juez penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito”. Esta disposición garantista, salvada la sujeción ulterior a tratamiento por

las autoridades sanitarias si aquel límite máximo de tiempo no bastara, puede ser técnicamente objeto de crítica, pero marca una contraposición radical con las medidas de seguridad no sujetas a otro plazo que el marcado por el éxito del tratamiento, tan propias de un Código positivista como lo era el mexicano al ser publicado en 1931.

¿Y que decir, por último, del régimen de doble vía en esta fase de vigencia del Código que se extiende hasta 1986?

Ya hemos adelantado la respuesta: en 1974 se agrega, a la medida de seguridad de reclusión de inimputables, el mismo destino para quienes tengan el hábito o necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos; en 1984, se sustituye para todas esas personas la reclusión por el tratamiento institucionalizado o en libertad y, por lo que hace a quienes son presas del aludido hábito o necesidad, se aclara su condición de *sentenciados*, sujetos al tratamiento, *independientemente de la ejecución de la pena impuesta por el delito cometido*.

El régimen de la doble vía ha hecho, pues, su aparición.

La tercera fase de vigencia del Código se abre en 1994, con una reforma que resuena en diversas partes del sistema. Entre las múltiples modificaciones introducidas cabe destacar el definitivo rescate del principio de culpabilidad, determinante en la caracterización de una política criminal, y directamente atinente a nuestro tema. La mención expresa a la culpabilidad, hasta ese año ausente del Código, se hace, *inter alia*, a propósito del concurso de personas y de las reglas sobre conmisuración de la pena; el precepto relativo al estado de necesidad contiene ahora la referencia al balanceamiento de bienes y, con ello, la explícita inclusión del estado de necesidad exculpante diferenciado del justificante en sus extremos, mas no en su efecto excluyente de la responsabilidad penal; aparte de esto último, se acoge una fórmula amplia de no exigibilidad de otra conducta. Correlativamente cabe realzar, asimismo, la expulsión definitiva de la peligrosidad del texto del Código, de cuyo vocabulario desaparece totalmente.

Por lo que hace específicamente a las medidas de seguridad, que, según se ha visto, son en el Código sólo sinónimas de tratamiento, el legislador da un paso más, y ello al prescribir sobre la consecuencia jurídico-penal que debe seguir al hecho cometido por el sujeto que ha delinquido en situación de imputabilidad disminuida. En el contexto de la fórmula legal de la inimputabilidad que prevé el artículo 15, fracción

VII, este sujeto no es inimputable sino imputable, y a él, obsérvese, bien se impondrá, a juicio del juzgador, hasta las dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad de tratamiento, o ambas. Esto significa que, reducido como es el sitio reservado en el Código a las medidas de seguridad, ellas avanzan, por su parte, un paso más en su aplicación a sujetos imputables; un paso más, decimos, pues sabemos que eso era ya posible respecto de los imputables toxicómanos que se han hecho reos de un delito cualquiera, incluidos, por cierto, los delitos contra la salud. Significa esta irrupción de la medida de seguridad en el círculo de los delincuentes imputables la apertura del camino, por disposición legal expresa, de la aplicación cumulativa de penas y medidas de seguridad, vale decir, del régimen de la doble vía, o, tratándose de los sujetos de imputabilidad disminuida, del régimen vicarial. Esto aparece, para dejar las cosas más claras, de lo dispuesto en el artículo 69 bis, agregado por la reforma de 1994, y cuyo tenor es el siguiente:

Si la capacidad del autor de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 [es decir, acotamos, el tratamiento] o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor.

Pero hay más. Las modificaciones a las reglas sobre determinación de la pena introducidas por la reforma de 1994 aportan nueva sustancia a lo que estamos tratando. La reforma de 1994 ha dejado curiosamente sin modificación todo el texto del artículo 51, que se abre con la declaración de que el juzgador determina la pena con la facultad, dentro de los límites señalados por la ley, de aplicar las sanciones conminadas teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Y decimos “curiosamente”, porque el artículo reformado que sigue restringe los términos de esta última alternativa, confrontando la gravedad del ilícito al grado de culpabilidad del agente. Los factores que autorizan a graduar la gravedad del ilícito están ordenada y claramente indicados ahora en las cuatro primeras fracciones del artículo, y los atinentes a la culpabilidad, en las fracciones que siguen, salvo la VI. De

estas últimas, la V se parece en el enunciado a las del texto objeto de reforma, pero debe ser entendida, fuera de toda duda, aunque aparente fundamentar una culpabilidad por la “conducta de la vida” y no una culpabilidad por el acto, como un conjunto de factores “relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado [el agente] su conducta a las exigencias de la norma”, según previene la fracción VII. Aunque insertada esta última disposición como un factor más entre varios, asume adecuadamente el carácter de un enunciado general caracterizador de la culpabilidad como una exigibilidad en sentido lato.

Ahora bien, para los efectos que interesan a esta exposición, el nuevo encabezamiento del artículo 52 nos revela algo de superlativa importancia, y es que ese encabezamiento, al sujetar la determinación de la pena y también la de las medidas de seguridad, no sólo al injusto sino a la culpabilidad, admite, en general, a diferencia de lo que acontece con las dos claras posibilidades de vigencia del régimen de doble vía antes expuestas, la aplicación de tales medidas a personas imputables. Debemos examinar si es esto jurídicamente posible, y cómo.

Hasta ahora hemos asociado las medidas de seguridad a la peligrosidad, aunque no todo inimputable, ni todo adicto a la droga, ni todo sujeto que obra con imputabilidad disminuida, sea en el hecho, por ello, peligroso, pero así lo ha querido el Código. Mas, he aquí que la peligrosidad ha desaparecido definitivamente de éste por obra de la reforma de 1994, en términos de que el texto legal ha dejado de hacer de ella toda mención. En esos casos, sin embargo, es la ley la que ha presupuesto específicamente, o una inimputabilidad plena, o una imputabilidad parcial, o una adicción incoercible a la droga, en que el sujeto que la padece ha visto seriamente menoscabada su autonomía de decisión. Así pues, a menos que se controvierta nuestra afirmación de que alguna o algunas de las consecuencias jurídicas que entendemos como penas se demuestre que en la parte esencial son medidas de seguridad, podemos asignar a la aplicación de tales medidas una distinta razón de ser, acaso humanitaria, o de otra índole que en este instante nos cuesta imaginar. Prescribir la ley, en cambio, que puede haber lugar, *en general*, a imponer a los imputables una medida de seguridad, importa una restricción o gravamen, por mucho que el tratamiento se tenga por instituido en beneficio del agente, no legitimado por el ordenamiento jurídico. No cabe, en efecto, al margen de una peligrosidad legalmente fenecida, fundar tal imposición en la preven-

ción general, en la prevención especial o en la justicia, categorías que tiene en cuenta la ley para decidir entre dos términos de punibilidad, adviértase bien, de *punibilidad*, previstos alternativamente por ella, según lo hace el artículo 51, situación ésta en nada semejante a la que nos ocupa. Pero si todo lo anterior no fuera suficiente, no prevé tampoco la ley la medida de seguridad imponible al caso, desde que, como se ha visto, tal medida parece prevista para inimputables, no para imputables.

Todo esto muestra que la evolución legislativa mexicana ha conducido, en definitiva, a un sistema que gira esencialmente en torno de la pena, una pena que ha asumido, salvados algunos excesos enmendables en el *quantum* de la misma, que conspiran en contra de un consecuente cometido de prevención especial, y que a la par cuenta, a la antigua usanza, con una medida de seguridad consistente en el tratamiento para inimputables y, excepcionalmente, también para imputables, respecto de los cuales hay lugar para el régimen de la doble vía y para el régimen vicarial. Pero en este caso, no una golondrina, sino dos golondrinas, no hacen verano.

Lo anterior parece mostrarnos que, por lo que hace a la iniciativa de instituir para los imputables, en general, medidas de seguridad además de la pena, es decir, un sistema de doble vía, se trata de un intento fallido, que deja al juzgador, no obstante lo dispuesto en el encabezamiento del artículo 52, en la imposibilidad jurídica de aplicar tales medidas, y en la necesidad de contraerse sólo a echar mano de la pena.

Debemos preguntarnos si cabe deplorar o no semejante efecto. Personalmente no lo deploramos, tanto por los reparos que desde hace tiempo se formulan por la ciencia al fundamento, la esencia y las consecuencias nefastas que puede acarrear el régimen de la doble vía, reparos de sobra conocidos, cuanto por el sentido peculiar, no ligado necesariamente a la idea de peligrosidad que puede divisarse en la medida de tratamiento, la única, a nuestro juicio, que en el Código mexicano podría merecer el nombre de medida de seguridad.

Desde que en época legislativa ciertamente anterior a la afirmación de las ideas de prevención especial se contemplaron medidas de la expresada índole en Códigos Penales retribucionistas del pasado siglo, donde, en perfecta consecuencia con la idea de retribución, se preveía para los inimputables en razón de anomalía mental su reclusión en establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase o, atenta la menor gravedad del hecho, la entrega a su familia bajo fianza de custodia, era posible percibir

un fundamento más orientado a la recuperación de la salud que a la vigilancia frente al peligro, cuando fuera el caso, de ulteriores hechos previstos como delitos. Había, creemos, más una preocupación curativa o protectora, si se quiere, que una de defensa social, y un afán de índole humanitaria más que una intelección de la peligrosidad, concepto por entonces desconocido. Ante esta posición legislativa, y una vez surgido y elaborado el concepto de peligrosidad con la relativa precisión alcanzada hasta ahora, cabe, frente al texto del Código mexicano, examinar si es en verdad la peligrosidad lo que encuentra en la base de la medida de tratamiento.

Nótese que esta medida de tratamiento se aplica, en primer término, a todo sujeto que haya incurrido en un hecho previsto como delito en condición de inimputabilidad, sin atenderse a que ésta represente o no peligrosidad, pues la ley no hace esa distinción. Por tanto, es dable pensar en un intento de resocialización a partir de una medida curativa no inspirada en otra cosa que en la muy humanitaria de recuperación de la salud del sujeto, como creemos era el caso en Códigos retribucionistas del pasado siglo. Y esto, que podría haberse afirmado del Código mexicano en 1931, tendría más asidero con el texto actual, del que se ha erradicado definitivamente toda mención a la peligrosidad.

Este aserto se ve reforzado por la parte de la fórmula que se refiere, no ya al inimputable sino a “quien” (con esa amplitud lo dice) tenga el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos. Este “quien”, como se previene en el último párrafo del artículo 67, es un “sentenciado”, es decir, un imputable condenado por cualquier delito, puesto que en ese respecto no formula la ley distingo alguno. Y no se divisa motivo para sostener que esta primera y reducida admisión del doble riel obedezca en la reforma de 1984-1986 a otro designio que el de propender, más que mediante la pena impuesta, por cierto, a través de esta medida curativa, a suprimir en el sentenciado el hábito o necesidad de consumo de la droga, y ello en un momento legislativo en que comenzaba a volverse definitivamente la espalda a la peligrosidad en el sistema del Código. La situación no es demasiado diferente en la segunda admisión de la doble vía para el sujeto de imputabilidad disminuida, donde el tratamiento no tiene, a lo que parece, otro papel que el señalado.

Si se quiere prestar oído a este desarrollo, que es más una proposición que una posición, no parece que debamos deplorar el fallido intento de instauración del régimen de doble vía para los plenamente imputables.