

LA FUNCIÓN DE LA PENA

SUMARIO: I. *Fundamento constitucional de las sanciones.* 1. *Principios sustantivos o materiales.* 2. *Principios adjetivos.* 3. *Principios ejecutivos.* II. *Criterios limitadores para imponer una pena; La legitimación punitiva del Estado y la función esencial del derecho penal.* 1. *Principios del Estado de derecho.* A. *El derecho penal como último recurso.* B. *El principio del bien jurídico.* C. *La culpabilidad de acto.* D. *El principio de culpabilidad.* 2. *La culpabilidad como presupuesto de la punibilidad.* A. *Teorías absolutas.* B. *Teorías relativas.* C. *Teorías mixtas.* III. *La ejecución de las penas en el sistema penal mexicano.* 1. *El artículo 24 del Código Penal.* A. *La prisión.* B. *La multa.* 2. *Los artículos 51 y 52 del Código Penal.* 3. *El artículo 2o. de la Ley de Normas Mínimas.* IV. *Conclusiones.*

I. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LAS SANCIONES

La Constitución, ley suprema, es fuente del derecho penal porque los principios en ella contenidos constituyen directivas generales a las que el legislador tiene que ceñirse, porque muchas de sus normas tienen un concreto valor normativo y están destinadas a la generalidad de los habitantes del país, y porque una disposición penal que se declarara contraria a la Constitución perdería su fuerza obligatoria *erga omnes*, y porque en ella existen principios jurídicos fundamentales para el derecho penal, como son el propósito general de la seguridad jurídica, al que le sigue el de la readaptación social del infractor.

Estos principios están presentes en la triple proyección del régimen punitivo: el sistema sustantivo, el sistema adjetivo y el sistema ejecutivo. En los tres casos destaca la preocupación por la legalidad, como demostraremos un poco más adelante.

Históricamente, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es producto de la ilustración.

Así aparece ya en las Constituciones Americanas (Virginia, Maryland) en 1776, en el Código Penal Austriaco de José II en 1787, en la famosa Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 y poco después en el Derecho Territorial general prusiano en 1794. Actualmente se le reconoce en casi todos los Códigos Penales del mundo civilizado. Igualmente se recoge también en la legislación penal de todos los países socialistas, una vez que en 1958

volvió a ser acogido en la legislación penal de la Unión Soviética la Convención Internacional para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (llamada abreviadamente Convención de Derechos Humanos), que tiene fuerza de ley en la República Federal Alemana, contiene también en el artículo 7, párrafo primero, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, con toda la deseable claridad: nadie puede ser castigado por una acción u omisión que en el momento de su comisión no fuera punible según el Derecho nacional o internacional. Igualmente tampoco puede imponerse una pena mas grave que la que tuviera asignada la acción punible en el momento de su comisión.¹

1. Principios sustantivos o materiales

Ahí lo encontramos en su doble perspectiva: la legalidad incriminadora y sancionadora, y abarca también el principio de *nulla poena sine iudicium*. Es un principio de tipicidad respecto a la conducta declarada punible, y también principio de atribución legal, por lo que hace a la pena o medida de seguridad del hecho ilícito. Así encontramos consignada en la Constitución, en el tercer párrafo del artículo 14, la prohibición de imponer pena alguna que no esté establecida por una ley exactamente (en realidad estrictamente) aplicable al delito de que se trata. El principio prohíbe que una conducta sea sancionada o su penalidad agravada con una ley posterior a su comisión, a la que se conceda efectos retroactivos. De aquí se sigue el carácter estrictamente legal del delito, la continuidad del derecho penal, y la prohibición de la integración judicial, particularmente referida a la analogía. En la mayoría de las ramas del derecho la analogía es un excelente medio de búsqueda del derecho, sin embargo, en derecho penal se prohíbe en tanto repercute en perjuicio del reo; así, el artículo 14 dispone en su párrafo tercero lo siguiente: "En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata."

Otro de los principios que conviene recordar en este momento, contenido también en nuestra ley suprema, es el de la humanización e individualización de la pena. El derecho moderno terminó con los castigos crueles y la herencia de la culpa, ahora se proclama la sanción redentora o readaptadora; la humanización de la pena.

Del derecho constitucional anglosajón principalmente, tomó el mexi-

¹ Roxin, Claus, *Iniciación al derecho penal de hoy*, Sevilla, Editada por el secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981, p. 100.

cano la prohibición de las penas crueles, abarcando no sólo las inhumanas y degradantes, sino una lista que abarca la mutilación, la infamia, marcas, azotes y tormento, inusitadas y trascendentales, la multa excesiva y la confiscación de bienes (artículo 22 constitucional con la reforma del 28 de diciembre de 1982 publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de la misma fecha).

En la misma línea se sitúa la disposición del Código Penal referente a que "la responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delinquentes, excepto en los casos especificados por la ley" (artículo 10).

2. Principios adjetivos

Corresponde aquí hacer alusión a que el Estado moderno detenta como facultad exclusiva el poder de sancionar y readaptar al delincuente, surgiendo así el proceso público, como único método para discernir la responsabilidad penal y las consecuencias jurídicas que nacen de ella. El artículo 17 prohíbe la autojusticia al proclamar que "los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley: su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales".

Otro derecho que consagran los artículos 16, 18 y 20 constitucionales, surge de otro principio fundamental en materia penal, el de *nullum delictum, nulla poena, sine lege*, por lo que se entiende que sólo los hechos tipificados en la ley como delito son susceptibles de sancionarse penalmente. Conviene recordar que no todos los delitos consignados en nuestro derecho punitivo conllevan la pena privativa de libertad, y sólo tratándose de ilícitos que lleven asociada dicha sanción, el sujeto será privado de su libertad deambulatoria.

3. Principios ejecutivos

Siguiendo con el principio de legalidad, en este apartado nos corresponde asentar que el antes mencionado principio *nulla poena sine lege* no abarcaba la ejecución de las penas.

Casi todos los países tienen normas constitucionales orientadas al cumplimiento de las penas. En México, el artículo 18 indica que "sólo por delitos que merezcan pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados". Únicamente este primer párrafo se ha mantenido hasta nuestros días sin modificación.

Con el tiempo, las constituciones comenzaron a adoptar normas sobre

ejecución penal, hasta desarrollar un sistema penitenciario que incluye actualmente leyes de ejecución, reglamentos institucionales y actos administrativos.

El actual segundo párrafo del mismo artículo impone que

los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Dicho párrafo, en su versión original, sostenía que “los gobiernos de la Federación y los Estados organizaran en sus respectivos territorios el sistema penal —colonias, penitenciarías o presidios— sobre la base del trabajo como medio de regenerar”, manteniéndose esta redacción por cerca de cuarenta años. En 1965, según publicación hecha en el *Diario Oficial de la Federación* con fecha 23 de febrero, se estructuraron los párrafos segundo, tercero y cuarto, de la siguiente manera:

Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Los gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán establecer con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos del Ejecutivo Federal.

La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

La última reforma hecha a este artículo apareció publicada en el *Diario Oficial* con fecha 4 de febrero de 1977, para poner en vigor un sistema de intercambio de reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en el extranjero, con el fin de que cumplan sus condenas en su país de origen, y para que reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos de orden federal en toda la república, o del fuero común en el Distrito Federal, pudiesen a su vez ser trasladados a su país de origen y residencia. Dicho traslado estará sujeto a tratados internacionales celebrados con tal objeto, con base en una justa reciprocidad penal.

El cambio más importante lo encontramos en que la pena fue por mucho tiempo retribución por el ilícito cometido, y para los demás, ejemplo del castigo a que se harían acreedores de encontrarse en la misma situación. A partir de los últimos años, en nuestro país la pena (y las medidas de seguridad muy recientemente, con la reforma al Código Penal publicada en el *Diario Oficial* el 13 de enero de 1984) tiene como función lograr la readaptación del sentenciado, o en palabras del autor García Ramírez, "ahora se carga el acento en el designio readaptador de la sanción, que deviene en 'medicina del espíritu' y factor de conciliación (axiológica o sólo conductual) entre la sociedad y el infractor".²

Esto es acorde con el derecho penal contemporáneo, que se define por el respeto cada vez mayor a la libertad individual, la restricción del principio de autoridad y el reconocimiento de la dignidad humana. De esta forma, el ordenamiento jurídico punitivo se ha transformado, y con éste, el concepto de sanción; así, se ha evolucionado de la pena castigo a la pena fin y, al mismo tiempo, pena protección. Ver a los delinquentes bajo un enfoque distinto, algunos de los cuales es posible que después de un tratamiento readaptador encuentren una segunda oportunidad de vivir en comunidad en forma armoniosa. La pena es un medio para un fin y, en palabras de don Antonio Sánchez Galindo, es un medio para hacer de un delincuente un hombre provechoso y útil.

Congruente con esto, nuestro artículo 19, en su parte final, dispone que todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades. Como vemos, las prohibiciones, obligaciones y requisitos están destinados a normar la conducta tanto de las autoridades judiciales encargadas de ordenar dicha detención, de quienes la llevan a cabo, así como aquellas que tienen a su cargo la ejecución de esta medida cautelar y de la pena resultado de una sentencia. Los abusos en esta materia deben ser denunciados y reprimidos por las autoridades. Contamos para ello con una Ley federal para prevenir y sancionar la tortura (*Diario Oficial* de 27 de mayo de 1986).

Un análisis más detallado del artículo 18 que es la base de nuestro sistema penitenciario lo haremos más adelante, baste decir por ahora que a partir de su reforma del año 1965 hemos comenzado a hablar de la readaptación social como el fin de todas las penas.

² García Ramírez, Sergio, *Derecho penal*, México, UNAM, 1983, p. 21.

II. CRITERIOS LIMITADORES PARA IMPONER UNA PENA

Estructurar un sistema de sanciones es un verdadero problema al que debe enfrentarse el legislador que renueva o crea un código penal. No podrá olvidar los principios de prevención general y especial en el momento de incorporar la sanción a la conducta típica en particular, intentando lograr con ella los fines reconocidos. En el caso de la pena privativa de libertad, los de custodia y de readaptación.

La legitimación punitiva del Estado y la función esencial del derecho penal

Parece ser universalmente admitido el derecho del Estado a castigar cuando se transgreden las normas establecidas para permitir la convivencia social. Ha sido siempre utilizado el derecho penal como el aparato represivo para conservar el orden, sólo que su concepción ha sufrido, en los últimos años, hondas modificaciones con la aparición de nuevas tendencias en la aplicación de las penas; no hablamos sólo de su humanización, sino de toda una discusión del sistema hasta sus raíces.

¿En dónde reside la legitimación punitiva del Estado? En el Estado actual del desarrollo del derecho penal hay escepticismo tanto entre los estudiosos de la política criminal como entre los criminólogos. Todos ellos se han preguntado por el fundamento de esa rama del derecho, y discutido la legitimación de la intervención punitiva del Estado y los fundamentos para imponer una pena.

El derecho penal no es la única fuerza represora o punitiva dentro de nuestra sociedad, pero sí es la más visible, y la más tétrica. Hay un concepto más amplio que abarca el control de los individuos de un conglomerado: el control social, y éste es básico para la existencia del derecho penal, es decir, el disciplinamiento de los individuos que conforman grupos sociales, en función del respeto debido a las reglas del juego de determinados intereses. El problema está en el cómo fundamentar las sanciones penales, aplicarlas y limitarlas, para que las garantías del individuo sigan respetándose.

El derecho penal reprime o sanciona el delito donde éste se manifiesta, pero no donde se produce, no ataca las causas, porque éstas no están dentro de sus funciones, sino dentro del control social, el sistema social en el que el derecho penal se incluye.

Hoy por hoy, el derecho penal es una realidad existente y no podemos prescindir de él, pero está en nuestras manos el ponerle límites por lo pronto, para después lograr no un derecho penal mejor, sino que ocupe su lugar "algo mejor que el derecho penal"

La función del derecho penal estará siempre en relación con el tipo de Estado de que se trate.

El concepto de Derecho que existe en un determinado orden social está, o debe estar en relación directa con el contenido de la Constitución. Ésta por tanto, constituye el indicador del sistema penal y de la política criminal que debe existir en un determinado contexto social, así como el parámetro de validez del Derecho Penal.³

No parece necesario ampliar el tema, ya que el apartado primero de este artículo se refiere a la Constitución mexicana y los principios de legitimidad que en materia penal consagra, baste decir que cualquier Estado moderno tiene como principio básico el respeto a los derechos del hombre (inclúyase delincuentes), que se traducen en garantías legales; en este caso, la parte dogmática de nuestra carta magna y las leyes secundarias que de ella emanan.

Sin embargo, hablábamos antes de poner límites a la actividad estatal, y es aquí donde aparecen las limitantes a la facultad punitiva del Estado.

1. *Principios del Estado de derecho*

A. El derecho penal como último recurso

Si ya se expresó antes que el Estado está legitimado para adoptar las medidas necesarias para prevenir (y pensemos aquí en medidas que no tienen relación alguna con la materia punitiva), y reprimir las conductas criminales, el derecho penal deberá intervenir como último recurso. No le corresponde presidir toda conducta de los ciudadanos, ya que para ello el Estado cuenta con muchos otros recursos y medidas que no son punitivas. Roxin definió al derecho penal como resultado de la reflexión científica sobre los presupuestos de la coexistencia social, medio para defender la libertad contra ataque de terceros. "Eso es algo sabido desde hace ya bastante tiempo. Pero sólo en los últimos años empieza a imponerse la idea de que el derecho penal solamente puede ser utilizado en todos los ámbitos sociales como un remedio sancionatorio extremo."⁴

³ Moreno Hernández, Moisés, "Algunas bases para la política criminal del Estado mexicano", *Revista Mexicana de Justicia*, México, vol. III, núm. 2, abril-junio de 1985, p. 114.

⁴ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 1, p. 31.

B. El principio del bien jurídico

Aunado a lo anterior está el principio del bien jurídico ya que debe utilizarse solamente para bienes jurídicos esenciales, para permitir un desarrollo armónico en sociedad. Otros bienes de menor importancia deberán estar protegidos por legislaciones secundarias y con sanciones de tipo administrativo. No se trata de educar a través del conocimiento de las sanciones penales existentes, ni de gobernar con el código penal en la mano. "La imposición de una pena sólo está justificada allí donde el comportamiento prohibido perjudique de manera insoportable la coexistencia, libre y pacífica, de los ciudadanos y no sean adecuadas para impedirlo otras medidas jurídicas y político-sociales menos radicales."⁵

C. La culpabilidad de acto

El derecho penal debe partir de una culpabilidad de acto y no de autor, ya que el juicio de reproche se hace por hechos propios, contrarios a la norma específica de derecho penal (típico), y contrario al ordenamiento jurídico en su totalidad (antijurídico).

D. El principio de culpabilidad

En cuanto al principio de culpabilidad como fundamento para imponer una pena, debemos entenderlo a partir del fundamento del juicio de reproche que se le hace al autor del ilícito: el haber podido obrar de manera diferente, reconociendo que tenía libertad de escoger entre actuar conforme o contrario a lo dispuesto por las normas. En este momento este principio aparece como la garantía del fundamento de la aplicación de la pena, en cuya virtud sólo puede ser aplicada por hecho anterior, imputable a dolo o a culpa, a persona que conociendo lo que debía hacer, y la significación jurídica de lo que hacía, lo hizo a pesar de todo, pudiendo haber hecho otra cosa. Y de este principio deben de nacer todas las garantías de las que en este artículo se ha hablado.

Este planteamiento basado en la idea de libertad de voluntad, ha sido objetado por diversos autores. Aquí reproduzco la del profesor Muñoz Conde, quien expresó que

para poder esperar fundadamente un comportamiento determinado

⁵ *Idem*, p. 32.

de un individuo hay que partir de la convicción de que las normas penales están de tal modo introyectadas en su subconsciente, por vía educativa, social, cultural, etcétera, que operan como motivaciones eficaces en su conciencia, ordenando adecuadamente su comportamiento. Mas si por el contrario, el individuo no participa de las valoraciones recogidas en la ley penal, no las comparte y, por eso mismo, ellas no pueden ser factores "contramotivadores" de sus actos, más que en la medida en que sea eficaz la amenaza, no será posible afirmar que el transgresor de la ley penal ha defraudado el derecho que la sociedad tenía a esperar de él un determinado comportamiento, derecho que se fundaba en que "todos compartían la necesidad de respetar ciertos valores", y que, en su virtud, ha dado lugar al nacimiento de un derecho a la reacción penal.⁶

Terminamos con este último principio porque lo más adecuado es recurrir al principio de culpabilidad como limitador a la excesiva facultad punitiva del Estado, pese a las críticas, ya que éste considera a sus ciudadanos como personas capaces de decidir autónoma, libre y responsablemente, y esto es válido no sólo para el derecho penal, sino para todo el ordenamiento jurídico.

2. *La culpabilidad como presupuesto de punibilidad*

Existen diversas concepciones en torno a la culpabilidad, por la misma polémica que el tema suscita, pues de considerar a la culpabilidad como presupuesto de la punibilidad, derivan dos funciones distintas: una será como fundamento de la pena, y otra es ser límite de la pena. Esta distinción es debida al autor Achenbach. Veremos ambas funciones porque sus conceptos son diferentes, pero ambos son válidos, aprovechando para hacer un breve recorrido por las etapas de la función de la pena.

En la etapa de la venganza privada, el castigo era una reacción impulsiva, por instinto de conservación. Era la retribución desproporcionada de un mal por un mal causado. El castigo era impuesto por el jefe de familia o por todo el grupo, según la naturaleza del delito.

Tiempo atrás, el derecho penal estaba estrechamente ligado a la moral y la religión. El derecho del monarca para castigar conductas inmorales o heréticas era absoluto.

Después vino la exigencia de que el hecho produjera un resultado perjudicial para la comunidad, como presupuesto para la pena, pero

⁶ Aparece citado en Quintero Olivares, Gonzalo, *Represión penal y Estado de derecho*, Barcelona, Edit. Diroga, 1976, p. 36.

la polémica continuó respecto a la penalización de los comportamientos inmorales. Con ello se lograba la separación entre el derecho penal y la moral. "Pero la dañosidad social de una conducta, no puede por sí sola fundamentar todavía la necesidad de una pena. En muchos casos, el castigo de todo comportamiento socialmente dañoso sería desproporcionado a la significación del hecho y produciría más daños, en lugar de prevenirlos."⁷

En la etapa humanitaria de las penas, fue cediendo el rigorismo punitivo hasta ubicarse en precisos marcos normativos; la pena dejó de ser una venganza para convertirse paulatinamente en la consecuencia jurídica del delito.

En cuanto a fines y contenido de las penas, abordaremos ahora, de manera sucinta, las distintas teorías que ha manejado el derecho penal a lo largo de su existencia.

La doctrina suele clasificar en tres grandes grupos las diversas teorías sobre la función y la finalidad de la pena, ellos son: las absolutas, las relativas y las mixtas.

A. *Teorías absolutas*

La culpabilidad como fundamento de la pena, como decíamos antes, ve en ella el fin retributivo que se impone al sujeto por el hecho anti-jurídico realizado; aquí justamente se sitúan las teorías absolutas, que se caracterizan por considerar a la pena como un fin en sí misma; al imponer una pena no se buscan fines prácticos, sino realizar la justicia. Son teorías de la pena, pero no teorías de los fines de la pena. La idea de retribución exige que al mal del delito siga la aflicción de la pena para restablecimiento del orden jurídico violado, y que se realice una abstracta idea de justicia.

Las teorías retribucionistas adolecen de una falla notable: la de considerar la pena como moderna especie de venganza estatal. La llamada retribución moral, por su parte, supone que el delito es infracción de contenido ético, desconociendo así los límites entre lo moral y lo jurídico, pero aun dentro de tal esfera, no parece válido sostener que el mal se retribuye con el mal; por el contrario, resulta de mayor contenido humano la afirmación de que el mal se destruye con el bien.⁸

⁷ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 1, p. 30.

⁸ Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho penal*, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1983, p. 312.

Como fundamento de la pena, la culpabilidad debemos entenderla conteniendo lo expuesto antes: una conducta tipificada en un ordenamiento punitivo, porque con ella se daña un bien importante, y que la persona actuara consciente y responsablemente de sus actos.

La teoría retributiva provoca inconvenientes prácticos. La pena entendida sólo como imposición de un mal, no puede recuperar al delincuente para el camino correcto, sino que le reforzará su deficiente comportamiento social y fomentará su reincidencia.

B. *Teorías relativas*

Ellas aparecen cuando nos referimos a la culpabilidad como límite de la pena, ya que actúa como una limitante del intervencionismo estatal, será ella el límite máximo de la pena. De acuerdo con esto, la pena no debe fundamentarse ya más en la culpabilidad, sino que ésta operará como su límite máximo.

El sentido de la pena será determinado por fines racionalmente descritos y no por la compensación de la culpabilidad. Con esto, al criterio de la culpabilidad se le desvincula de lo metafísico y se le reduce a la función de garantía jurídico-estatal frente a abusos preventivos, y además, de esta manera se le trata de ligar con los fines preventivos de la pena. El vínculo entre Derecho y Moral es aquí menos estrecho.⁹

Procediendo ahora al comentario sobre las teorías relativas, encontramos que son aquellas corrientes de opinión que no consideran la pena como un fin de sí misma, sino como un medio para alcanzar otras metas, como pueden ser la prevención, la rehabilitación o la defensa social. El ámbito de las teorías relativas son los fines de la pena. Aceptan que la pena es un mal, pero destacan que resultaría absurdo e inhumano aplicar una pena sin perseguir otras finalidades. El fundamento de la sanción criminal se centra en la prevención de futuras infracciones. Este fin de prevención de la delincuencia puede lograrse actuando sobre el propio delincuente o sobre la colectividad. Por ello, las teorías relativas pueden apuntar a la prevención general o a la prevención especial.

Por prevención general debe entenderse la actuación de la pena sobre la colectividad. La amenaza de la pena establecida en la ley tiene efi-

⁹ Moreno Hernández, Moisés, "Consideraciones dogmáticas y político criminales en torno a la culpabilidad", *Revista Jurídica Veracruzana*, Xalapa, Veracruz, México, t. XXXIV, marzo-mayo de 1983, p. 78.

racia intimidante y, en ocasiones, paraliza posibles impulsos delictivos; otras veces la efectiva ejecución de la pena tiene un carácter ejemplar que aparta a los miembros de la comunidad de las conductas que la han propiciado.

El fin de la pena es incidir sobre la comunidad a través de amenazas y ejecución de las penas, porque de esta forma aprende a respetar las prohibiciones, y a cumplir con los deberes que las leyes les imponen.

En su forma más moderna se acepta la eficacia intimidatoria de la persecución penal más que da la prohibición penal. A mayor número de delitos descubiertos y sus autores castigados, será mayor el número de ilícitos que por temor a ello no se lleven a cabo.

Por prevención general debemos entender la incidencia de la pena en el delincuente, para que no vuelva a delinquir. Resurgió con la llamada "Escuela Sociológica del Derecho Penal" y su principal representante fue Franz von Liszt (1851-1919). Según él, la prevención especial se lleva a cabo en una triple dimensión. Primero se alude a la prevención especial por innocuización. La ejecución de la pena al delincuente supone que la sociedad queda protegida frente a él de modo provisional, o incluso definitivo cuando la pena es perpetua o de muerte. En segundo lugar, el sujeto es intimidado por los efectos de la pena en él ejecutada, y con ello se le aparta de la comisión de nuevos delitos, y tercero, lo preserva de la comisión de otros delitos, logrando su adaptación a través de la corrección.

C. *Teorías mixtas*

De lo antes expuesto se desprende que cualquier forma unilateral de imposición de una de estas teorías es poco satisfactoria.

Con este nombre se conocen aquellas teorías que dan a la pena un carácter absoluto, ya sea retribucionista o reparador, pero además le asignan alguna finalidad de carácter relativo. Tratan de conciliar las antes expuestas. La visión esquemática del maestro Fontán Balestra nos puede servir para ejemplificar esto: en un primer momento la pena es una amenaza contenida en la ley, que tiende a ejercer una coacción psicológica sobre los miembros de la comunidad, con el propósito de mantener el orden jurídico (prevención general); la pena, al ser impuesta por el juez, es específica retribución o compensación jurídica, ya que trata de restablecer el orden jurídico violado y, finalmente, cuando la pena es la enmienda o resocialización del reo se tratará de prevención especial.

Para las concepciones modernas la resocialización debe ser conside-

rada la finalidad principal de la pena, ya que le sirve al delincuente, a la sociedad (especialmente si pensamos en las penas que sustituyen a la prisión, como por ejemplo el trabajo en favor de la comunidad). Difícil resulta ya mantener en vigor la idea de retribución como fin de pena alguna. En cambio, el criterio de prevención general no puede olvidarse si se entiende que el efecto intimidatorio lo encontramos en la efectiva persecución de conductas ilícitas, no en el constante agravamiento de las penas en los códigos penales. En cuanto a la prevención especial, la idea del tratamiento resocializador, obligatorio y sin ningún tipo de limitaciones, tampoco es adecuado por no respetar la libertad del condenado. Por ello, es el principio de culpabilidad quien mejor limita la excesiva facultad punitiva del Estado. La pena a imponerse no podrá ir más allá del grado de culpabilidad del reo.

III. LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO

El punto de partida de este artículo fue, lógicamente, nuestro Código Penal del año 1931, vigente todavía, con múltiples reformas, algunas meramente simbólicas, en cambio otras sí han aportado profundos cambios, como por ejemplo la llevada a cabo en 1983 y publicada el 13 de enero de 1984. En materia de penas esta reforma fue un notable avance, basada en la ya aceptada crisis de la prisión. La iniciativa puso énfasis en que

una de las novedades más trascendentales, útiles y equitativas que la reforma contempla, es el nuevo régimen de sustitutivos de las penas breves privativas de la libertad, que hasta ahora se han reducido a los casos de condena condicional y conmutación de prisión no mayor de un año por multa en los términos previstos.

Precisándose en la misma iniciativa, que “por demás está ponderar la extrema inconveniencia tantas veces señalada, de aplicar necesariamente a delincuentes primerizos cuya actividad antisocial es ocasional y que no revisten peligrosidad, penas privativas de libertad de corta duración”, finalizándose en que “no siempre tienen éstas, eficacia intimidante, y rara vez permiten, precisamente por su corta duración, la readaptación social del sujeto, y en cambio, tales reclusiones socialmente inútiles, pueden causar daños irreparables al individuo y de este modo, a la propia sociedad”.

Era ya imperativo admitir en nuestra legislación punitiva sustitutivos eficaces de la pena de prisión, como el tratamiento en libertad, la semi-libertad, el trabajo en beneficio de la colectividad o de las institucio-

nes estatales, medidas que traen aparejados indudables beneficios al imputado, a su familia, a la sociedad y al Estado.

1. *El artículo 24 del Código Penal*

El actual artículo 24 del Código Penal ha sufrido ocho reformas desde que fue promulgado, enumera las penas y medidas de seguridad pero sin clasificarlas como hacen otros códigos. Algunas son sólo medidas de seguridad, otras tienen carácter mixto de penas y medidas preventivas, y las restantes son propiamente penas. Unas son principales y otras accesorias.

Son penas principales las que la ley señala para el delito y el juez debe imponer en la sentencia. Son complementarias aquellas cuya imposición es potestativa; se trata de penas agregadas a otras de mayor importancia y por eso son consideradas secundarias. Son penas accesorias aquellas que sin mandato expreso del juez resultan agregadas automáticamente a la pena principal.¹⁰

Entre el catálogo de sanciones vigente, siguen siendo las penas más utilizadas por nuestros jueces, la pena de prisión y la sanción pecuniaria; ambas, penas principales. Veremos lo relacionado con ellas de acuerdo con nuestro Código Penal.

A. *La prisión*

La prisión consiste en la privación de la libertad corporal, y se impone por periodos de tiempo que van de tres días hasta cuarenta años, y se extingue en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señale el órgano ejecutor de las sanciones penales. Estarán en lugares separados los sujetos a prisión preventiva de los que sufren prisión como resultado de una sentencia. Todo procesado tiene derecho a la libertad provisional, cuando el delito por el que se le juzga tenga indicada una pena cuyo término medio aritmético, no sea mayor de cinco años de prisión (artículo 20 constitucional, fracción I).

También puede ser que la pena (de multa o de prisión no mayor de un año) le sea conmutada, siempre y cuando el juez exprese los motivos para ello, y habiendo tomado en cuenta las circunstancias personales del acusado, los móviles de su conducta y las circunstancias en que se dio el delito.

Si la pena de prisión no excede de tres años, se le puede sustituir por tratamiento en libertad o semilibertad.

¹⁰ Villalobos, Ignacio, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1975, p. 532.

Tratándose de delitos políticos, el Ejecutivo federal podrá hacer la conmutación de sanciones, de forma que la pena de prisión se cambiaría por confinamiento, por un término igual al de los dos tercios del que debía durar la prisión. Si la pena fuera la de confinamiento, se sustituirá por multa, a razón de un día de aquél por un día multa.

También puede suspenderse temporalmente la ejecución de la pena cuando la condena sea de prisión no mayor de dos años, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: sea la primera vez que el sentenciado incurra en delito intencional y, además, haya evidenciado buena conducta positiva, antes y después del hecho punible; que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir. Esta suspensión comprende a la pena privativa de libertad y a la multa. Su duración será de tres años, contados desde la fecha en que la sentencia cause ejecutoria. La persona se encontrará sujeta a ciertas medidas de seguridad como el confinamiento, y para poder gozar de este beneficio deberá reparar el daño causado.

Tratándose de penas de prisión mayores a tres años, ya no se permite la conmutación, pero sí existen beneficios preliberacionales, cuyo fin es preparar al individuo progresivamente para su regreso a la sociedad. Estos beneficios están señalados en la Ley de Normas Mínimas. La concesión gradual de estos beneficios se otorgan al reo que ha cumplido parte de su condena, y que ha cumplido con el tratamiento jurídico criminológico dentro de la institución.

La remisión parcial de la pena existe para beneficio de todo detenido que habiendo demostrado un empeño personal en el tratamiento penitenciario, se le remita un día de prisión por dos de trabajo, además de tener buena conducta, participar regularmente en actividades educativas dentro de la institución, y revele por otros medios una efectiva readaptación social.

La libertad preparatoria es una medida que se les concede a los reos que han cumplido las tres quintas partes de su condena, tratándose de delitos intencionales, o la mitad de ella, cuando el delito fue culposo. Para gozar de ella es necesario que hayan observado buena conducta durante la ejecución de la sentencia; que del examen de su personalidad se obtengan elementos positivos que permitan presumir que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir; y que haya reparado el daño causado o se comprometa a repararlo. Si se concede, irá siempre acompañada de algunos requisitos administrativos como, por ejemplo, que el sujeto tendrá la obligación de informar

cualquier cambio de domicilio, y abstenerse del empleo de estupefacientes y bebidas alcohólicas.

B. *La multa*

Respecto de esta sanción pecuniaria, nuestro Código incluye dos sistemas diferentes: en la mayoría de los casos las multas están determinadas en cantidades fijas de pesos, en otros se precisan en función de días de salario mínimo. La señalación en cantidades fijas tiene un grave inconveniente, en época de inflación como la que padecemos actualmente, rápidamente quedan como cantidades insuficientes para ser consideradas remuneratorias del daño causado. El establecimiento de multas en función del salario mínimo, tiene la ventaja de modificarse casi en la misma medida que la inflación. Es conveniente recordar ahora que si el sujeto no puede pagar la multa que se le impone, podrá pedir al juez que se la sustituya por trabajo en favor de la comunidad.

2. *Los artículos 51 y 52 del Código Penal*

Ya se dijo en el primer apartado que en el nivel legislativo también encontrábamos presente el principio de legalidad. El Estado interviene a través de su cuerpo legislativo, para proteger bienes jurídicos, individuales o colectivos, fundamentales para una vida ordenada en comunidad. Dicho cuerpo legislativo crea tipos penales a los que asocia una sanción para quien los ataque o ponga en peligro, intentando de esta forma proteger a la sociedad. El órgano legislativo debe ajustarse a lo que nuestra Constitución indica para el proceso de formación de leyes penales. Nos queda muy claro en la designación de la pena para cada tipo penal.

Esto es lo que justifica la "punibilidad" señalada en la ley, la que, además de constituir una garantía para los individuos (legalidad), persigue fundamentalmente fines preventivos generales, como una parte de la finalidad del Derecho Penal para proteger los bienes jurídicos indispensables para la vida en común y de esta manera si se quiere, salvaguardar también el orden jurídico.¹¹

Como materia de prohibición o de obligatoriedad en su cumplimiento, las normas penales únicamente regulan conductas humanas, recordemos que nos encontramos en un derecho penal de acto y no de autor.

¹¹ Moreno Hernández, Moisés, *op. cit.*, nota 3, p. 90.

La culpabilidad es fundamento de la punibilidad, en el momento de la creación de la norma que prohíbe u ordena una conducta y el tipo de pena que le asocia, de conformidad con la gravedad del hecho, los medios utilizados, la importancia del bien jurídico tutelado, y por si pudiera existir alguna causa excluyente, atenuante o agravante de la punibilidad. La considera un criterio para la medición de la pena, ya que en principios se legisla para hombres libres y responsables. La punibilidad está expresada en términos de mínimos y máximos, dentro de los que el juez podrá imponer la sanción que considere justa. Volvemos a que el límite y fundamento de la pena será la medida de la culpabilidad del autor del ilícito. Por lo que respecta a las sanciones, éstas deben estar fijadas de antemano y en forma clara, e indicar qué fin se persigue con ellas y los criterios para individualizarlas. Todo ello acorde con todos los principios a que antes nos hemos referido.

Recordemos que detrás de una decisión de incriminación, está un deseo de limitar la aparición de dicha conducta. Esta es una razón de naturaleza preventiva general, y no tiene nada que ver con el hecho de impedir a los delincuentes, ya en plena ejecución de sentencia, el cometer un nuevo delito, que corresponde a la función preventiva especial.

La individualización judicial tiene la ventaja de poder excluir, en gran número de casos, la pena de prisión, y sustituirla por otros medios. Ya hablamos antes de los casos en que podía hacerlo y los requisitos que debían cumplirse. Sin embargo, para una correcta individualización judicial se requiere del juez, lo siguiente: *a)* poseer una especial preparación criminológica; *b)* disponer antes del juicio de informes válidos sobre la personalidad biopsicológica y social del delincuente; *c)* poder encontrar en el Código Penal o en textos análogos, una gama variada de medidas entre las cuales tenga la posibilidad de escoger la más adecuada a las circunstancias personales del sujeto; *d)* conocer las ventajas y los inconvenientes de dichas medidas respecto a la pena privativa de libertad, así como sus modalidades de aplicación, los resultados obtenidos en los países que han tenido la ocasión de experimentarlas y la pertinencia de su puesta en práctica, en un contexto social determinado.¹²

En virtud del ya tantas veces mencionado principio de la legalidad, la individualización judicial está en estrecha dependencia con la individuación legislativa tratada líneas antes.

¹² Rico, José M., "Medidas substitutivas de la pena de prisión", *Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Venezuela, 1968, p. 1130.

3. El artículo 2º de la Ley de Normas Mínimas

Es necesario que al intervenir penalmente, se le ofrezca al delincuente, en la medida en que sea posible, el tratamiento que pueda necesitar, con la idea de lograr resultados rehabilitantes, mismos que se lograrán si el sujeto muestra su voluntad y empeño. Pero este argumento no justifica la obligatoriedad del tratamiento. Es inhumana la intervención penal (en este sentido) en contra de su propia voluntad, apelando a que necesita dicha medida. Se trata esencialmente de un derecho y no es parte de la pena, ni una pena en sí misma. No hablan del tratamiento como parte de la pena ni nuestro Código Penal ni nuestra Constitución. Aparece como un requisito para obtener beneficios que la Ley de Normas Mínimas otorga.

Nuestro artículo 18 constitucional a partir de la reforma 1964-1965, propugna la readaptación social sobre las bases del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación. Igual sucede con la Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados (*Diario Oficial* de 19 de mayo de 1971), cuando dispone que “el sistema penal se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente” (artículo 2).

Además de que los países que han puesto en práctica el tratamiento rehabilitador a sus reos no han obtenido los resultados deseados, por un gran número de factores —algunos pueden ser: el contagio carcelario, la contradicción existente entre enseñar a la persona a vivir en sociedad mientras está entre rejas y sin libertad de decisión y de movimientos, el convertir el tratamiento en una obligación para alcanzar privilegios, les obliga a cumplir con el requisito, pero sin verdadero interés en cambiar de conducta—, en nuestro país apenas si se ha intentado parcialmente, y los resultados han sido satisfactorios en algunos casos y decepcionantes en otros.

Hay autores como Baratta que proponen que olvidemos ya la idea de creer que podemos reeducar al desviado en el interior del sistema penal, allí se vuelve un ideal imposible (y la Constitución italiana consagra en el artículo 27 el principio de la pena resocializante); propone, en cambio, entender la “reinserción y reintegración social” dentro del mismo ambiente en el que se han producido los conflictos de desviación, por lo que el objeto del tratamiento pasa a ser pospenitenciario.

IV. CONCLUSIONES

1. El Estado no debe hacer uso del derecho penal de manera arbi-

traría, pues se transformaría en un Estado autoritario y, por lo mismo, ilegítimo. Debe considerar a sus súbditos como hombres libres para elegir los medios para llevar a cabo sus fines, y como responsables de sus acciones.

2. En un Estado de derecho los presupuestos de la punibilidad son el injusto y la culpabilidad, y son a la vez un límite a su potestad sancionatoria.

3. La connotación de pena todavía incluye la idea de retribución, pero necesariamente unida a un fin, el de la prevención, especial en cuanto a lograr la readaptación del sentenciado, y general como ejemplo para la ciudadanía de que los delitos son efectivamente castigados.

4. Una teoría penal actual requiere los siguientes contenidos mínimos:

a) Debe servir para la reinserción a la sociedad del delincuente, y para protección de la sociedad de la que debe segregarse a ciertos sujetos.

b) La gravedad de la pena deberá ser equitativa a la culpabilidad del delincuente, ella es la que determinará su extensión. Puede aceptarse que su aplicación sea inferior a ella, pero nunca superior, bajo ningún pretexto, como el frecuentemente usado de que "dicha conducta causa alarma social". Las penas no se imponen para dar satisfacción a los sentimientos populares, frecuentemente manipulados por el discurso oficial y los medios de comunicación.

5. Hay que tener siempre presente que el derecho penal sólo debe utilizarse como una medida extrema, ya que la imposición de cualquier pena (más aún si pensamos que nuestro sistema punitivo está centrado en la pena privativa de libertad), es la intervención más radical en la libertad del individuo, que el ordenamiento jurídico moderno permite al Estado.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ