

CAPÍTULO TERCERO

LOS LÍMITES SUSTANCIALES PARA CONMINAR PENALMENTE

— I —

La grave lesividad a bienes jurídicos

Parto de las ideas de Roxin¹⁰⁴ —y de muchos otros pensadores— para afirmar que sólo podrá ser pertinente que se considere la posibilidad de punir cuando sea ineludible que se prevenga de esa forma el grave daño o el peligro a los bienes jurídicos esenciales para el desarrollo de las personas en sociedad; y sólo bajo esas bases lograr justicia en el marco de una existencia social pacífica cuyo fin sea el de promover la socialización responsable con respeto a la dignidad humana. De ello se sigue como primera consecuencia que se debe abandonar la pretensión de una conminación penal —afectación de la libertad personal a través de tipificar penalmente conductas que se prohíban— cuando falte su necesidad por la ausencia de lesividad significativa de algún bien jurídico esencial para el desarrollo personal en sociedad; o bien cuando aquellos menoscabos se pueden atender con medidas menos severas que las tradicionales del poder penal.

En el mismo sentido, sería arbitrario pensar que la conminación penal funcione si no se circunscriben legal y taxativamente los hechos específicos que constituyan la materia penal que se prohíba. —Principio de legalidad penal—. Como igual de indebido sería pretender hacer efectiva la consecuencia de la conminación penal, cuando la persona no la conozca ni la pueda fácilmente conocer o no le sea imputable el hecho como obra suya. Lo cual no es más que prohibir el *versare in re illicita* como exigencia que se deriva de los principios del sentido natural de las cosas, de los principios de la conducta humana y la culpabilidad. O cuando las circunstancias del caso le impidan racionalmente a la persona ajustarse a la norma. Lo cual es una implicación de tal principio de culpabilidad, de que nadie es responsable más que de sus propios actos. Por lo tanto, no se puede responsabilizar por el azar. Y de que, además, el juicio de reproche se ajuste a la garantía de igualdad. Lo cual apareja reconocer las desigualdades. O rechazar la sanción cuando aquellas circunstancias no ameriten —social y racionalmente— la imposición de pena, es decir, si en el caso concreto falta la necesidad social de la pena. (Prevención general y especial positivas.) Al igual que es propio de la razón advertir que en cada caso pueda ser distinto ese margen de elegir conforme al conocimiento y la posibilidad de actuar conforme a Derecho. Lo cual no es más que la derivación de los principios de culpabilidad y de igualdad que prohíben tan la creación de tipos penales discriminatorios —que sancionen los modos de ser o por ciertas condiciones sociales— como igual rechazan la indiscriminación judicial punitiva a sujetos desigualmente responsables y del mismo modo se oponen a la segregación con base en juicios apriorísticos o que sancionen más por la “conducción de la vida” que por el margen que se tuvo para elegir conforme a Derecho cuando se realizó la acción misma que fue materia del proceso y sea objeto del juicio de reproche. Por ello, además de la necesidad de protección contra lesiones graves a ciertos bienes jurídicos, la especificación legal de las conductas y la delimitación de los hechos prohibidos y la culpabilidad humana en el marco de la responsabilidad penal por la acción, se erigen en los límites y no sólo en los fundamentos para punir.

¹⁰⁴ Claus Roxin, *Problemas Básicos...*, p. 35.

De aquí que quepa recordar que todo poder estatal procede del pueblo. Por ello, su función no se puede ver en la realización de fines trascendentes de cualesquier tipo. Y si cada individuo participa en el poder estatal con igualdad de derechos, tampoco puede estribar en corregir moralmente y en forma autoritaria a personas adultas, a las que, sin embargo, se les conciba como inmaduros éticamente. Ello atentaría contra la garantía de la dignidad humana y del derecho general de libertad de acción. La función punitiva se limita más bien a crear y asegurar a un grupo humano que se reúne en el Estado las condiciones de una existencia que satisfaga las necesidades vitales que surgen de sus derechos humanos, bajo sustentos éticos mínimos y de contenido humanista. En tal sentido el Derecho Penal que corresponde apoyar a un Estado democrático es aquel que descansa en el consenso de sus ciudadanos, para proteger sus bienes jurídicos esenciales de conductas que los lesionen severamente realizadas con culpabilidad y responsabilidad. Por lo que —en palabras de Mir Puig— (...) la prevención general no puede perseguirse a través de la mera intimidación que supone la amenaza de la pena para los posibles delincuentes, sino que ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de valores de la sociedad. La fuerza de convicción de un Derecho penal democrático se basa en el hecho de que sólo se usa de la intimidación de la pena en la medida en que con ella afirme a la vez las convicciones jurídicas fundamentales de la mayoría y respete en lo posible las de las minorías.¹⁹⁵ Para el Derecho Penal ello significa que su fin sólo se puede derivar del Estado, pero concebido éste como comunidad de los bienes jurídicos esenciales de las personas para su convivencia y para el beneficio y la paz social. Por lo tanto, sólo puede consistir en garantizar la vida en común de todas las personas, cuando de manera grave y culpable se lesione sus bienes jurídicos esenciales en lo individual o de los medios colectivos que se instrumentan para su realización. Así como procurar vías y medidas alternativas a las tradicionales que impliquen prisión, si aquellas son suficientes para lograr la paz y promover la socialización responsable. Ya señalé antes el concepto de bien jurídico de Muñoz Conde y García Arán. Mismo que se corresponde con esas concepciones. (...) *bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social* —dicen los ameritados juristas—. ¹⁹⁶ Y es que en cada situación histórica y social de un grupo humano, los presupuestos ineludibles para una existencia digna y en común se concretan en una serie de condiciones valiosas. De las que, por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la libertad o la propiedad, todo el mundo les tiene presentes. Condiciones que se fundan en el ejercicio libre y responsable de los derechos humanos en sociedad que garantiza nuestra C. En pocas palabras: los llamados bienes jurídicos esenciales al ser humano.

El Derecho Penal tiene que proteger esos bienes jurídicos. Limitando al poder punitivo para que sólo se puna cuando de manera culpable se les dañe o se ponga en peligro a esos bienes a través de las formas más graves que la ley prohíba y donde las conductas se especifiquen de manera clara y cerrada y sólo en la medida en que otros medios menos severos sean insuficientes. Por otra parte, en el Estado moderno, junto a esa protección de bienes jurídicos previamente dados, aparece también la necesidad de asegurar, si es necesario con los medios del poder penal el cumplimiento de las prestaciones públicas de las que dependen el

¹⁹⁵ Santiago Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, España, 1994, p. 38.

¹⁹⁶ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal*, op. cit., p. 66.

individuo y su desarrollo en la comunidad; esto es, proteger de lesiones graves a los bienes jurídicos que se derivan de los derechos colectivos y a los mismos recursos estatales para hacerlos posibles; y los que, como tales, se dirigen a aquellos fines. Mismos que se relacionan con los ahora llamados derechos sociales: vivienda, salud, medio ambiente sano, administración honesta de los recursos y servicios públicos, derecho a la información, etc. Mediante esa doble función, el Derecho Penal realiza una de las más importantes de las numerosas tareas del Estado. Ya que sólo la protección de los bienes jurídicos esenciales para las personas para su vida plena en sociedad y la garantía de las prestaciones públicas necesarias para esa existencia permiten al ciudadano el libre desarrollo de su personalidad dentro de la convivencia social. Los que nuestra Constitución considera como presupuestos de una existencia humana digna.

De aquí se desprenden algunas de las consecuencias importantes que anotamos con relación al *jus puniendi* frente a la potestad penal: La necesidad de tratar en vía penal ciertas lesiones a bienes jurídicos esenciales al desarrollo del ser humano en la comunidad. Y la naturaleza fragmentaria, de reserva o de intervención mínima del poder punitivo. Por lo tanto, las ideas apuntan a la penalización y a la despenalización de algunas conductas y hechos. Examinó esas consecuencias.

— II —

El principio de intervención mínima

El poder punitivo tiene —o debería tener— una intervención mínima que al Derecho Penal le corresponde delimitar. Esto es, sólo se deben punir los ataques de bienes jurídicos y las infracciones contra fines de la asistencia social, cuando se den de la forma más grave; y sólo si ello es ineludible para los fundamentos esenciales del desarrollo de las personas en una vida comunitaria ordenada y pacífica.

Pues el poder punitivo tradicional se debe retraer donde para aquello basten los medios del Derecho Civil o del Derecho Público. O bien aquél pueda emplear medios menos enérgicos a la enraizada prisión ya sea ésta como pena y, más aún, como medida de naturaleza cautelar que priva de la libertad durante los procedimientos previos a la pena. El principio de intervención mínima establece que: (...) al derecho penal no se le debe utilizar de manera arbitraria, sino que el Estado sólo debe echar mano de él como recurso de última ratio: enseña el Doctor Moisés Moreno.¹⁰⁷ Así (...) para el logro de sus objetivos —continúa el distinguido penalista, discípulo de Welzel y de Kauffmann—: el Derecho Penal debe previamente acudir a otros medios jurídicos cuyas consecuencias sean menos drásticas. Y sólo cuando éstos resulten insuficientes e ineficaces, es que se debe atender a las medidas más severas del Derecho Penal. Y nada más si es que existe la convicción de que ese será un mejor recurso.¹⁰⁸ En efecto, para la persona afectada, cada pena y cada proceso penal con medidas cautelares de índole personal le significan un menoscabo en sus bienes jurídicos. Tienen consecuencias que, en cualquier evento, restringen fuertemente la libertad personal y trascienden a la personalidad. Y quiérase o no, en muchos casos afectan también severamente a su familia y a muchas otras personas. Por ello, por ser el poder penal la reacción más enérgica de la comunidad contra sus propios

¹⁰⁷ De ahí —señala el distinguido penalista— “que se diga que el derecho penal tenga un carácter fragmentario o subsidiario”. Dicho autor, en su obra *Política Criminal y Reformas Penales*, cita al respecto, además de a Claus Roxin, a G. Rodríguez Mourullo, *Derecho penal, Parte general*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1978, pp. 18 y ss.; y a C. Ponte Petit, “Reformas Penales de 1984, Parte Especial”, en *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*, Procuraduría General de la República, 1984, p. 245.

¹⁰⁸ Rafael Moreno Hernández, *Política Criminal y...*, op. cit., p. 123.

integrantes, sólo se puede recurrir a ella en último extremo. A aquella le faltará de antemano la legitimación de su necesidad social si se la utiliza sin que se lesione de manera grave a bienes jurídicos esenciales o cuando aún lesionándolos, el menoscabo no sea significativo, o bien basten otros procedimientos menos severos para hacer justicia, preservar la paz y promover la fidelidad al Derecho. La paz jurídica se vería perturbada por un ejército de personas con antecedentes penales o sujetas a prisión. Y ello en mayor medida de lo que aquella se pueda fomentar con la conminación penal. Vistas así las cosas, el bien jurídico recibe una doble protección: del Derecho Penal y antes del Derecho Penal. Pues si el poder penal se emplea de manera excesiva provoca precisamente las situaciones que quiere evitar. En estas ideas de intervención mínima —y a las que también se les conoce como de reserva— ya se comprende en realidad todo un programa de política criminal. Baste con algunas sugerencias, las que tomo en parte de Roxin y que esbozo de manera rápida:

A. El principio de reserva y las conductas inmorales. Como ya antes se adelantó:

El legislador carece de una facultad sustancialmente legítima para castigar sólo por su inmoralidad conductas no lesivas de bienes jurídicos. O porque las considere antisociales sin que de manera significativa dañen o pongan en peligro bienes jurídicos.

El Derecho Penal debe tener un sustento ético (apoyarse en valores); pero de ningún modo debe conformarse para corregir sólo por ese motivo. Tampoco hay facultad de castigar sólo para ejemplo de otros. Sino que la función preventiva general se condiciona y limita de acuerdo a la entidad jurídico-lesiva de la conducta culpable y el fin de readaptación social que el artículo 18 C. asigna al sistema penal. En el primer aspecto el Derecho Penal Mexicano sale bien librado. En esa ruta se debe continuar. El ejemplo típico en otros países es el de punir actos homosexuales que realicen personas adultas de común acuerdo y sin publicidad, no obstante que no dañen ni pongan en peligro a nadie ni, por tanto, lesionen bien jurídico alguno. Y cuando una acción no afecta el ámbito de libertad ni de seguridad de nadie, ni tampoco puede escandalizar directamente a los sentimientos de algún espectador porque se la mantiene oculta en la esfera privada, el castigo entonces ya no tiene fin alguno de protección. Por ello, impedir lo meramente inmoral no entra dentro de la misión del Derecho Penal. Es decir, el enjuiciamiento jurídico penal no depende en absoluto de la cuestión —que la mayoría de las veces se pone en primer plano— de si una conducta es más o menos reprobable moralmente. El Estado tiene que salvaguardar el orden externo. Pero no tiene legitimación de ningún tipo para tutelar la moral de los individuos. En el respeto de la moral intrínseca de cada quién estriba la obligación del Estado de protegerla. Absteniéndose de establecer cánones sobre los que ningún derecho le asiste. Bajo riesgo —en caso contrario— de tender al autoritarismo y dificultar la aspiración a un estado de derecho con sustento democrático. (Derechos de libertad, de igualdad, de dignidad, de libertad de expresión, de creencias, entre otros.) (Artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 12, 13 C.) Bien dice Roxin que (...) dejemos aquella tarea a la religión, que cuida de la salvación de almas y de la buena conducta moral de quienes la profesen. Pero ésta es una situación distinta por completo. Porque aquella no hace venir su autoridad del hombre.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Claus Roxin, *Problemas Básicos del Derecho Penal...*, op. cit., p. 29.

Empero —aunque pueda sonar como provocación— no debo dejar de mencionar que parecería lindar con la mera reprobación moral la punición del incesto cuando se realiza en privado, entre personas adultas, sin violencia, con la libre, consciente y plena voluntad de los partícipes. Pues es difícil sostener que en esos casos haya daño o que peligre de manera real un bien jurídico. A menos que tal bien sea el del sano desarrollo de las personas en familia. Y ninguna duda cabe que conductas de aquella naturaleza merecen la reprobación general. ¿Pero es eso suficiente para punir? ¿Y cuál sería la pena adecuada en esos casos? ¿Y qué tal si en un caso la familia no existe como tal, más allá de los partícipes? Esa conducta se tipifica como delito en los artículos 272 del CPF, 181 del CPDF y 326 del CPC. Resta por ver si esa misma política se ha seguido con relación a modos de ser antisociales y a conductas de igual clase que no lesionen bienes jurídicos.

B. El principio de intervención mínima o de reserva según la necesidad social de la pena y su rendimiento. La infracción a reglamentos de policía y a leyes administrativas. Se ha referido Mir recientemente, con notable éxito, a la imperiosa obligación de distinguir entre bien jurídico y bien jurídico penal. (...) La doctrina —dice Mir— no ha contemplado normalmente este último concepto, sino que se ha limitado a referirse al de bien jurídico, sin más.²⁰⁰ Por ello, advierte que: (...) no basta con que un bien posea suficiente importancia social (y relevancia constitucional) para reclamar su protección penal; es preciso que no sean suficientes para su tutela otros medios de defensa menos lesivos, pues si basta con la intervención administrativa, o la civil, no habrá que elevar el bien a rango de bien jurídico penal.²⁰¹ Este carácter mínimo o subsidiario de la intervención penal nos sitúa, desde un ángulo complementario, en el clásico postulado de la fragmentariedad del poder punitivo, que exige justamente que los bienes merecedores de protección penal se tutelen —por regla general— de manera subsidiaria. Es decir, únicamente contra las modalidades de agresión más graves y relevantes, rechazando una tutela penal abrumadora o totalitaria y, por ello, también, uniforme e indiferenciada. En definitiva, como dice Palazzo: (...) el principio de fragmentariedad impone que el derecho penal siga siendo un archipiélago de pequeños islotes en medio del gran océano de lo penalmente indiferente (aun siendo jurídicamente relevante).²⁰²

Así, de acuerdo con el principio de intervención mínima, tampoco pertenecen al Derecho Penal las infracciones contra meros preceptos de policía.

Bien se trate de prohibiciones de aparcamiento. Bien de horario de cierre de comercio u otras similares. Para estos casos basta con sanciones administrativas; las que muy bien pueden ser multas o, en su defecto, arrestos sujetos a los límites del artículo 21 C. A menos que se trate de violaciones que por la clase de comercio o por la actividad que se realiza, conlleven el riesgo de posteriores pero muy probables lesiones a la vida, a la salud o al patrimonio; o al de la irreparabilidad del daño. Como sucede con el expendio de bebidas alcohólicas a menores de edad; o con la omisión por el titular del seguro obligatorio cuando se trata del servicio público de transporte de personas, que pone en riesgo la reparabilidad del daño cuando con motivo de su

²⁰⁰ Santiago Mir Puig, *El Derecho Penal en el estado social y democrático...*, op. cit., p. 159 y ss.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² Giuseppe Palazzo, "Principi costituzionale, bene giuridici e scelte di criminalizzazione", en *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Vol. I, Milán, 1995, p. 159 y ss.

prestación se originan delitos culposos. Tal como así se razonó en el nuevo Código Penal de Coahuila para motivar medidas punitivas suaves y alternas a la prisión para esa clase de infracciones.²⁰³

Así mismo, no se deberían penar simples perturbaciones del orden público; ni las meras desobediencias.

Es decir, como si fueran perturbaciones graves, sin serlo; o cuando la indisciplina no involucre la grave afectación de un bien jurídico previamente reconocido. El enmendarlas es tarea de la policía y del derecho administrativo. Y también habría que poner reparos a cualquier método legislativo por el que se provea a las leyes no penales de un cinturón protector jurídico-penal, en el que se decretara sencillamente al final de las mismas: que "se castigará penalmente a quien infrinja las disposiciones precedentes". Ello sería del todo recusable. Además de inconstitucional a la luz de la garantía de legalidad estricta del artículo 14 C.

Igualmente, el principio de intervención mínima del Derecho Penal impone revisar con seriedad la necesidad, la eficacia y el ajuste constitucional de los delitos que se prevén fuera del Código Penal.

Ese abuso fue patente hasta 1983; año en el que se inició un proceso —que luego de 1994 se suspendió— de despenalización de conductas en múltiples leyes especiales administrativas del orden federal. Ya en 1984 Manuel Rivera Silva criticó aquella forma de proceder en el Código Fiscal de la Federación, al señalar: (...) debe censurarse la ausencia de criterio jurídico del legislador por dar hospedaje a delitos fuera del Código Penal, siendo en este ordenamiento donde debería tener acomodo y así en lo alusivo a la materia que comentamos, mejor sería desde los puntos de vista técnico y práctico destinar un título propio en el Código Penal a los "Delitos contra el Fisco" y no registrarlos en un capítulo casi perdido dentro de un título del Código Fiscal de la Federación y en el cual se alternan normas de carácter sustantivo con otras de calidad adjetiva.²⁰⁴ Pero no menos certeras son las observaciones de Miguel Ángel García Domínguez y Raúl González-Salas Campos. El primero apuntó en 1987 que fuera del CPF existían 46 leyes federales que prevían tipos penales, los que en su conjunto sumaban 350. Y observó lo siguiente: (...) Resulta que 10 leyes especiales no se han aplicado en lo absoluto. 18 leyes se aplican rara vez. 13 se aplican ocasionalmente. Y solamente cinco son las que suelen aplicarse con alguna frecuencia. Los delitos consignados en esas 46 leyes federales rebasan en número al doble de los contenidos en el Código Penal.²⁰⁵ García Domínguez —según González-Salas Campos— también consideró: que [e]sos delitos podían proliferar de un modo tan irracional y llegar a adquirir una extensión, una complejidad y una dispersión tan grandes, precisamente por encontrarse diseminados dentro de una enorme variedad de ordenamientos, que se colocan en una situación que pugna contra la seguridad y la justicia.²⁰⁶ Por su parte, González-Salas Campos apunta: (...) el gran caudal de los delitos especiales hace de las normas penales que no sean funcionales. Y antes de ello precisa que: (...) debe evitarse criminalizar en las mismas leyes la misma conducta antijurídica. En ese sentido es importante analizar hasta dónde es conveniente que las mismas conductas previstas en el Código Penal Federal se repitan en el

²⁰³ La fracción IV del artículo 182 del CPC sanciona con penalidad alternativa y con la posibilidad de que sólo se considere "falta penal": Al propietario de un vehículo automotor por el que se dé servicio público de transporte de personas o cosas; aún cuando aquél se preste o se debiere prestar por concesión, autorización o permiso equivalente; que omite tener seguro vigente que cubra daños a la vida, salud y patrimonio de ocupantes y terceros; siempre y cuando el vehículo participe en un accidente, con o sin culpa del conductor. Si el propietario resulta ser persona moral, incurrirá en este delito quienes tengan su representación legal, o se ostenten como tales si la persona moral es de hecho.

²⁰⁴ Manuel Rivera Silva, *Derecho Penal Fiscal*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1984, p. 107.

²⁰⁵ Miguel Ángel García Domínguez, *Los delitos especiales federales*, Editorial Trillas, México, 1987, pp.13 y ss.

²⁰⁶ Idem., op. cit. pp.15 y ss.; citado por Raúl González-Campos Salas, *La teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal*, Peraznieto Editores, S.A. de C.V., México, 1995, p. 82

Código Fiscal de la Federación, pues esto puede suponer una violación al principio de utilidad de las normas penales, ya que puede impedir que el ciudadano conozca y comprenda ese universo inextricable de normas que han proliferado de modo tan irracional...".²⁹⁷

Más la salvedad del Derecho Penal respecto a infracciones que son del orden administrativo conduce a su vez a plantear cuatro preguntas. Por un lado, **1)** ¿si es o no es acertado hablar de "subsidiariedad" del Derecho Penal con relación a las demás materias del orden jurídico? Por el otro: **2)** ¿En qué medida es conveniente trasladar del Derecho Penal al Derecho Administrativo lesiones poco significativas a bienes jurídicos esenciales? **3)** ¿En qué medida es deseable un Derecho Administrativo Sancionador? Y, por último: **4)** ¿Qué sucede cuando la misma conducta se sanciona penal y administrativamente?

C. La "subsidiariedad" del Derecho Penal con relación a otras materias del Derecho y el poder sancionatorio de éstas. La expresión "subsidiariedad" del Derecho Penal se emplea como sinónimo del principio de intervención mínima. Esto es, como una de sus manifestaciones. Empero, el entendimiento de esa expresión puede ser diverso. A veces con ella simplemente se quiere decir que el Derecho Penal no puede sino sancionar bienes jurídicos reconocidos en otras leyes. Afirmación que —por un lado— parte de una distinción ficticia. Y —por el otro— se sustenta en un aserto incompleto. Me explico. El que se hable de "subsidiariedad" del Derecho Penal con relación a las demás materias del orden jurídico —según Muñoz Conde y García Arán lo señalan— tiene su origen en la *teoría de las normas* que formuló a principios del siglo XX el jurista alemán Binding. Los autores españoles observan: (...) El punto de partida de este autor es su distinción entre norma y ley penal; el delincuente infringe con su conducta la norma pero cumple la ley penal que no tiene más que una función sancionatoria de las acciones prohibidas por las normas.²⁹⁸ La distinción peca de artificial —aducen los autores ibéricos—: (...) Por imperativo del principio de legalidad o de intervención legalizada del poder punitivo del Estado, las normas de conducta sólo adquieren relevancia en Derecho penal en la medida en que se plasman en la ley penal vigente. El que existan normas de conducta sociales previas a las propias leyes penales no implica que éstas sean subsidiarias de aquellas, sino simplemente demuestra el sustrato social que las normas penales tienen.²⁹⁹

Y ciertamente, desde el momento en que el legislador incorpora aquellas normas de conducta en una ley penal vigente, las convierte en normas penales. Esto es, en parte integrante de sus propias normas. Sin que pueda ser de otro modo, dado que conforme al artículo 14 C. las normas penales sólo pueden tener como fuente la misma ley penal. Además, la conminación penal no depende siempre de que se reconozca a ciertos bienes en leyes previas —de aquí se supone su carácter subsidiario—, puesto que ese reconocimiento también se puede derivar directamente de la carta fundamental. En efecto, sin que la protección de un bien jurídico se previese antes en una ley, la misma Constitución consigna que se puna la lesión a ciertos bienes jurídicos. Como sucede cuando la C. dispone que la ley penal sancione: Todo abuso de la retención por flagrancia (párrafo octavo del artículo 16 C.) Cualquier acto que atente contra la inviolabilidad y privacía de las comunicaciones

²⁹⁷ Raúl González-Campos Salas, *La teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal*, Porrúa Editores, S.A. de C.V., México, 1995, pp. 82 y 83.

²⁹⁸ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal*, op. cit., p. 80.

²⁹⁹ *Ibidem.*, p. 80.

privadas (párrafo décimo del artículo 16 C.) La violación de la correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas (párrafo decimotercero del artículo 16 C.) Y cuando la autoridad responsable insista en la repetición del acto reclamado o trate de eludir la sentencia de la autoridad federal en materia de amparo (fracción XVI del artículo 107 C.) Por otra parte, es cierto que el Derecho Penal recoge la antijuridicidad de ciertas conductas que no sólo señala la C.; sino que ella se desprende de las demás leyes. En esencia, del Derecho como un todo. Mas también es verdad que de la ley penal en sí misma no se desprende en muchos eventos —al menos a primera impresión— de si y hasta qué punto el comportamiento es antijurídico. Y por igual es sefiero que en incontables casos de duda la antijuridicidad concreta tendrá que averiguarse en función de las demás materias del Derecho. Y, en tal sentido, que es a través de otras materias del Derecho donde se confirmará su lesión y ofensa.

Mas así como ese carácter relativamente «subsidiario» del Derecho Penal de ninguna manera se debe confundir con el de un papel “secundario” del Derecho Penal, tampoco se debe perder de vista lo que es fundamental para el principio de intervención mínima: El que el Derecho Penal se debe ocupar del daño o puesta en peligro (lesivos) de bienes previamente reconocidos por el Derecho sólo cuando sea especialmente grave la forma de ataque a esos bienes. En el primer aspecto, por “secundario” se entiende algo carente de importancia, irrelevante —y como bien dice Gimbernat Ordeig—: [e]l Derecho Penal es todo, menos eso. Más si con ello se quiere destacar el carácter de «última instancia» del jus puniendi, entonces la expresión de «secundario» es por lo menos desafortunada.²⁰⁰ El maestro ibérico acota: (...) Si a un enfermo se le puede curar fácilmente con medicinas, ningún médico le ordenará seis meses de reposo absoluto para alcanzar el objetivo de devolverle la salud. Y si a otro enfermo le bastan seis meses de reposo para recuperarse, ningún cirujano le someterá a una grave operación quirúrgica para lograr la misma recuperación. No obstante, a nadie se le ocurriría decir, por ello, que la cirugía, comparada con otros medios terapéuticos, tiene carácter «secundario» (¡qué expresión más adecuada para originar equívocos!); más exacto sería decir —y con ello se evitan también los equívocos— que tiene un carácter de «última instancia».²¹¹

No se trata entonces de que sólo se puedan punir los ataques a bienes jurídicos previamente reconocidos. Lo cual es condición indispensable para punir. Sino de que el poder punitivo sólo debería atender a las ofensas más graves a esos bienes jurídicos. Y, por lo tanto, dejar a otras áreas del Derecho la tarea de sancionar los embates menos severos. Ello depende tan de la naturaleza misma del bien jurídico, como del ámbito dentro del cual se da la infracción y de la clase o circunstancias mismas —objetivas o subjetivas— del ataque. Debe haber pues una selección rigorista de bienes jurídicos a proteger penalmente según la forma y gravedad del ataque y una progresiva reducción de las penas más aflictivas —sobre todo de la pena de prisión— bajo el doble lema “menos delitos” (el sistema penal provoca problemas mayores de los que pretende resolver) y “menos cárcel” (la pena es violencia institucional.) Gimbernat Ordeig, cita a Mayer: (...) Es de importancia para decidir sobre la tipificación de un comportamiento el factor de la «necesidad de protección» del bien en cuestión, esta necesidad se mide sobre la base de la «atacabilidad» del bien: «cosas muy muebles, como las

²⁰⁰ Enrique Gimbernat Ordeig, *concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, España, 1999, p. 25.

²¹¹ *Ibidem*.

bicicletas y automóviles, están más expuestas a ataques que cosas menos muebles, y éstas, a su vez, más que los inmuebles». Por último, añade Mayer (...) el legislador debe examinar la capacidad de protección; no todo deber puede, no todo deber debe ser impuesto coactivamente. Aunque se piense que es mucho el merecimiento de protección y la necesidad de protección, de por ejemplo, la moral sexual, el hecho es que su capacidad de protección sale muy mal parada. Si la legislación se niega a reconocer su incapacidad, el orden jurídico se expone a derrotas, se presenta como un general inepto frente a tareas para las que no están preparadas sus tropas.²¹²

Ahora bien, con base en esos argumentos, se asume que el Derecho Penal se debe retraer y que la lesión sólo amerite sanción administrativa cuando con ésta baste para lograr las condiciones básicas de convivencia social. Ello sin duda es admisible pero sólo si a ese postulado se le condiciona a su vez a que el retiro penal no abra la puerta a otras vías más expeditivas que permitan las mismas sanciones. Esto es, *la retracción penal será indeseable cuando la alternativa no implique una permuta sustancial en la clase de sanción y sí —por el contrario— una supresión de las garantías procesales. Porque entonces quitar la infracción del Derecho Penal para endosarla con la misma sanción a otra vía más expeditiva deviene en un mecanismo pseudo legitimador que en realidad cancela garantías.* Y ello es como se indica, porque fuera de la pena de prisión, las demás sanciones que se puedan estimar como penas por su inclusión en el catálogo de la ley penal no son en realidad materia exclusiva del Derecho Penal. Prácticamente todas las ramas jurídicas tienen sus propias sanciones que se aplican en caso del incumplimiento de sus normas. Y muchas de esas sanciones son iguales en su sustancia que las que prevé la ley penal. La privación o suspensión de derechos y la multa no son exclusivas del Derecho Penal. El Derecho Civil, por ejemplo, prevé la pérdida de la patria potestad y el Derecho Administrativo contempla no solo la amonestación y la multa sino, además, a la suspensión, destitución e inhabilitación en el empleo o cargo de los servidores públicos. Asimismo, en el orden del tráfico de vehículos a veces se dispone la retirada temporal de la licencia de conducir o de la tarjeta de la tenencia del vehículo por infracciones de tránsito.

Por ende, si acaso fuere la misma ley penal la que sólo conminara con esas sanciones y la nueva vía no aparejará cambio en este sentido y sí por el contrario conllevará una reducción de las condiciones mismas que configuran la infracción y de los medios de defensa del infractor, no parecería entonces ser lo más aconsejable la reserva del poder penal. El problema no es distinto cuando la misma infracción y sanción ya se prevén en el orden penal y en otra área del Derecho. Porque aun cuando en tales casos, al menos cuando se imponga una de las sanciones de igual naturaleza, ello impedirá que por la misma conducta se aplique de nuevo la misma sanción que se contempla en el otro ámbito jurídico. Lo que no apareja sino acato a la prohibición de doble sanción que prevé —como garantía— el artículo 23 de la C. Y de aquí que la fracción III del artículo 109 C. también disponga que no podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza en materia de responsabilidad administrativa de los servidores públicos, lo cual se reproduce en el artículo 6° de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas. Y aunque la jurisprudencia federal primero señaló que al procedimiento administrativo de responsabilidad de los servidores públicos le eran aplicables

²¹² Enrique Gimbernat Ordoig, *concepto y método de la...*, op. cit. pp. 26 y 27.

supletoriamente las normas del procedimiento penal, previsión que acogía la abrogada Ley Federal de Responsabilidades de Servidores Públicos²⁹; ahora, la ley de la materia, vigente desde el 14 de marzo de 2002, no solo nada prevé al respecto, sino, además, la ley deja amplio margen de discrecionalidad para que el órgano que impute la presunta responsabilidad sea el mismo que le competirá instruir el procedimiento e imponer la sanción y, obviamente, sin que pertenezca al Poder Judicial. ¿Cuál independencia? ¿Cuál imparcialidad? Al contrario, un procedimiento puramente inquisitorial en aquél aspecto. Asimismo, aquella ley está casi ayuna de reglas de obtención, constitución y valoración de las pruebas y peor aún, el párrafo tercero de la fracción I del artículo 21 dispone que cuando el servidor público deje de comparecer sin causa justificada a la audiencia de pruebas y alegatos, se tendrán por ciertos los actos y omisiones que se le imputen. Con ello, la ley se aparta del principio de que quien acusa o imputa está obligado a probar, eximiendo de esa carga al órgano acusador al sustituirla con una presunción de equívoca constitucionalidad. Sin duda que en tales aspectos la nueva ley de responsabilidades es de dudosa legitimidad y, además, vuelve al procedimiento administrativo más expeditivo que el de naturaleza penal. Lo cual no se justifica porque en aquél no haya actos de molestia ni sanciones que involucren directamente a la libertad personal. De todas suertes están en juego la seria afectación y la pérdida de derechos, así como la aplicación de sanciones económicas muy severas que en la misma medida involucran al patrimonio del presunto responsable y quiérase o no afectan a su propia familia. Sin contar que también quedan en tela de juicio aquellas intromisiones con motivo de afectaciones patrimoniales al erario cuando las efectúa la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo del ejecutivo federal, dada la exclusiva competencia constitucional que ahora tiene la Auditoría Superior de la Federación para aplicar las indemnizaciones y sanciones pecuniarias cuando se trate de desvíos presupuestales que afecten la Hacienda Pública Federal o al patrimonio de los entes públicos federales, pues ¿dónde quedan entonces esas facultades que ahora da a ese órgano la fracción IV del artículo 79 de la C.?

El Principio del Estado Democrático tiene como seña de identidad más genuina la reducción de su aparato coercitivo hasta el mínimo indispensable. Y coloca en el centro del debate el alcance de la relación entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador, del que sería un acierto su progresiva fusión bajo principios de actuación similares al Derecho Penal, en cuanto tiendan a ajustar al Derecho administrativo sancionador a los límites y garantías de carácter procesal —e incluso sustantivo al menos en su aspecto objetivo— de los que debe disfrutar toda persona en el Derecho Penal en un amplio sentido. Y ello es así porque de toda la gama de sanciones la única específica del Derecho Penal es la de prisión o privativa de la libertad, pues en las restantes áreas el poder del Estado puede hacer un uso casi ilimitado de las demás clases

²⁹ La tesis es la siguiente: LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. AL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN ELLA LE ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Cuando la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, no prevea algunas cuestiones sobre el procedimiento, así como la apreciación de las pruebas, respecto de los procedimientos administrativos que tengan por objeto investigar si la conducta de los funcionarios públicos se ajusta a las disposiciones constitucionales y legales, con el fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que tales servidores deben observar en el ejercicio de su cargo y, en su caso, fijarles responsabilidad y aplicarles la sanción respectiva, la legislación aplicable en términos de lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, es el Código Federal de Procedimientos Penales. Dicha supletoriedad opera, no obstante que el citado precepto se encuentre ubicado en el Capítulo IV, relativo a las disposiciones comunes para los Capítulos II y III del título segundo (procedimiento en el juicio político), pues la redacción de ese artículo permite establecer con claridad, que la intención del legislador no fue limitar la aplicación supletoria del Código Federal de Procedimientos Penales a las cuestiones no previstas en la sustanciación y resolución de los juicios políticos, sino a cualquiera de los procedimientos establecidos contra un servidor público. OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. PRECEDENTES: Revisión fiscal 468/2000. Titular de la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, 26 de mayo de 2000. Unanimitad de votos. Ponente: María Guadalupe Saucedo Zavala. Secretaria: Blanca Lobo Domínguez. Véase: S.J.F. y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIII, febrero de 2001, página 1701, tesis I.7o.A. J/12, de rubro "LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. AL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN ELLA LE ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES."

de sanciones. Al respecto, Muñoz Conde y García Arán dicen: (...) Lo único que cabe esperar ante este desmesurado poder sancionatorio es que también rijan los mismos preceptos y garantías que rigen en la imposición de las sanciones penales.²¹⁴ Asimismo, con todo lo que hasta aquí se expuso se evidencia que:

Incluso la simple condición de que el poder penal sólo debe intervenir cuando se ataquen bienes jurídicos es útil en esencia para evitar que a este requisito de menoscabo de bienes jurídicos se le sustituya por conceptos aun más imprecisos. Como el de "funcionalidad del sistema normativo penal" o el de "restablecimiento de la vigencia de la norma".

Porque con estas nociones se pasa por alto una categoría que se plasma en los propios tipos penales y sin la cual el hecho no se tipifica penalmente: Cual es que aquel siempre lesione o ponga en peligro al bien jurídico que la norma tutela. Y, además, porque las otras expresiones abren la puerta a la arbitrariedad. Riesgo que sin duda se potencia si no se respeta a aquella categoría. Ello es así en el primer caso, porque el juez no habría de tomar en cuenta si hubo o no hubo ataque a bienes jurídicos y sí —por el contrario— a él le competería decidir cómo se habría de entender la ley penal en el caso concreto "para que el sistema penal funcione" y porque el mantener "la vigencia de la norma" es tarea que no solo incumbe al Derecho Penal, sino a cualquier ámbito del Derecho donde se prevean consecuencias jurídicas por el quebrantamiento de sus normas. Sin desconocer que si a la noción de "funcionalidad del sistema penal" se le acota con la idea de una prevención positiva que se vincule a los fines constitucionales del sistema penal, entonces a esa concepción se le toma realmente en un deseable límite adicional —en vez de excluyente— a la condición de la lesión o el peligro lesivo de bienes jurídicos. Porque con ese enfoque la pena será inadmisibles, tan si falta la lesión o el peligro de lesión al bien jurídico; como cuando, aún existiendo aquella lesión, en el caso concreto la imposición de la pena sea intolerable a efectos de prevención; o cuando el fin de readaptación social aconseje sustituir la pena por una menos severa.²¹⁵

Pero son aún más peligrosas las diversas expresiones del mero "restablecimiento de la vigencia de la norma" o del "mantenimiento de vigencia de la norma" como únicos fines del Derecho Penal y, además, como sustitutas del ataque a bienes jurídicos. Porque al excluirse ésta última categoría, aquellas abren el cauce para tipos penales de mera desobediencia a la seguridad del Estado según los controles que quiera ejercer el grupo dominante, aunque la desobediencia no signifique embate alguno a un bien jurídico.

Así pues, el principio de intervención mínima a través de la tutela de los bienes jurídicos que se les ataque de la forma más grave *sirve de coto ante un Derecho Penal puramente formal o sociológico-funcional-formal*. Esto es, cuando a aquél se le ajusta a los límites que le impone el estado de derecho. Por los cuales se deriva que sólo podrá ser legítimo el poder penal que conmine con pena a la conducta que ataque bienes jurídicos de manera significativa.

D. El principio de reserva y las lesiones más graves de bienes jurídicos esenciales por medio de conductas específicas. Queda pues claro que se debería examinar todo el orden jurídico, a fin de que se

²¹⁴ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal*, op. cit., pp. 84 y 85. En cuanto a una debida garantía de audiencia en el procedimiento de responsabilidad de servidores públicos y el ajuste del mismo a ciertos límites que se derivan del sistema acusatorio en materia procesal penal, es también interesante anotar lo que prevén los párrafos tercero y cuarto del artículo 200 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial de Coahuila* en materia de responsabilidad administrativa de los servidores públicos del Poder Judicial. Esos preceptos disponen: (...) En toda queja o al iniciar el procedimiento de oficio, se hará constar en qué se hace consistir el o los motivos concretos de la o las faltas y cuál o cuáles se estiman cometidas; sin lo que el procedimiento será improcedente. (...) También serán improcedentes las quejas o la iniciación oficiosa de procedimientos en contra de resoluciones de naturaleza estrictamente jurisdiccional, a menos que se pronuncien en contra de precepto legal o jurisprudencial aplicable, claro y terminante.

²¹⁵ Al respecto ver el inciso D del número IV y el número V del CAPÍTULO SEGUNDO; los números X y XI del CAPÍTULO DECIMOCUARTO; y los números IV y V del CAPÍTULO DECIMOQUINTO.

emplee al poder penal y sus penas de prisión sólo para proteger de los ataques más graves a los bienes jurídicos esenciales de las personas y para el desarrollo de su personalidad en la comunidad; así como para resguardar los bienes que se derivan de las prestaciones públicas que garantiza la C. de embates de igual índole. Y con relación a la pena de prisión sólo cuando y donde no basten para su consecución medios menos enérgicos a la prisión. Con todo esto se evidencia el carácter «fragmentario» del Derecho Penal, pues de toda la gama de acciones prohibidas contra bienes protegidos por el orden jurídico, el Derecho Penal sólo se ocupa de una parte o fragmento, si bien la de mayor importancia. Muñoz Conde y García Arán apuntan que el carácter *fragmentario del Derecho Penal* aparece en una triple forma en las actuales legislaciones penales: (...) en primer lugar —dicen los autores españoles— defendiendo al bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad, exigiendo determinadas intenciones y tendencias, excluyendo la punibilidad de la comisión imprudente en algunos casos, etc.; en segundo lugar, tipificando solo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico; y, por último, dejando sin castigo, en principio, las acciones meramente inmorales.²¹⁶ A esas tres formas cabría añadir otras. Así —Moisés Moreno señala— que: (...) como materia de prohibición o de preceptuación de las normas penales, el objeto de sus regulaciones sólo lo pueden ser las conductas humanas (acciones y omisiones), las que deben ser tomadas por el legislador tal como se dan en la realidad, es decir, como estructuras compuestas tanto de ingredientes subjetivos como objetivos. Como consecuencia de esto, las normas penales no pueden prohibir meros resultados o formas de ser o estado social de las personas.²¹⁷

En el primer aspecto, en las reformas al CPF de 1983 y 1993-94 —en acato al principio de intervención mínima con relación al bien jurídico— se experimentó un proceso de descriminalización y de despenalización de ciertas conductas. Por ejemplo: injurias, golpes simples, ataques peligrosos, vagancia y malvivencia, etcétera. Aunque también ahora parece observarse —y sin duda con mayor intensidad— el indeseable proceso inverso. Empero, si bien se enfoca la visión, al menos una parte de los nuevos delitos obedecen a los que genera el avance de la ciencia y la tecnología. Desde la inseminación artificial forzada o no consentida y la manipulación artificial del genoma humano, hasta los delitos a través de los medios electrónicos, el espionaje industrial y la piratería de propiedad intelectual. Con acierto señaló el “Programa de Justicia Penal para el nuevo gobierno” propuesto por la Academia Mexicana de Ciencias Penales: (...) Deben incorporarse como delitos y sancionarse adecuadamente las nuevas conductas que impliquen afectaciones intolerables a bienes jurídicos de la mayor importancia, entre ellos los que genera el avance de la ciencia y la tecnología.²¹⁸ La racionalidad penal no sólo significa entonces despenalización, sino penalizar sólo y nada más cuando ello sea imprescindible y necesario por la grave lesión a bienes jurídicos. Sin que ello implique desatender —incluso para las nuevas figuras delictivas que se creen— las vías y las medidas alternativas que involucra el principio de intervención mínima del Derecho Penal.²¹⁹

²¹⁶ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal*, op. cit., p. 88.

²¹⁷ Moisés Moreno Hernández, *Política Criminal y Reforma Penal*, pp. 65 y ss.

²¹⁸ ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES, “Programa de Justicia Penal para el nuevo gobierno”, *Criminalia*, año LXVI, N° 2, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Porrúa S. A., México, D. F., mayo-agosto 2000, p. 27.

²¹⁹ Es un hecho que en todos los países y épocas el poder punitivo tiende a expandirse. De haberse iniciado así la tipificación de nuevos delitos ante los avances de la ciencia y la tecnología, entre ellos el de piratería de derechos de autor en discos y medios electrónicos, y no obstante la falta de una persecución eficaz de esos delitos aún cuando están a la vista de todos en los mercados populares del país, el 5 de diciembre de 2002 se reformó la Ley

Por su parte, en el CPC se siguieron tales estrategias. Por un lado se derogaron los delitos de golpes simples, ataques peligrosos, vagancia y malvivencia. Por el otro, se estableció el sistema de «faltas penales»²²⁰, por el cual sólo se estimará falta penal que nada más amerite una multa reducida y la reparación del daño y sin que se pueda considerar antecedente penal cuando durante la averiguación previa en una audiencia ante el Ministerio Público el inculpado acepta la imputación que se le haga y se acoja a la falta penal, siempre y cuando el delito no exceda en su pena legal máxima de tres años de prisión y se considere por la ley como delito de penalidad alternativa (que en Coahuila lo son casi todos los delitos cuya pena legal máxima de prisión sea hasta de seis años.) Igualmente, tan el nuevo CPDF como el nuevo CPC incluyen ahora como delitos a la inseminación artificial forzada o no consentida y a la manipulación artificial del genoma humano.²²¹ Nos hallamos así ante una etapa que se caracteriza por una política criminal ambivalente o bipolar. La que por una parte se orienta hacia una prudente descriminalización en el campo del Derecho penal clásico. Y por otra hacia una evidente criminalización de comportamientos que hasta hace pocos años eran de imposible realización.

Mas hay que poner de relieve que uno de los signos del Derecho Penal moderno es la atención creciente hacia la protección de intereses jurídicos de naturaleza colectiva (demanda generada por el principio de derechos sociales); así como la penalización de afectaciones de bienes jurídicos que surgen como consecuencia de la globalización —tratados de libre comercio en los que México es líder mundial— y los avances de la ciencia y la tecnología —delitos informáticos y piratería intelectual, de patentes y marcas, por ejemplo—. Pero, asimismo, hay que tener en cuenta que una ampliación desmesurada del poder penal sancionatorio en buena medida corre el riesgo de convertir al poder punitivo en leyes penales “simbólicas”, debido a su escasa eficacia para dirigir los procesos sociales en el sentido aparentemente elegido. Ampliándose así tan las esferas de criminalización como las fuentes de corrupción e ineficacia penal. Signos que precisamente también deslegitiman la permanencia de la intervención penal en esas esferas sin una estricta selección. Crítica que se inscribe en el marco de la verificación “out put” del rendimiento que ofrecen las normas punitivas. El Derecho penal “orientado a las consecuencias” es una manifestación de la nueva tendencia a la comprobación de la eficacia y los resultados del Derecho Penal en ciertos delitos. Y con ello, además, se quiere evitar el peligro de perversión del concepto de bien jurídico; porque sólo es legítima la protección de los intereses individuales y sociales reconocidos por la C. y no la de meras “funciones sociales” difusas e indeterminables. Ciertamente que las

contra la Delincuencia Organizada para incluir en ella ciertas formas de esos delitos con penas más severas y excepciones a las garantías en materia de procedimiento, especialmente durante la averiguación previa.

²²⁰ De este sistema me ocupo con más detalle en el número IV de este CAPÍTULO.

²²¹ El artículo 387 del nuevo CPC dice: “SANCIONES Y FIGURAS TÍPICAS DE MANIPULACIÓN GENÉTICA Y DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL INDEBIDA. Se aplicará prisión de dos a seis años y multa, a quien: I. MODIFICACIÓN ARTIFICIAL DE GENOMA HUMANO. Modifique artificialmente el genoma de una célula reproductora humana. II. USO DE GENOMA HUMANO MODIFICADO ARTIFICIALMENTE. Utilice con propósito de fecundación células reproductoras humanas con un genoma modificado artificialmente. III. ASOCIAR EMBRIONES CON GENOMAS HUMANO Y OTRO DIFERENTE. Asocie en una unidad celular embriones con genomas diferentes, cuando por lo menos uno de ellos sea humano. IV. FECUNDACIÓN DE UN ÓVULO HUMANO CON ESPERMA DE UN ANIMAL, O DE UN ÓVULO ANIMAL CON EL ESPERMA DE UN SER HUMANO. Produzca un embrión diferenciado mediante la fecundación de un óvulo humano con esperma de un animal, o de un óvulo animal con el esperma de un ser humano. V. IMPLANTE DE EMBRIÓN MANIPULADO. Implante uno de los embriones a que se refieren las fracciones anteriores a una mujer o a un animal. VI. IMPLANTE DE UN EMBRÓN HUMANO A UN ANIMAL. Implante un embrión humano a un animal. VII. CLONACIÓN CON CÉLULAS HUMANAS. Realice una hibridación en la que por lo menos una de las células sea humana; o una clonación con célula humana; salvo que sólo se trate de obtener en forma aislada tejido con claro propósito de rehabilitación terapéutica. VIII. USO DE CÉLULAS HUMANAS CON FINES DE REPRODUCCIÓN CON UN GENOMA MODIFICADO ARTIFICIALMENTE. Use células humanas con fines de reproducción con un genoma modificado artificialmente.

Las sanciones mínimas y máximas del primer párrafo de este artículo, se aumentarán en un tercio: A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años de edad; con o sin el consentimiento de una menor de esa edad o incapaz; practique en ella inseminación artificial. Si como resultado de la conducta se produce embarazo, se aplicará prisión de cuatro a diez años y multa.

Se aumentarán en una mitad más los mínimos y máximos de las sanciones: Si en el implante o la inseminación que prevén estas fracciones se utiliza violencia contra la mujer.

figuras que se han de tipificar, destipificar o tratar por vías o con medidas alternas presupone una amplia investigación de la realidad del Derecho, al igual que mucha reflexión acerca de las sanciones meta-penales adecuadas. Pero si no se hace ese trabajo en una reforma integral del sistema penal se omitirá el plantearle al Derecho Penal una de las exigencias del estado de derecho. Porque es evidente —según razona certeramente Roxin— (...) que nada favorece tanto a la criminalidad como la penalización de cualquier injusto consistente en nimiedad.²²² Y es que en igual medida que en las leyes se crea la criminalidad, crecen las fuentes de ineptitud y de corrupción en las agencias criminalizantes, las cuales terminan por alcanzar a la sociedad: ¡No te hacen nada!...o bien...ahí te arreglas ¿no?

Ahora bien, en todos estos casos es cierto que el legislador, para decidir si conmina penalmente, debe acudir a la condición indispensable del ataque especialmente grave a un bien jurídico por medio de conductas prohibidas en un determinado —y cerrado— ámbito material. Pero es por igual verdad —siguiendo a Hassemer— que en ello también influye el criterio del *merecimiento de pena*.²²³ Muñoz Conde y García Arán apuntan que (...) en tal decisión el legislador se guía no sólo por criterios de justicia, sino también de utilidad social.²²⁴ Lo que en el ámbito de lo que se debe conminar penalmente, llamo por mi parte *necesidad social de la pena*. ¿En qué medida rinde —o funciona— la pena para impedir o reducir ciertos ataques a los bienes jurídicos? Piénsese en la punición del aborto, por ejemplo —y de la cual me ocuparé más adelante—. ¿Y en qué medida la pena ocasiona más problemas que los que intenta resolver? Son reflexiones y preguntas que han de indagarse y responderse mediante serias investigaciones de campo para decidir si ciertas conductas ameritan trato penal o es preferible que el poder penal se abstenga de intervenir.

D. El principio de reserva y la gravedad legal de las penas: Función de los principios de proporcionalidad, de dignidad humana y de readaptación social como límites a la punibilidad legal.

Las consideraciones anteriores conducen, además, a la consecuencia siguiente:

La naturaleza subsidiaria del Derecho Penal también obliga a la racionalidad y al respeto de un principio de proporcionalidad cuando el legislador gradúe la clase y gravedad de la pena legal en cada figura típica. Cuya medida mínima —e incluso la clase misma de la pena— debe estar en correlación con la intensidad lesiva de la conducta que aquél valore como antijurídica en el tipo penal, así como con la mínima y máxima culpabilidad posible en su realización. *Principio de proporcionalidad.*

Por supuesto, un buen indicador lo es la naturaleza del bien jurídico cuya lesión se contemple. Como al igual lo será la forma, las circunstancias, la gravedad y la clase de afectación, según se trate, en el último caso, de daño, de peligro concreto o de peligro potencial para el bien jurídico. Por ejemplo, será rechazable la desproporción que pueda haber entre la gravedad de las penas legales en los delitos contra el patrimonio y los delitos contra la vida o la libertad personal, si es que aquella entidad se resuelve a favor de los primeros. Salvo, claro está, los casos en que el supuesto punible que contemple la lesión del bien de mayor valor, se refiera a una forma de embate de ínfima intensidad con relación a una muy superior en el tipo penal que proteja al bien de menor consideración valorativa y que normalmente debiere involucrar la lesión de otros bienes jurídicos.

²²² Claus Roxin, *Problemas Básicos del Derecho*, p. 31.

²²³ Hassemer/Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*; cit., por Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal*, op. cit., p. 88.

²²⁴ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal*, op. cit., idem.

Bien precisa Moisés Moreno que el Estado: (...) sólo debe fijar penas racionales, que implican tener en consideración la importancia del bien jurídico, la gravedad del hecho, entre otros presupuestos.²²⁵ Por su parte y para estos casos, Ferrajoli se une a Montesquieu, Beccaria, Romagnosi, Ventrone y Carmignani, para sostener que: (...) la pena 'privativa de la libertad' debe ser necesaria y la mínima de las posibles respecto al fin de prevención de nuevos delitos.²²⁶ Se trata así de una afirmación que se recogió desde las primeras constituciones en coto a las penas inútiles y excesivas. «La ley no debe establecer más que penas estricta y evidentemente necesarias», establecieron el artículo 8º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el artículo 16 de la Constitución francesa de 1793 y el artículo 12 de la de 1776.²²⁷

¿Se puede equiparar esa proscripción-mandato a la que se contiene en el primer párrafo del artículo 22 C., en el sentido de prohibir las "penas inusitadas y trascendentales", misma que proviene del artículo 9 de la Declaración de Virginia?²²⁸ No parece que así sea. «Inusitado» significa fuera de uso... no usado, desacostumbrado. «Trascendental» de acuerdo con su sentido literal quiere decir que exceda o vaya más allá, en este caso, de la persona del delincuente. Así, respecto a qué se debe entender por pena "inusitada" es de citarse la tesis jurisprudencial siguiente:

PENA INUSITADA. SU ACEPTACIÓN CONSTITUCIONAL. Según el espíritu del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el término inusitado aplicado a una pena no corresponde exactamente a la acepción gramatical de ese adjetivo, que significa lo no usado, ya que no podría concebirse que el Constituyente hubiera pretendido prohibir la aplicación, además de las penas que enuncia el citado precepto 22, de todas aquellas que no se hubiesen usado anteriormente; interpretar gramaticalmente el concepto, sería tanto como aceptar que dicha disposición constituye un impedimento para el progreso de la ciencia penal, pues cualquier innovación en la forma de sancionar los delitos implicaría la aplicación de una pena inusitada. Así, por "pena inusitada", en su acepción constitucional, debe entenderse aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante y excesiva o porque no corresponde a los fines que persigue la penalidad.²²⁹

Sin embargo, al comentar el artículo 22 C., Álvaro Bunster estima que, en cierta connotación jurídica, (...) esa interdicción se refiere a penas que no están previstas por el ordenamiento jurídico.²³⁰ Para más adelante completar su pensamiento en el sentido de que (...) el sistema penal en los Estados Unidos Mexicanos se organiza sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, como medios para la readaptación social del delincuente. Y si la pena de prisión constituye casi sin excepción, la especie de castigo que conmina el derecho penal mexicano, no es arbitrario sostener que en este país la prevención especial, con su contenido readaptatorio, es una exigencia incancelable del sistema punitivo, aún cuando se puede sostener que también la prevención general concurre a dar fundamento al aludido sistema.²³¹ Por lo demás, como el mismo maestro Bunster acota: (...) Las penas «trascendentales» son aquellas en las que se infringe el carácter eminentemente personal que las penas deben tener y cuyos efectos gravosos, por tanto, no recaen sólo en el condenado a ellas, sino también en otras personas. Y continúa: (...) tratándose de las penas privativas de la

²²⁵ Moisés Moreno Hernández, *Política Criminal*, p. 68

²²⁶ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, p. 394.

²²⁷ Cit. por Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del...*, p. 395.

²²⁸ Ídem, pp. 395.

²²⁹ Novena Época Instancia: Pleno Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Tomo: XIV, Octubre de 2001 Tesis: P. JJ. 126/2001 Página: 14 Materia: Constitucional, Penal Jurisprudencia. Contradicción de tesis 11/2001. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de octubre de 2001. Mayoría de seis votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Olga Sánchez Cordero de García Vilegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Vilegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz. Encargado del engrose: Humberto Román Palacios. Secretario: Francisco Octavio Escudero Contreras. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy dos de octubre en curso, aprobó, con el número 126/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dos de octubre de dos mil uno.

²³⁰ Álvaro Bunster, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*, T. I, 14ª ed., UNAM-Editorial Porrúa, S. A., México, 1999, pp.

287.

²³¹ Ídem, p. 299

libertad, que es donde parece mejor implantarse la moderna finalidad de resocialización del sentenciado, la privación del bien de la libertad, inherente a esa pena, debería poder conciliarse con la necesidad a que son arrojadas las personas dependientes del condenado que se verán a menudo privadas de recursos.²³² Para concluir que: (...) la prohibición constitucional de las penas trascendentales debe entenderse, pues, en un sentido relativo y, sobre todo, en el sentido de propender, a través de los diferentes medios posibles, a reducir en un mínimo la repercusión desfavorable que sobre los dependientes del reo tiene la pena.²³³ Ahora, en el "Programa de Justicia Penal para el nuevo gobierno", la Academia Mexicana de Ciencias Penales propone: (...) establecer criterios para una mayor racionalidad de las penas y medidas de seguridad, atendiendo primordialmente a la importancia de los bienes jurídicos protegidos y a la forma y trascendencia de su afectación. (...) Hay que evitar el innecesario y estéril endurecimiento de las penas, que no constituye, en modo alguno, una solución adecuada y eficaz al problema de la delincuencia.²³⁴ Se debe pues puede repensar y, porqué no, plantear que se incluya en nuestra carta fundamental la añeja afirmación revolucionaria que fue recibida por las primeras cartas constitucionales, que bien se podría traducir así: *La ley no debe establecer más penas que las estricta y evidentemente necesarias y sin que ellas hagan nugatoria —sino, por el contrario, hagan posible— la incorporación responsable y digna del sentenciado a la sociedad.*

En la línea de pensamiento que se inicia en el sentido de graduar la medida de la pena legal a partir de la naturaleza e intensidad de la lesión jurídica y de limitar a aquella a la medida de la culpabilidad individual: es que se debe explicar ahora el funcionamiento de la pena legal relativamente indeterminada. Es decir, del sistema formal que se expresa a través de señalar en la ley los mínimos y máximos punibles para cada delito, cuando la pena sea susceptible de esa graduación. Ya que es dentro de esos límites que se deberá fijar judicialmente la pena de prisión. Esto es, de acuerdo con la gravedad de la culpabilidad en el caso concreto. Se trata, pues, de que al principio de "estricta racionalidad y necesidad social de las penas", se le añada el principio de establecer a "la culpabilidad humana como límite de la sanción penal en vez de su fundamento". Y, además, el de la proporcionalidad para la "dignidad de las penas", porque como señala Ferrajoli: (...) toda pena cualitativa y cuantitativamente (superflua por ser) mayor que la suficiente para frenar reacciones informales más afflictivas para el reo puede ser considerada lesiva para la dignidad de la persona.²³⁵

Más por otra parte *hay que atender al sistema penal con fines de readaptación social que establece el artículo 18 C. mismos que se ajusten a los límites de un estado de derecho, porque frente a él los máximos legales punibles de las penas de prisión deben ser congruos con el fin último de la pena de prisión. Es decir, con la reincorporación social responsable y digna del sentenciado.* Si se pierde ese punto de vista se violará precisamente esa indemnidad. Y, además, se le hará perder a la pena su sentido racional —o irracionalmente tolerable si se quiere— del fin de beneficio social que aquella debe tener como acto de poder del Estado en un estado de derecho o democrático cuyo espíritu campea en los artículos 3°, 25, 39 y 40 C. Francisco Pavón Vasconcelos, ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, manifiesta: (...) las penas

²³² *Ibidem*, p. 297.

²³³ *Ibid.*, p. 298.

²³⁴ Academia Mexicana de Ciencias Penales, "Programa de Justicia Penal para el nuevo gobierno", *Criminalia*, op. cit., p. 27.

²³⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón...*, p. 396.

exageradamente altas no constituyen medida eficaz para hacer disminuir el número de delitos y por otra parte constituyen un obstáculo para lograr la verdadera readaptación del delincuente, siendo ésta la base de la organización de nuestro sistema penal, conforme lo declara el artículo 18, párrafo segundo de la Constitución General de la República. ¿Qué posibilidades de readaptación podrá tener un sujeto que cometa un delito y es sentenciado a la pena máxima de cincuenta o sesenta años de prisión, negándole incluso en algunos casos el derecho a la libertad preparatoria?²²⁶ De aquí que quepa denunciar la tendencia a agravar los límites punibles máximos de la pena de prisión a extremos temporales que por adelantado hacen nugatoria a la garantía de readaptación social y más aún, cuando por su excesiva duración se vuelven inusitadas, con violación de los artículos 18 y 22 C. Ello sucede cuando la ley autoriza que se sumen o acumulen indiscriminadamente las penas de prisión por diversos delitos, tal como se hizo en el artículo 64-párrafo-segundo del CPF para el «concurso real» de delitos y que ahora desterró plausiblemente el artículo 79-párrafo-segundo del nuevo CPDF (con la regla de aumento potestativo de hasta la mitad de la sanción del delito que merezca la mayor, fórmula que también adopta el artículo 62-III del CPC —aunque éste permite “hasta dos tantos...”²²⁷)

Las penas legales de prisión demasiado extensas o las fórmulas que las facilitan, en vez de que favorezcan a la sociedad y se limiten por la garantía de readaptación social, impiden su realización eficaz en desacato del artículo 18 C. y son contrarias a la dignidad humana que reconoce la misma C. En tal sentido es incuestionable que en ciertos casos bien pueden plantearse como “inusitadas” según el criterio jurisprudencial antes transcrito. Y ese es un fenómeno al que no se sustrae el CPF, ni tampoco quedan exentos los nuevos CPDF y CPC. Todos ellos contemplan máximos de hasta 50 o más años de prisión, los cuales así vuelven a la pena de prisión en excesiva e inusitada con violación de los artículos 18 y 22 C. En tal sentido no sólo denuncié la fórmula del párrafo segundo del artículo 64 del CPF: que en el *concurso real* de delitos autoriza la suma indiscriminada de las penas de prisión de los delitos concursantes hasta sesenta años. Y el supuesto del párrafo antepenúltimo del artículo 366 del CPF que también autoriza la pena de prisión hasta setenta años. A lo cual se le agrega la imposibilidad legal de obtener beneficios en sede de ejecución penal para ciertos delitos.²²⁸ Sino que también impugno la ampliación hasta por ese tiempo de prisión que ahora permite el nuevo CPC para ciertos casos. Así como igual recuso las fórmulas de los artículos 33 y 128 del CPDF y del artículo 67 del CPC que prevén hasta en 50 años el máximo de la pena de prisión. ¿Es sensato esperar acaso una readaptación social digna, después de cincuenta ó más años en prisión? Porque quizá la que sí cabría esperar sería la incapacidad del sentenciado para reincorporarse decorosamente y con beneficio a la sociedad. En esas fórmulas es innegable el criterio preventivo general de corte autoritario sin los límites que se derivan de los artículos 18 y 22 de la C.

²²⁶ Francisco Pavón Vasconcelos, “Procuración y Administración de Justicia Penal”, en *Criminología*, año LXVI, N° 2; Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Porrúa, S. A., México, D. F., mayo-agosto de 2000, p. 143.

²²⁷ Desafortunadamente, el artículo 79 del CPDF no limita el aumento hasta la mitad a que no pueda exceder de la o las penas que corresponderían por el o los restantes delitos en concurso, como sí lo señala el artículo 62 del CPC, aunque ello no obsta para que mediante una interpretación racional los jueces motiven tal límite en los casos que lo amerite.

²²⁸ En el orden federal, las reformas de 1995-99 en ese rubro, dieron como resultado que los sentenciados a que se refieren los artículos 70 último párrafo, 85 y 90 del CPF (antes de su reforma en 1999), al igual que el artículo 84 del CPDF, y 8° de la *Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados*, se les prive del derecho a los sustitutos de libertad, semilibertad, trabajo a favor de la comunidad y multa; así como de la condena condicional, la remisión parcial de la pena, la preliberación y la libertad preparatoria.

Claro es que la crítica a la fórmula del artículo 67-párrafo-segundo del CPC ampliatoria de hasta 60 años se puede paliar en cierta y relativa medida, es decir, si se atiende a los muy pocos y gravísimos casos en los que el CPC permite esa ampliación temporal²²⁰; pero fuera de esos eventos —y al igual que sucede en el nuevo CPDF— la pena máxima de prisión es de cincuenta años, aunque en su descargo por un lado está que esos códigos ya no permiten la mera acumulación de las penas por concurso material de delitos (cómo si lo prevé el CPF), sino que subordinan la pena a la del delito con sanción más grave aumentable hasta una mitad o un tanto más, respectivamente; y más aún cuando el incremento no puede exceder de la pena que correspondería por el o los demás delitos en concurso. Y, por el otro, si se mira a la posibilidad jurídica y real de una sustancial reducción posterior de la pena de prisión a través de los mecanismos jurídicos para la readaptación social en vía de ejecución penal. Como sucede con la remisión de la pena, la libertad preparatoria y la preliberación. En especial si esos institutos se aplican de manera combinada y complementaria, como lo prevé de manera expresa la ley de ejecución penal coahuilense, al igual que la Ley de Ejecución de Sanciones del Distrito Federal.²²⁰ Y lo cual ya no autoriza la ley federal en contravención al fin del sistema penal que estipula el artículo 18 C. Sin embargo, todo ello no quita la aparente esquizofrenia que se traduce en el doblez más o menos consciente de una política criminal incoherente en tales aspectos. Debido a la persecución de una finalidad incompatible con el modelo constitucional del sistema penal, cual es la función ejemplar de la pena severa, de la cual ya se sabe que no se habrá de cumplir y por lo tanto tiene ese carácter puramente simbólico. Aunque en la realidad —y esto es criticable por igual— ello se traduce en disminuciones de penas desreguladas en su procedimiento y con condiciones de procedencia que dejan amplísimos márgenes de discrecionalidad, frustran la garantía de legalidad y generan la inseguridad jurídica en la ejecución de la pena y sus fines readaptadores. Ferrajoli se pregunta ante esas formas de proceder: (...) ¿Cuál es en efecto la función de un sistema penal escindido, que prevé y dispone penas severas en sede legal y judicial, para más tarde desmentirlas con una serie de indulgencias dispensadas discrecional y sistemáticamente en sede de ejecución penal?²²¹ Pero con independencia de la evidente inseguridad jurídica que todavía existe en los actuales procedimientos y condiciones para implementar y conceder aquellas reducciones en la ejecución de la pena de prisión en los que brilla la falta de reglas claras al igual que la presencia de expresiones difícilmente objetivables, así como la ausencia del control imparcial en vía jurisdiccional²²²; también es claro que aquellas ampliaciones legales de la pena de prisión a un tiempo excesivo acusan de por sí una tendencia a la

²²⁰ El artículo 67 del CPC permite esa pena para los delitos de homicidio calificado, parricidio, matricidio, filicidio, uxoricidio, fratricidio, secuestro, violación sea o no sea agravada y robo agravado, si es que concursan con otros delitos y sólo si ello es posible según las reglas del concurso. Estas reglas, a su vez limitan la duración de la pena de prisión, hasta un tanto más (concurso ideal), o dos tantos más (concurso real), de las que corresponderían por el o los delitos concursantes. (Artículos 62 y 67.) Además, se permite hasta aquella pena, cuando se trate de homicidio doloso con motivo de un secuestro, violación o robo. (Artículo 351.)

²²¹ El último párrafo del artículo 83 de la *Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Restrictivas de la Libertad del Estado de Coahuila*, prevé que: "Al cómputo para la aplicación del tratamiento de preliberación, podrá sumarse el de la remisión parcial de la sanción, cuando ésta haya sido concedida". A su vez, el artículo 149 señala que: "El sentenciado que con los días laborados cumple con cualesquiera de los términos exigidos para el indulto o libertad preparatoria, podrá obtener uno u otro beneficio siempre y cuando cumpla con los demás requisitos previstos por las normas específicas pertinentes." En tanto que el artículo 150 dispone que: "La remisión parcial de la sanción podrá ser concedida en cualquier tiempo, aún cuando el sentenciado con los días que se le remitan no comparezca la totalidad de la pena o penas impuestas ni cualesquiera de los términos para los beneficios aludidos en el artículo anterior". Por su parte, el párrafo tercero del artículo 50 de la *Ley de Ejecución de Sanciones Penales del Distrito Federal*, dispone que: "La remisión [parcial de la pena] funcionará de manera independiente de la libertad preparatoria. Para este efecto el cómputo de los plazos se hará en el orden que beneficie al reo. El ejecutivo regulará el sistema de cómputos para la aplicación de este precepto, que en ningún caso quedará sujeto a normas reglamentarias de los establecimientos de reclusión o a disposición de las autoridades encargadas de la custodia y de la readaptación social".

²²² Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, p. 407.

²²³ Las fórmulas legales que conllevan tal inseguridad jurídica y favorecen arbitrariedad —aunque en la práctica difícilmente superables— no son exclusivas del Derecho Penal Ejecutivo de los adultos, también son características del de los menores infractores. El artículo 118 de la *Ley de Menores Infractores*, por ejemplo, basa la procedencia del tratamiento en internación, en que los jóvenes "revelen alta inadaptación y pronóstico negativo". ¿Con base en cuáles datos objetivos habría que estimar que la inadaptación es "alta"? y ¿cuáles datos objetivos han de ser los que determinen un pronóstico "negativo"? ¿Qué diferencia existe entre "alta inadaptación" y "pronóstico negativo"? ¿Cuáles normas señalan en qué consiste uno y otro?

desmesura, a la sinrazón y a entrar en conflicto con la garantía de readaptación social, con la dignidad de las personas, con la prohibición de penas excesivas y con los valores a los que se aspira que prevalezcan en un estado de derecho.²⁴³

Ahora bien, ¿cuál habría de ser el límite máximo admisible de la pena legal de prisión? Los criterios orientadores que parten de los cauces de la naturaleza e intensidad de la lesión jurídica y de cercar a aquella en la medida de la culpabilidad individual —aunque parámetros válidos para estos efectos— son insuficientes para responder aquella interrogante. La clave para encontrar una respuesta correcta está en la reformulación de la pregunta de acuerdo con el fin que el artículo 18 C. asigna al sistema penal. Esto es, en ¿cuánto es el tiempo máximo tolerable que haga posible una readaptación social digna de los sentenciados o al menos el que no les haga nugatorias esas garantías? —de dignidad humana y de readaptación social—. Y ello es así porque el artículo 18 C. dispone que el fin del "sistema penal" sea la readaptación social. En atención a ese fin —que se instituye como garantía individual— la ley debe hacerle eficaz el derecho al sentenciado a reincorporarse con responsabilidad y decoro a la sociedad. En tanto que la pena de prisión priva de la libertad pero no cancela la dignidad de las personas, misma que se reconoce en los artículos 3°, 4° y 25 C. Ni tampoco la duración de la pena de cárcel debería hacer nugatorio el fin del sistema penal —garantizado por la Constitución— cual es la readaptación social. El que apareja —ni más ni menos— la reincorporación social digna y responsable de la persona. Por ello sería del todo iluso —si es que no un juego sucio— por parte del Estado que facilitara al sentenciado los medios y condiciones físicas que le permitieran hipotéticamente aspirar a una vida libre y responsable, cuando tal anhelo posiblemente cumplido deviniese en ironía, debido a penas excesivamente largas y cuya reducción no sea significativa ni confiable en términos de seguridad jurídica para lograr aquél fin con dignidad y sí sujeto a criterios arbitrarios.

En nada favorece el legislador a la sociedad ni él guarda respeto a la Constitución cuando amplía desmesuradamente en la misma ley las penas de prisión,²⁴⁴ cancelando así la posibilidad de una reinserción social digna del sentenciado. Como tampoco beneficia el poder legislativo a la colectividad cuando le niega al sentenciado la posibilidad de cualquier beneficio o reducción de la pena sólo porque se trata de "ciertos" delitos, o cuando de plano veda esos beneficios durante la fase de ejecución penal por razones de reiteración delictiva real o ficta, como acontece con unas tendencias actuales.²⁴⁵ Puede admitirse que con motivo de reiteración delictiva real o ficta se cancele la posibilidad legal de que se conceda un sustitutivo al aplicar la sanción, en tanto que aquella reiteración —sujeta a ciertos límites de temporalidad y naturaleza del ilícito— indique la ineficacia de medidas preventivas especiales de extermamiento como primeras providencias y si aconseje medidas de prevención especial más severas como la es la misma prisión. Mas es inadmisibles que esas fórmulas se extiendan a toda la fase de ejecución de la pena de prisión, porque hacen nugatoria no tan

²⁴³ Se podría argumentar que el artículo 22 C. sólo prohíbe las multas "excesivas". ¿Pero qué acaso eso significaría que no sería legítimo ni inconstitucional el que cualquier otra pena fuese excesiva? El criterio de proporcionalidad —como manifestación del valor de justicia y del derecho de igualdad—, ajustado al límite de readaptación social como fin del sistema penal es —o debería ser— signo destacado en las sanciones penales que prevea la ley.

²⁴⁴ El saldo de las reformas de 1995-99 en ese rubro, es la posibilidad de una pena máxima de prisión de hasta sesenta años en el CPF y el CPC. Y de hasta de cincuenta años en el CPDF. (Artículos 25 del CPF y 87 del CPC.) (Artículo 25 del CPDF.)

²⁴⁵ El saldo de las reformas de 1995-99 en ese rubro, da como resultado que los sentenciados a que se refieren los artículos 70 último párrafo, 85 y 90 del CPF (antes de su reforma en 1999), al igual que el artículo 84 del CPDF y 8° de la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, se les prive del derecho a los sustitutivos de libertad, semilibertad, trabajo a favor de la comunidad y multa; así como de la condena condicional, la remisión parcial de la pena, la preliberación y la libertad preparatoria.

solo la garantía de readaptación social que consagra el artículo 18 C., sino que, además, le reducen la posibilidad a la comunidad de que el sentenciado la evite confrontar de súbito y de tal modo, que en vez de disminuir eleva el riesgo para ella de que aquél se vea precisado a no respetarla. A menos que indignamente se le ponga al alcance su libertad hasta cuando la persona sea casi inocua por su muy avanzada edad o extrema "institucionalización" carcelaria. Y todo ello en realidad implica la ausencia de actos de gobierno que sean respetuosos de los derechos humanos, de las garantías individuales y, a la vez, benéficos para la sociedad.

El "sistema penal"²⁴⁶ —y no sólo el penitenciario— con fines de readaptación social —y con real apoyo en nuestro artículo 18 C. — es un conjunto de métodos racionales por los que es permisible —a través de instituciones jurídicas que miren a ese fin— evitar, sustituir, modificar o acortar las penas tradicionales —lo que implica la posibilidad y legitimación de acudir a vías y a medidas alternas— para procurar o facilitar la socialización responsable. Dichas instituciones jurídicas se han de sustentar en bases racionales que se orienten «del y hacia el trabajo y la educación» —como promotoras de esa incorporación social responsable—. Pues así como es cierto que de la fase de ejecución tampoco cabe eliminar por completo el punto de partida de la prevención general, pues no se puede prescindir de la pena de prisión en los delitos graves, ni siquiera cuando renunciar a una pena privativa de libertad fuese más útil para la resocialización. —Por eso difícilmente será posible en el futuro la condena condicional para delitos de aquella naturaleza—. También es igualmente verdad que las penas privativas de libertad por delitos graves no cancelan la garantía de readaptación social del sentenciado. La que apareja para el Estado el deber de abstenerse de que la misma intensidad o extensión de la pena legal haga nugatoria aquella. Como también es cierto que la pena que señale la ley no tiene que ser necesariamente la de prisión, pues hay muchas otras sanciones que pueden cumplir mejor el principio de proporcionalidad y los fines mismos del sistema penal que asigna el artículo 18 C. La readaptación social no es pues nada más el punto de partida, ni es —ni podría ser— el objeto que se cumple en sí con la ejecución de la pena de prisión. Sino que dicha «readaptación social» tiene un espectro mucho más amplio y sencillo a la vez, cuyo propósito o su fin es la incorporación digna y responsable de la persona a la sociedad. Ferrajoli piensa que ninguna pena de prisión debiere exceder de 10 años. Y que una norma constitucional debería sancionar al menos un límite máximo. Una reducción de ese género —dice Ferrajoli— : (...) supondría una atenuación no solo cuantitativa sino también cualitativa, de la pena, dado que la idea de retornar a la libertad después de un breve y no tras un largo y acaso interminable período haría más tolerable y menos alienante la reclusión.²⁴⁷

Por mi parte no sé si el tope propuesto por Ferrajoli sería el límite máximo tolerable de la pena de prisión para cumplir los fines del derecho punitivo. Pero sí sé que los límites máximos legales de 40, 50 o 60 años de prisión son irracionales porque sensatamente pugnan con la posibilidad de una reincorporación social digna y útil del sentenciado. Y ello sin contar la edad de la persona cuando es sentenciada, porque cuando ella sea

²⁴⁶ Sobre los alcances de la expresión "sistema penal", véase Raúl E. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Primer Informe del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984, pp. 7 a 10. En ese 'sistema' se incluyen los subsistemas relacionados con las condenaciones penales, la procuración y la administración de justicia penal, la aplicación y la ejecución de sanciones, según se explica en éste CAPÍTULO y el siguiente.

²⁴⁷ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón...*, p. 414.

adulta con edad madura o mayor, aquellas penas se vuelven ineludiblemente perpetuas en la realidad. Como igual sé que se debe insistir en que en la ley siempre se permita y se regule clara, objetiva y adecuadamente medidas alternas a la prisión que puedan aplicarse no sólo antes de ejecutar la de prisión sino «durante» y «en vez de» la ejecución de la misma pena de prisión, al igual que la posibilidad de sustitución o modificación de las mismas medidas alternas cuando ellas sean incompatibles con la situación personal del sentenciado y éste así lo solicite. Esto es, que se dé en la misma ley la posibilidad jurídica real de una sustancial reducción posterior de la pena de prisión y la alternativa de otras medidas a través de los mecanismos jurídicos claros y objetivos sustentados en la dignidad personal, el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación para la readaptación social. Así, lo que sucede con la remisión de la pena, la libertad preparatoria y la preliberación, bien podría darse con otras medidas sustitutivas no sólo antes de la ejecución de la pena de prisión; sino, además, durante la ejecución misma de la pena de prisión que facilitaran el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación en libertad. Reguladas unas y otras posibilidades como derechos del sentenciado frente a la pena de prisión o ante aquella medida que sea incompatible con su situación personal; porque tienen dicha calidad de derechos desde el momento en que se conciben como vías y medidas para la readaptación social como garantía que se consagra en el artículo 18 C.²⁹⁸ El ramillete de esas medidas puede ser muy variado, desde las conocidas ya en el CPF, el CPDF y el CPC, como son el trabajo a favor de la comunidad, la semilibertad y la multa sustitutiva, hasta otras nuevas o escasamente usadas —que ya se prevén en el CPC.— como medidas complementarias a la condena condicional— como son la limitación o suspensión de derechos que puede referirse a uno o más, o la combinación de los aspectos siguientes: 1) La conducción de vehículos de motor. 2) La permanencia en el domicilio durante determinado horario en uno o más días de la semana. 3) La residencia en una sola vivienda; prohibición de acudir a determinados lugares o acercarse a ciertas personas. 4) La posesión y portación de arma. 5) El consumo de bebidas alcohólicas en lugares públicos. 6) El ejercicio profesional. 7) La realización de determinadas ocupaciones. 8) El ejercicio de derechos familiares, en especial si se trata de violencia intrafamiliar. 9) La custodia, la tutela y la adopción. 10) El albaceazgo; y 11) Otros de similar naturaleza. Todo ello sin olvidar a la reparación del daño que también tiene su sentido de reinserción social responsable de la persona y la cual instrumentada con oportunidad puede volverse una vía y medida realmente útil a los fines constitucionales del sistema penal, como más adelante se verá.

E. El principio de reserva, la sistematización de las figuras típicas y la preponderancia de los bienes individuales. Breve alusión a la pena de muerte y a la punibilidad del aborto. Algunos códigos penales inician la sistematización de las figuras típicas con la descripción de las conductas que afectan los intereses jurídicos del individuo. Tal es el caso de los códigos suizo y argentino.²⁹⁹ En tanto que otros se ocupan, en primer lugar, de las que ofenden los intereses colectivos y estatales. Ésta última ruta es la que se siguió en los códigos penales mexicanos; es decir, en el federal y en los de sus entidades federativas. Y que

²⁹⁸ Un ramillete de esas medidas —aunque limitadas a la libertad vigilada en la condena condicional— ya las prevé la fracción II del artículo 62 del CPC, y las cuales pueden implicar dejar en libertad al sentenciado con la suspensión o limitación de uno o más de los siguientes derechos: La conducción de vehículos de motor. La permanencia en el domicilio durante determinado horario en uno o más días de la semana. La residencia en una sola vivienda; prohibición de acudir a determinados lugares o acercarse a ciertas personas. La posesión y portación de arma. El consumo de bebidas alcohólicas en lugares públicos. El ejercicio profesional. La realización de determinadas ocupaciones. El ejercicio de derechos familiares, en especial si se trata de violencia intrafamiliar. La custodia, la tutela y la adopción. El albaceazgo y otros de naturaleza similar.

²⁹⁹ Cit. por Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano, Tomo I, introducción al estudio de las figuras típicas*, primera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1972, p. 340.

ahora innova el CPDF al colocar al ser humano como portador originario de los bienes jurídicos. Aunque nada impide para que en las mismas regulaciones legales tradicionales se deba reconocer la prevalencia del ser humano frente a cualquier ente colectivo. Ello es así porque sin el ser humano ningún ente colectivo podría existir. Y porque los sujetos y bienes colectivos existen en la medida del ser humano. Además, para proteger y salvaguardar sus bienes jurídicos esenciales, así como para procurar la paz, la justicia y el desarrollo armónico de las personas en sociedad.

Por otra parte, cabe señalar que el orden en que se sistematiza a las figuras típicas en la mayoría de los códigos, en favor de los llamados intereses sociales, obedece más bien a una jerarquización cuantitativa de dichos intereses. Pues se presupone que afectan a la mayoría de las personas. Lo que poco tiene que ver con las directrices políticas y sociales imperantes en cada estado. Por lo tanto, se debe admitir que existen razones filosóficas que fundamentan el criterio que otorga prelación a los intereses jurídicos de la persona humana. Pues —como puntualizó Jiménez Huerta—: (...) si el proceso lógico de formación de los intereses jurídicos tiene su base en la vida de relación y si dicho proceso arranca de un complejo de necesidades materiales y morales que, en primer término, los seres humanos sienten como individuos y después, al entrelazarse y cruzarse los unos con los otros, engendran nuevas necesidades que se van extendiendo según se universalizan las relaciones humanas (...) es entonces, congruente que se reconozca primero a la vida, integridad, honor, libertad y patrimonio cuyo titular es el ser humano (...) [y] sucesivamente aquellos otros bienes e intereses jurídicos que corresponden a la familia, a la comunidad nacional y al Estado. Así (...) universalmente, adquiere impresionante plenitud la verdad conclusiva a que arriba Teilhard de Chardin, en cuanto afirma que el hombre es eje y flecha de la evolución del mundo.²⁵⁰

La restricción del *ius puniendi* que deriva en la salvaguarda de la grave lesión a los bienes jurídicos esenciales —dentro de los cuales se antepone al ser humano— es a la vez la que vuelve ilegítimo amenazar con penas excesivas. Como igual lo es hacerlo con penas «inusitadas» o «trascendentales», dice el artículo 22 constitucional. Es también por esa primera restricción —de proteger bienes jurídicos esenciales— el que la pena de muerte se torna ilegítima. Porque el que se responda de igual forma al injusto daño a la vida humana, en nada legitima para que se respete y se deba preservar a los principales bienes jurídicos cuyas lesiones se deben proteger. Luis De la Barrera —insigne defensor de los derechos humanos en México— emplea para ello una frase literaria que evidencia la irracionalidad de la pena de muerte en una sociedad que se precie de proteger la vida y dignidad de las personas: “El canibalismo es abominable, entonces comámonos a los caníbales”.²⁵¹ No hay que cejar en el empeño de denunciar la ilegitimidad de la pena de muerte y las que sean excesivas, inusitadas e infamantes. Sería poco menos que imposible hacer siquiera un sumario, menos un repaso de las atrocidades que en el pasado se concibieron y cometieron en nombre de esas penas. Así Ferrajoli apunta: (...) a través de las penas capitales —*gladius, securis, crux, furca, culleum (cun cane el gallo et vipera et simia), saxum tarpeium, crematio, bestiis objetio, fames, decollatio, fustuarium*— que se practicaron en la antigua Roma; el ahogamiento, la asfixia en el fango, la lapidación, la rueda, el desmembramiento, la

²⁵⁰ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, op. cit., p. 343.

²⁵¹ Citada por el Dr. Luis De la Barrera durante la presentación de su libro *“El corazón del ombudsman”* el 22 de noviembre de 2002 en la ciudad de Saltillo, Coahuila, México.

quema en vivo, la caldera, la parrilla, el empalamiento, el emparedamiento, la muerte por hambre, la consunción de la carne con hierro encendido y otras en la época medieval. Las hogueras levantadas contra los herejes y las brujas por la intolerancia y la superstición religiosa, las torturas, las horcas y los suplicios que martirizaron a Europa todavía en la Edad Moderna, hasta el siglo XVIII completo. Parece que la fantasía humana no ha tenido límites ni frenos en inventar las formas más feroces de la pena de muerte y en aplicarlas incluso a las infracciones más leves: como el hurto, el adulterio, la estafa, el falso testimonio, la falsificación de monedas, además de las innumerables formas de herejía, felonía, lesa majestad, traición y similares.²⁸²

Pero la pena de muerte sigue presente en casi todo el mundo. Sólo 18 estados la han abolido por completo. Aunque según Christian Jäger de los ciento noventa y cuatro Estados existentes, cien la han suprimido tras la declaración de la organización de derechos humanos Amnistía Internacional.²⁸³ En los Estados Unidos, en particular, la pena de muerte se conserva en treinta y ocho de los cincuenta estados de la Unión. Aún así, se ajusticiaron 3,862 personas desde 1930 hasta 1995. Más de 70 personas por año. Más de una persona por semana. Y durante el año de 1998, el número promedio de las que se ejecutaron en China cada semana fue de 34 penas de muerte.²⁸⁴ En México, el artículo 22 C. prevé la pena de muerte para ciertos delitos graves, lo que no deja de ser una sinrazón cuando del mismo artículo se suprimieron las penas corporales por considerarlas contrarias a la dignidad humana. La previsión constitucional de la pena de muerte es igualmente contradictoria con el fin resocializador que asigna el artículo 18 de la misma C. al sistema penal. A tal grado que la misma SCJN estima que la extradición viola garantías cuando la pena aplicable en el exterior sería la pena de muerte o la de cadena perpetua, salvo que el Estado de destino dé seguridades suficientes de que esas penas no serían aplicadas; tal como lo asentó en la tesis siguiente:

EXTRADICIÓN. LA PENA DE PRISIÓN VITALICIA CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA PROHIBIDA POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, POR LO QUE PARA QUE SE TRAMITE AQUELLA, EL ESTADO SOLICITANTE DEBE COMPROMETERSE A NO APLICARLA O A IMPONER UNA MENOR QUE FUE SU LEGISLACIÓN. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, fracción V, de la Ley de Extradición Internacional, si el delito por el cual se solicita la extradición es punible con la pena de muerte o alguna de las prohibidas por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, acorde con las leyes de la parte requirente, la extradición podrá ser rehusada, a menos que esta parte dé las seguridades suficientes de que no se impondrá la pena de muerte, o bien, de que si es impuesta, no será ejecutada. En estas condiciones, al ser la pena de prisión vitalicia una pena inusitada prohibida por el citado artículo 22, en tanto que se aparta de la finalidad esencial de la pena, consistente en la readaptación del delincuente para incorporarlo a la sociedad, resulta inconcuso que el Estado solicitante debe comprometerse a no imponer la pena de prisión perpetua, sino otra de menor gravedad.²⁸⁵

¿Pero qué acaso por la misma previsión del artículo 22 C. la pena de muerte deja de ser ilegítima? Porque el propio artículo 22 C. que permite la pena de muerte a la vez la restringe para todos los demás casos, con lo cual está ya protegiendo el derecho a la vida que, así, implícitamente reconoce. Porque la misma C. apunta reiteradamente su fe en la dignidad humana. Porque el mismo Estado mexicano no pierde ocasión para

²⁸² Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, pp. 386 y 387.

²⁸³ Christian Jäger, *La pena de muerte y política criminal*, traducción de Miguel Ontiveros Alonso (México) y Minor Enrique (Costa Rica), conferencia dictada los días 6 y 8 de septiembre de 2000 en la UNAM (México) y en la Universidad de Baja California (Tijuana), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D. F., 2001, pp. 85 y 88.

²⁸⁴ *Time, Latin-American Edition*, Feb. 14, 2000, Secc: "Numbers", p. 12.

²⁸⁵ Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XIV, Octubre de 2001 Tesis: P. JJ. 125/2001 Página: 13 Materia: Constitucional, Penal. Jurisprudencia. Contradicción de tesis 11/2001. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de octubre de 2001. Mayoría de seis votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguirre Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz. Encargado del engros: Humberto Román Palacios. Secretario: Francisco Octavio Escudero Contreras. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy dos de octubre en curso, aprobó, con el número 125/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dos de octubre de dos mil uno.

por ende, la tutela del producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de aquélla, independientemente del proceso biológico en el que se encuentre y, por otro, que del examen de lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, aprobados por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta, respectivamente, cuya aplicación es obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la propia Norma Fundamental, se desprende que establecen, el primero, la protección de la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y, el segundo, la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana, así como que del estudio de los Códigos Penal Federal y Penal para el Distrito Federal, y los Códigos Civil Federal y Civil para el Distrito Federal, se advierte que prevén la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de su gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien le cause la muerte, así como que el producto de la concepción se encuentra protegido desde ese momento y puede ser designado como heredero o donatario, se concluye que la protección del derecho a la vida del producto de la concepción, deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales.²⁵⁹

Sin embargo, el anhelo de que el reconocimiento al derecho a la vida sea expreso, parece que se orienta más, en el fondo y de manera principal a excluir las excepciones al aborto punible. ¿Y acaso en nombre del derecho a la vida es ineludible punir el aborto sin más, sin ningún límite? Tampoco se pasa por alto, pues, el añejo debate —que reiteradamente se pone en la mesa de las discusiones— sobre la despenalización o penalización del aborto; o al menos sostenerla en ciertos casos. La vida del ser humano es la razón primaria de ser de las personas, de la familia, de la sociedad y del Estado. Sin ella no hay ninguno de ellos. Es el bien jurídico por excelencia. Previo a cualquier otro. De aquí la sustancial ilicitud del acto que la priva del ente que ya la tenga. Así pues, quienes se oponen a la despenalización exponen un argumento muy sencillo y sólido a la vez: el bien jurídico que se protege es la vida de un ser humano. De ninguna forma se puede refutar que el nonato es un ser humano vivo. Él podrá carecer de algunos de los atributos civilistas necesarios para reconocerle todos los derechos inherentes a la personalidad.²⁶⁰ Pero el nonato no deja de ser un ser con vida humana. Y lo que el tipo penal tutela es la vida del ser humano. E incluso dadas las condiciones en que el aborto se produce por los motivos más graves imaginables, estos nunca podrán fundar la licitud de una conducta de tal naturaleza. Nunca se podría negar que el aborto en sí es antijurídico, por recaer en la privación de la vida de un ser humano y sin que concorra auténticamente alguna causa justificante.²⁶¹ Ni siquiera en el aborto terapéutico. Pues en tal caso se está en presencia de un estado de necesidad inculpable. Pero de ningún modo justificante como se examinará en su oportunidad. Lo mismo cabe decir de las restantes causas de exclusión de la pena que se contemplan con relación al aborto. Me refiero al aborto que se ocasiona por culpa de la mujer embarazada. El que se motiva con el consentimiento materno porque el embarazo fue resultado de una

259 Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XV, Febrero de 2002 Tesis: P. /J. 14/2002 Página: 588 Materia: Constitucional Jurisprudencia. Acción de Inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Gutiérrez, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimental respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal, y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis discreparon los señores Ministros presidente Genaro David Góngora Pimental y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 14/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

²⁶⁰ El artículo 31 del nuevo Código Civil de Coahuila dice: "La personalidad jurídica de los seres humanos comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte. La persona física es protegida por la ley desde que es concebida y puede, desde ese momento, adquirir derechos y obligaciones; pero si no nace viva y viable se destruyen retroactivamente los derechos y obligaciones que haya adquirido."

²⁶¹ Una opinión en contra fue en México la de Mariano Jiménez Huerta, que intentó la justificación del aborto con el argumento de que dados los sentimientos prevalentes de la comunidad insitos en el Derecho y que se reflejaron en derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos que prevé el párrafo tercero del artículo 4° C., faltaría —según ello— aquella condición para configurar la antijuridicidad de la conducta. Ver autor cit., *Derecho Penal Mexicano*, Cuarta edición, Tomo II, Editorial Porrúa, S. A., México, 1983, pp. 212 a 214.

manifestar en los foros internacionales su vocación humanista. Y porque el Estado Mexicano formó luego parte del Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a Abolir la Pena de Muerte, aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 15 de diciembre de 1989.²⁵⁶ A este Protocolo se debe arreglar el Estado Mexicano; pues lejos de contrariar la Constitución, la ratifica en su espíritu democrático. No sería válido argumentar la oposición del tratado al artículo 22 C., pues el Protocolo amplía el derecho a la vida humana y restringe el poder punitivo del propio Estado. Sería así del todo recusable que a esa garantía se le trastocara en un seudo derecho estatal para punir, el que por ningún motivo ni en ningún momento se le pudiera limitar en el orden secundario. Porque es verdad que las garantías no se pueden limitar por ese orden subsidiario, como igual de cierto lo es que éste sí las puede ampliar. En el "Programa de Justicia Penal para el nuevo gobierno", la Academia Mexicana de Ciencias Penales hace una propuesta: [que] se retire a la pena de muerte del texto constitucional. El planteamiento cambia así el debate. Ya no se trata de si se debe o no se debe implantar la pena de muerte en las legislaciones secundarias.²⁵⁷ Sino que si le quita o no se le quita de la Constitución. La Academia fundamenta su propuesta: (...) La pena de muerte carece de racionalidad y funcionalidad; en otros términos, es ilegítima e ineficaz.²⁵⁸

Ello trae a colación el discutido tema del derecho a la vida. La controversia de la necesidad de su reconocimiento constitucional y la oposición al mismo. El tema es sensible. Porque del derecho a la vida se pretenden derivar muchas otras consecuencias. La necesidad, por ejemplo, de la penalización de aborto. Mas si se dejan de lado las consideraciones morales y religiosas: ¿es acaso necesario reconocer un derecho que de por sí existe? ¿Alguien niega esto? El hecho mismo de que nuestra Constitución limitara la pena de muerte apareja el reconocimiento tácito del derecho a la vida. ¿Y que acaso tal reconocimiento no lo implican, además, el derecho a la salud y los derechos de las madres embarazadas y lactantes que la misma C. consagra en sus artículos 4° y 123? Sin pasar por alto que el Estado mexicano proclama aquel derecho en el artículo 4-1 de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, aprobada por la Cámara de Senadores el 18 de diciembre de 1980, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1981. Sin que el derecho a la vida del ser humano se pueda realmente considerar menos valioso que el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos que prevé el párrafo tercero del artículo 4° C. O que el mismo derecho de género intrínseco que puede existir para la mujer, como lo es el de decidir la maternidad o la no-maternidad. Respecto a la protección constitucional del derecho a la vida también ya se pronunció la SCJN con la siguiente tesis:

DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES. Si se toma en consideración, por un lado, que la finalidad de los artículos 4o. y 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la exposición de motivos y los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión que dieron origen a sus reformas y adiciones, de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, y treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, respectivamente, es la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos, así como la protección de los derechos de la mujer en el trabajo, en relación con la maternidad y,

²⁵⁶ Sin embargo, México no ha ratificado ese Protocolo y no pudo verificar si el mismo ya se habría aprobado por el Senado.

²⁵⁷ En México, la pena de muerte no se contempla en el CPF ni en ninguna ley penal del orden común. Sin embargo, el Código de Justicia Militar mexicano prevé la pena de muerte en su artículo 122. Y el mismo código la prevé para los delitos de traición a la patria (203), de espionaje (artículo 206) y los delitos contra el derecho de gentes (artículo 208.)

²⁵⁸ Academia Mexicana de Ciencias Penales, "Programa de Justicia Penal...", *Criminología*, op. cit. p. 27.

violación o inseminación artificial forzada. Asimismo, cuando previo aquél consentimiento y a juicio médico exista razón suficiente para suponer que el producto padece graves alteraciones genéticas o congénitas.

Más precisamente por todo ello, al menos no parece aconsejable mantener sin más la prohibición. Ni tampoco liberalizar sin más el aborto. Ello es válido, en primer lugar, respecto de la propuesta de mantener la prohibición penal sin restricciones excusantes. En efecto, es un hecho que el mero remedio penal ha sido inidóneo e inútil y, además, una fuente inextinguible de innumerables abortos clandestinos, los que realizan gente impreparada y en circunstancias de total insalubridad que originan muertes, lesiones y graves peligros para la mujer. El que son inservibles los preceptos de los códigos penales para resolver el problema, se pone de manifiesto por el escasísimo número de procesos y de sentencias que se instruyen y se dictan por delitos de aborto. Asimismo, una postura así implica sociológica y éticamente una actitud pasiva que contempla indiferente el problema de los abortos ocultos. Conscientes de los daños y peligros ínsitos, pero medidos en nuestros escrúpulos morales y sociales, debido a que en el código penal debieren existir unos artículos totalmente ineficaces que falsean el problema. Pero, por otra parte, la total liberalización del aborto sería una solución no menos discutible. Un embrión es apto para la vida a partir del sexto mes. Mas la vida que tiene el nonato antes de esa edad ya es la vida de un ser humano. A los tres meses él ya es un ser completamente formado. Con acierto señala Roxin que (...) una sociedad que considere a la vida del ser humano como el más alto de todos los bienes jurídicos y castiga su destrucción; una sociedad que da exactamente el mismo trato de intangible al enfermo mental, que a cualquiera otra vida de seres humanos, y condena con razón como bárbaro retroceso cualquier relativización de la protección a la vida; una sociedad que, además, está dispuesta a cuidar y educar a sus niños; una sociedad así, no puede negar por principio el derecho a la vida del no nacido, si no quiere negar y poner en peligro su sistema de valores y bienes jurídicos que le son esenciales. Que en este punto necesitan ser preservados sin reservas. Los argumentos en contra carecen de la fuerza de convicción frente a lo dicho.²⁰²

No sé cuál sería una regulación que en nuestro país pudiera contribuir a que el mayor número posible de niños llegue a tener una vida humana lo más digna posible, pero sí sé que es muy poco lo que puede ayudar el poder penal para conseguir ese fin. Esto es indiscutible. Como también es verdad que el aborto consentido es ilícito por sí, aún cuando sea por motivos graves. Y la ilicitud de la conducta deriva del daño al principal bien jurídico de un ser humano en las circunstancias en que nonato se encuentra y cuando la vida del ser humano es indispensable para cualquier sociedad democrática, sin que respecto de la conducta que le lesiona en aquellas condiciones exista en realidad alguna causa que le justifique. Pero así mismo, en el aborto consentido y más en sus casos de excepción se deben reconocer los límites que imponen al delito la «culpabilidad» y la «responsabilidad» humanas en un estado del derecho. Esto sí es tarea del Derecho y en especial del Derecho Penal en el espectro del fin de la readaptación social del mismo sistema penal.

Así pues, la prohibición penal del aborto como principio se justifica por el valor y el bien jurídico que se protege: la vida del ser humano. Pero al menos, sí caben las excepciones —como ya ocurre en el Derecho vigente—

²⁰² Claus Roxin, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, p. 178.

las que en realidad inciden sobre la culpabilidad-responsabilidad, excluyéndola o atenuándola, debido a que en esos eventos se revela la irracionalidad de la pena de prisión, esto es, donde a ésta le falta siquiera la legitimación de su necesidad social; con la modalidad de que esas causas de inculpabilidad o atenuación —por ley— se hacen extensivas a los que participan en el aborto consentido en los casos de excepción. A grado tal de brindar a la mujer embarazada, como servicio público de salud, la información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos, así como los apoyos y alternativas existentes para que ella pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable. Lo cual es obligatorio en el Distrito Federal de acuerdo con el artículo 334-párrafo-último del CPDF. Más de esto debería surgir también la excusa en sentido contrario para ciertos aspectos de dicha obligación de asistencia oficial, como el de la de inexigibilidad del deber de los médicos y demás servidores públicos en el ramo de salud para que brinden apoyos abortivos o realicen el aborto en aquellos casos de excepción. El Estado podrá disponer tal servicio para los casos de aborto no punible, pero no puede legítimamente imputar a los servidores públicos el deber de la práctica del mismo, sin darles la posibilidad de excusarse según su conciencia. En los casos de excepción, los motivos que les dan origen y el bien jurídico que está en juego hacen que el abortar o no abortar sea una decisión personal que el Estado no debe imponer y menos como un deber inexcusable a quien pudiese dar ayuda en el primer sentido.

De aquí que las circunstancias de excepción de pena para el aborto son inoperantes como causas que justifican la conducta. Pero sí la exculpan o reducen el reproche, bien sea por inexigibilidad de la adecuada; o bien sea por la disminución de la responsabilidad que vuelve irracional e intolerable la pena de prisión y el mismo proceso penal en esos casos.

Los motivos de esa exclusión o atenuación atienden a los problemas reales que se hallan entre los pobres y a otras múltiples causas de marginación social. Entre las madres de familia numerosa que tienen que salir adelante sin ayuda y con poco dinero. Entre las mujeres solteras que dependen de un trabajo con precario ingreso o carecen de él y que por su edad o circunstancias reales tienen poca posibilidad de que su hijo sea debidamente atendido; o incluso temen el rechazo familiar. Entre las futuras madres cuyo marido o el padre elude su responsabilidad. Y en todos aquellos en los que la soledad, el desamparo y también la discriminación y a la vez la indiferencia por desatención de un grupo social, provocan por lo general que se reduzca el margen de elegir correctamente. Por lo que si el Derecho Penal no puede de por sí remediar el problema, ni tampoco renunciar sin más al bien de la vida del ser humano abdicando de la base esencial de toda comunidad, el legislador penal debe por lo menos tratar de actuar con mesura poniendo en la balanza de la Justicia el peso de la equidad como vía del Derecho. Con los ojos abiertos, que permita anteponer el escudo de la razón, la prudencia y la ecuanimidad sensible e imperfecta del ser humano, a la espada fría y pétrea de la diosa ciega de la justicia. El que el legislador tome al menos esas causas excepcionales como motivo de exclusión del delito e incluso —como en Coahuila— para dar un trato diferente a cualquier caso de aborto consentido punible a través de la vía alterna de la falta penal, es sólo adelantar bien, con base en aquellas consideraciones, lo que después el juez debe hacer en tales eventos.

Lo que el legislador hace en los casos de excepción de aborto no punible es erigirlos en causas específicas que disculpan o excusan la culpabilidad por falta de necesidad social de la pena, aunque omita declararlo así de manera expresa.²⁶³

Y lo que el legislador de Coahuila hace, además, para que a los abortos consentidos en general se les pueda tratar en la vía de falta penal, es cumplir con los fines del sistema penal dentro de un marco de intervención mínima racional del Derecho Penal y con miras a lograr la paz jurídica por un vía que atiende a la integración social antes que a la inadaptación social de la persona a través de la prisión.

Los casos de excepción del aborto no punible son de los que quedan en el límite entre la exigibilidad jurídica y donde falta la necesidad social de la pena. Como los mismos casos del aborto consentido punible quedan en la frontera de lo exigible socialmente y la irracionalidad de un trato penal duro, lo que amerita que respecto de él se acuda al Derecho Penal Alternativo.

Pues no se trata tan solo de que esa tarea se debiera dejar al juez para cada causa concreta. Porque la clave no es nada más el evitar la pena cuya necesidad social difícilmente se justifica, sino también el salvar la innecesaria estigmatización personal que se produce con motivos de los procesos penales, sino es porque el impedir otras consecuencias indeseables escapa a las posibilidades del Derecho Penal. Obviar, pues, procesos que se tuvieran que seguir para que el juez decida al final la inculpabilidad del agente o la pena suave.²⁶⁴ Hay que dirigir la mira entonces al Derecho Penal Alternativo (del que luego me ocuparé.)

F. El principio de reserva y las conductas en contra del Estado. Lo que hasta aquí se expuso permite también la reflexión sobre la punición legal y su gravedad con relación a las conductas en contra el Estado. Desde los delitos de rebelión, hasta algunas formas del delito de motín. Desde las oposiciones a ciertos actos de autoridad, hasta los llamados «ultrajes» a ciertas insignias o símbolos patrios o de carácter público. Porque:

La punición de conductas contra el Estado será ilegítima si la tipificación favorece sin más a una mera reacción autoritaria del control de poder, en vez de que la ofensa involucre una grave afectación a bienes jurídicos esenciales para el desarrollo de las personas en la comunidad. Como también sería ir en contra del espíritu democrático de la Constitución, si la pena obedece tan sólo y sin más, al hecho de la inconformidad contra el Estado, cuando ella no conlleve daños graves o un peligro real de ellos a los bienes jurídicos esenciales de los gobernados, o en íntima relación con las prestaciones públicas indispensables para su servicio.

Bien se haría si en vez de ello se excluyera o al menos se sustituyera o graduara la punibilidad legal de los diversos casos, según el peligro sea inocuo, potencial o concreto, o se trate de un daño real a esos bienes jurídicos. Eilo amerita, además, una revisión profunda en esos rubros. A efecto de derogar las figuras típicas

²⁶³ La SCJN sostiene que hay una excusa absolutoria —las cuales en el fondo se apoyan en la falta de necesidad social de la pena—, según se evidencia de la tesis siguiente: ABORTO. LA HIPÓTESIS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, CONSTITUYE UNA EXCUSA ABSOLUTORIA. La hipótesis contenida en el citado numeral relativa a que cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo su sobrevivencia, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada, constituye una excusa absolutoria, pues se trata de una causa que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impide la aplicación de la pena, es decir, aun cuando se configura el delito de aborto, no es posible aplicar la sanción. (Novena Época Instancia: Pleno Fuente: *Sesionario Judicial de la Federación y su Gaceta* Tomo: XV, Febrero de 2002 Tesis: P. J. 10/2002 Página: 416 Materia: Constitucional Jurisprudencia. Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Gáltrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Peláyo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis no hubo discrepancia entre los once señores Ministros. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 10/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.)

²⁶⁴ Empero, la sancionabilidad del aborto por vías distintas al tradicional proceso penal, como sucede, por ejemplo, en Coahuila a través del sistema de faltas penales, no debería desatender los posibles derechos como heredero o legatario que la legislación civil le concede al no-nato, a efecto de excluir de los correspondientes derechos a la madre que aborta, si ese fuese el caso y aquella se acogiese a ese sistema.

que contemplen meras desobediencias o lesiones insubstanciales para el bien jurídico que protegen, o cuyas sanciones sean inútiles o excesivas a las razones básicas de la potestad de punir. Así como para que se ajuste la materia de prohibición en los tipos penales, a los casos en los que realmente haya grave forma de lesión a los bienes jurídicos vitales de los individuos para su desarrollo en el ámbito comunitario. Pues de ningún modo será legítimo punir por la sola desobediencia o la mera manifestación en contra el Estado. Como igual carecería de esa legitimidad una pena muy severa para la conducta que nada más se concrete en una amenaza potencial pero no grave de la seguridad genérica del Estado. Una sana política criminal en tal sentido se inició en el CPF, desde las reformas que entraron en vigor en 1984 hasta las de 1993-94. Pues se despenalizaron ciertos delitos de desobediencia y de resistencia de particulares, y la oposición a que se ejecute alguna obra o trabajos públicos, entre otros; por considerarse que tales conductas o situaciones se les puede atender adecuadamente por otras áreas del Derecho, mirando a su trascendencia y a la importancia de los bienes jurídicos en conflicto, aunque ahora el nuevo CPDF incluye la oposición a que se ejecute alguna obra o trabajos públicos pero previendo sólo la semilibertad como sanción.²⁸⁶ El nuevo CPC se coloca en similar trinchera aunque con estrategia diversa. En tanto que esos delitos y muchos otro contra el Estado por ofensas de carácter leve, el CPPC les considera de penalidad alternativa para los efectos procesales y, además, permite que se les puede estimar como faltas penales, el que es un sistema nuevo que evita que la conducta se considere delito, como más adelante se verá.²⁸⁷

— III —

El Derecho Penal Alternativo:

El principio de intervención mínima y las medidas alternas que procuren la socialización responsable y la paz jurídica-social

Lo que hasta aquí se ha expuesto lleva de la mano para destacar que la idea de «reserva» o de «intervención mínima» del sistema penal²⁸⁷ se debe ver más allá de una acción por la que se evitan, derogan, seleccionan y sistematizan las figuras típicas; y por la cual, además, se gradúa racionalmente en la ley la gravedad de la punición. Pues las acciones para la intervención mínima no se confinan a los mecanismos que evitan, extraen o matizan conductas del y en el Derecho Penal. Las acciones de reserva pueden y deben operar también dentro del sistema penal con relación a sus vías y medidas tradicionales para cumplir sus fines. Esto es, no nada más para que en la ley se decida qué hecho se debe punir. Ni para que se mida de manera racional a las penas legales y no sólo según la gravedad del delito y la mínima y máxima culpabilidad posible. Sino para que se resuelva si se sustrae a las personas de la reacción más drástica del sistema penal: La pena de prisión. E incluso, con mayor razón, de la prisión preventiva. Y para que en atención a los fines de promover la socialización responsable o al menos la no-desocialización —los que se desprenden del artículo 18 C. — se

²⁸⁶ Las reformas de 1984 y 1994 al CPF han sido las de más profundidad y significación en cuanto a la despenalización y a una nueva concepción y fundamentación «democrática» del Derecho Penal respecto del delito y de la pena, orientadas a un estado de derecho, como se verá en este trabajo. Los nuevos CPDF y CPC siguen la misma ruta, sin embargo, en la implementación de vías y medidas alternas al proceso penal tradicional y a la pena de prisión el liderazgo corresponde sin duda al CPC como se verá en el número siguiente de este Capítulo.

²⁸⁷ Ver el apartado C-1 del siguiente número de este Capítulo.

²⁸⁷ La expresión "sistema penal" la emplea el artículo 18 C. y comprende no sólo al sistema penitenciario, ni nada más al sistema de las penas, sino que tiene una connotación mucho más amplia, que capta, además, a todos los medios jurídicos de control social de naturaleza policíaca, de la procuración y administración de justicia penal. Al respecto, ver a Raúl E. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Primer Informe del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984, pp. 7 a 10.

considere a otras vías alternas de resolver el conflicto o al menos modificarlo para procurar la paz social y a la vez cumplir los fines de la pena cuando se trate de ciertos delitos no graves.

Dentro de un Derecho Penal Alternativo se encuentra el desafío de hallar vías nuevas distintas al usual proceso penal para solventar o atenuar los conflictos. Y las que conduzcan con mayor eficiencia y eficacia a sanciones diferentes a la privación de la libertad. Lo que apareja en sentido amplio en muchos casos evitar o sustituir el proceso penal y la sanción privativa de la libertad. Para pensar en una idea muy diferente a la de pretender un mero castigo o una ejecución correctiva que se pareciere implicar en una pena de prisión mal entendida en su fin. Esto significa que siempre que lo permita la no-gravedad del delito y la posibilidad de obtener la paz jurídica-social, no solo será lícito sino necesario que se acuda a instrumentos jurídicos alternos —dentro de los que caben algunos ya conocidos y otros nuevos— para así cumplir con el fin constitucional del sistema penal que es el de la incorporación social responsable de las personas.

En efecto, tanto las penas como las medidas cautelares debieren mostrar una tendencia general —la que puede definirse también bajo los principios de estricta reserva y racionalidad penal—: Impónganse las medidas cautelares y las penas que priven de la libertad, sólo cuando sean estrictamente necesarias. Y otórguense alternativas penalísticas que procuren el respeto a la dignidad humana. Al igual que intenten la eficacia — pronta y expedita— de una justicia racional y una resocialización útil. Pero en cualquier caso, todas las vías y medidas alternas —sean ante o para-procesales o sustitutivos penales— se deben supeditar a la garantía eficaz de la reparación del daño a los ofendidos en la medida que ella sea posible. Así como a su suficiencia para lograr la paz jurídica-social.

Con base en dichos principios y de acuerdo, además, con los artículos 14, 16, 17, 18 y 20 de nuestra carta fundamental, es pues indispensable procurar la reserva de la prisión preventiva en los procesos penales y para ciertos delitos no graves ampliar la alternatividad de las penas cortas de prisión con otras penas no-privativas de la libertad. Cabe incluso pensar respecto de aquellos delitos que la ley clasifique como graves en los que no haya habido violencia ni sean contra menores, se indague la conveniencia de que se permita la libertad provisional bajo caución asequible al inculpado si éste comparece voluntariamente ante el juez del proceso y se sujeta al mismo —lo cual, además, podría favorecer la eficacia del sistema y disminuir el índice de sustracción a los mismos procesos penales—. (Reacuérdense que la C. prohíbe restringir garantías, pero no ampliarlas.) En la reforma penal federal de 1993-94 y en la coahuilense de 1992-3 y 1999, cobró vigencia lo que el legislador expresó en ellas: (...) La experiencia, la cultura y el desarrollo de la sociedad, han demostrado que el Derecho Penal debe reservarse como la necesaria, pero racional reacción del Estado a los actos humanos que afectan de la forma más grave a los bienes jurídicos más importantes. Mas el que esta reacción deba ser sólo la necesariamente racional, no excluye que a la par deba ser oportuna y eficaz. Pues así como la reacción punitiva indiscriminada, por cualquier acto ilegal, no previene ni corrige la delincuencia. Sino que se convierte en factor de ella. También la pretensión penal sin bases racionales, no sólo se torna injusta, sino que también genera otros actos irracionales e igualmente injustos.²⁰⁰ De aquí que además de la creación legal de delitos, la instauración misma de medidas cautelares de prisión durante los procesos penales y la imposición de sanciones penales tradicionales sólo sean tolerables cuando se representen como absolutamente

²⁰⁰ *Exposición de Motivos a la Iniciativa del nuevo Código Penal de Coahuila de 1999*, apartado III, inciso 10, pp. 196 y 496 del Periódico Oficial N° 43 del Gobierno del Estado de Coahuila de 28 de mayo de 1999. La *Exposición de Motivos del nuevo CPC de 1999*, se publicó el 28 de mayo de 1999 en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Coahuila N° 43, conforme al Artículo Sexto Transitorio del Código Penal del Estado de Coahuila, el que se publicó en la misma fecha e igual número del Periódico Oficial: en virtud del Decreto N° 298 del Congreso del Estado de Coahuila.

necesarias para salvaguardar la convivencia social pacífica. Y de aquí también, que cuando el delito y la pena legal son leves o aquél mismo no sea grave, se deba procurar hacer eficaz la pretensión penal por medios alternos al tradicional proceso penal. De no ser así la amenaza y el fin de esa pena suave se vuelven, además, un espejismo de justicia. Pues la justicia y la adaptación social que se retardan dejan de ser tales.

Ya apunté que la misión más importante que les incumbe a los penalistas de hoy es la integración de una política penológica racional. Una que sea eficaz y a la vez respetuosa del estado de derecho al que aspira nuestra carta fundamental. De aquí que sea necesario no solo procurar la claridad y sencillez posibles en la redacción técnica de las normas legales que regulan al delito. Ni que este se pueda erigir tan sólo bajo esos parámetros. Pues ello aparejaría una tarea inacabada de seguridad jurídica y justicia en el Derecho. El que requiere, también, de la funcionalidad de la pena y de esa justicia. Esa funcionalidad no sólo deber intrasistémica; esto es, para explicar la concepción del delito de acuerdo con los principios que animan la política criminal en el ideal de un estado de derecho, sino hacia fuera del sistema dogmático del delito, hacia la pena misma y respecto de los procedimientos penales tradicionales que la hacen posible. Por ello es preciso buscar vías y medidas alternas que modifiquen el conflicto de manera rápida, procurando siempre evitar la desocialización y sí promover la socialización responsable hasta donde lo permitan las exigencias de prevención y en cualesquier caso con respeto a los derechos de ofendidos, víctimas y de los mismos inculpados; al igual que buscar la eficacia en el debido proceso penal, para así procurar la aplicación de las penas justas y su ejecución efectiva. Por ello, la política criminal que se proponga en el ámbito del derecho punitivo, se debe contemplar de manera conjunta con la que se plantee en el procedimiento penal. Más aún, cuando no resulta fácil, por no decir imposible, entender y realizar las instituciones sustantivas penales sin su correspondiente lectura procesal.

En suma, reitero que tanto las penas como las medidas cautelares deben mostrar una tendencia general. La que se puede definir también bajo los principios de estricta reserva y racionalidad penal: Impónganse las medidas cautelares personales y, luego, las penas que sean privativas de la libertad, sólo como última razón; y concédanse alternativas penales a la prisión —en sede de vías alternas, en sede de medidas cautelares procesales y en sede de las sanciones— que procuren el respeto a la dignidad humana, la eficacia de una justicia racional y la resocialización de los sentenciados. Pero por igual insisto que en cualquier caso y en virtud de que la resocialización debe ser "responsable", todas las vías y medidas alternas al igual que los substitutivos penales se deben supeditar a la garantía eficaz de la reparación del daño a los ofendidos en la medida de lo posible para el inculpadó, así como al respeto de la sociedad y a las reglas suficientes para lograr la paz.

Esas vías y medidas alternas se pueden dividir en las de naturaleza instrumental cautelar y las de calidad sustantiva. En las primeras se cuentan a la libertad provisional bajo caución asequible como alternativa a la prisión preventiva y el arraigo —no privativo de la libertad— como medida alterna a la libertad caucional para ciertos delitos. En las segundas se hallan desde las sanciones no privativas de la libertad que señala la ley penal para ciertos delitos; hasta los llamados substitutivos penales. Como lo son la libertad vigilada, la semilibertad, el trabajo a favor de la comunidad y la multa substitutiva. Y otras medidas nuevas o escasamente usadas, como las que se señalaron en el número II-D de éste capítulo, consistentes en la limitación o suspensión de derechos que puede referirse a uno o más, o la combinación de los aspectos siguientes: 1) La conducción de vehículos de motor. 2) La permanencia en el domicilio durante determinado horario en uno o más días de la semana. 3) La residencia en una sola vivienda; prohibición de acudir a determinados lugares o

acercarse a ciertas personas. 4) La posesión y portación de arma. 5) El consumo de bebidas alcohólicas en lugares públicos. 6) El ejercicio profesional. 7) La realización de determinadas ocupaciones. 8) El ejercicio de derechos familiares, en especial si se trata de violencia intrafamiliar. 9) La custodia, la tutela y la adopción. 10) El albaceazgo; y 11) Otros de similar naturaleza.

Pero también se deben mencionar las medidas alternas de carácter mixto. Mismas que apuntan a una tercera vía del Derecho Penal a través de la reparación del daño. Y con ella se corresponden cuatro instituciones del Derecho Coahuilense. De las cuales algunas pueden resultar novedosas para el resto de la república: 1) La conciliación, 2) el perdón y 3) la reparación del daño *como causas extintivas de la acción penal en delitos perseguibles de oficio que no sean graves*; así como 4) *el sistema de faltas penales*. Cabe mencionar que la reparación del daño no solo como fin sino también como vía para resolver los conflictos ya se encuentra implícita en las reformas al artículo 20 C. de 2001. Por las cuales se incluyó el apartado B al citado artículo, en el que en su fracción IV estipula como garantías de ofendidos y víctimas que (...) se les repare el daño. Igualmente, que (...) en los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. Asimismo dispone que: (...) La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño. Y ya las mismas autoridades federales desde los años de 2001 y 2002 han reconocido la necesidad de acudir a una justicia cívica ágil para solucionar los conflictos de delitos leves que, además de aliviar la superpoblación carcelaria, funja como medio para cumplir mejor los fines del sistema penal: cuales son la incorporación social responsable que procure la paz jurídica-social y el bien común.²⁶⁹ Faltaría que esos pronunciamientos se traduzcan en acciones legislativas concretas respecto de las que podría ser una buena referencia el modelo coahuilense de faltas penales y extinción de la acción penal por conciliación, perdón y reparación del daño en delitos no graves, con independencia de que éstos se persigan o no se persigan de oficio. Me ocupo enseguida de las manifestaciones de este Derecho Penal Alternativo como derivación del principio de intervención mínima.

A. La libertad caucional como alternativa a la detención y a la prisión preventiva. Con base en los principios que se apuntaron y de acuerdo, además, con los artículos 18 y 20-A-I, de nuestra carta fundamental Es indispensable procurar la reserva de la prisión preventiva en los procesos penales y buscar su alternatividad con otros medios cuando se trate de delitos no graves, en especial con penas cortas de prisión.

En el rubro de la prisión preventiva como medida cautelar, desde la reforma penal federal de 1993 y la coahuilense de 1994-95 bien se dijo que “[s]e ha presenciado en México y en buena parte del mundo, una orientación deformada del derecho procesal penal”.²⁷⁰ De ello no se escapaba Coahuila, donde antes de 1995

²⁶⁹ El 23 de octubre de 2002, el titular de la Secretaría de Seguridad Pública federal informó al Consejo Nacional de Seguridad Pública que la superpoblación carcelaria rebasa en un número de 36, 500 reos la capacidad actual de las prisiones en la República Mexicana, aumentando hasta esa cantidad cuando en 1998 ya había una sobrepoblación de 15,000 personas, proponiendo un “sistema de justicia cívica” como una alternativa de solución rápida para delitos leves respecto de los que se respondería con trabajos remunerados a favor de la comunidad y aliviaría la citada superpoblación carcelaria. (Reportaje de Mayolo López y Ramón Sevilla, publicado en el Periódico “Peletera”, Sección “Nacional”, Saltillo, Coahuila, México, 24 de octubre de 2002, p. 2.

²⁷⁰ *Exposición de Motivos del nuevo CPPC*, pp. 430 y ss., Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Coahuila de 25 de mayo de 1999. La *Exposición de Motivos del nuevo CPPC de 1999*, se publicó el 25 de mayo de 1999 en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Coahuila N° 42, conforme al Artículo Tercero Transitorio del Código de Procedimientos Penales del Estado de Coahuila, el que se publicó en la misma fecha e igual número del Periódico Oficial: en virtud del Decreto N° 303 del Congreso del Estado de Coahuila.

no existían en el CPC delitos de penalidad alternativa. Esto motivaba —si no se le evitaba por caución para la libertad provisional— la necesaria detención o aprehensión y la consecuente prisión preventiva. Si a lo anterior se suma que gran parte de los justiciables en los procesos penales pertenecen a las clases sociales más desfavorecidas, todo ello se traduce en medidas penales inidóneas, discriminatorias e injustificadas. Medidas que aumentan de por sí el desarraigo familiar y social, a la vez que anulan los precarios ingresos económicos. El resultado vino a significar insufribles reproducciones de desigualdad social y la superpoblación carcelaria. Las personas sujetas a prisión preventiva en Coahuila durante 1995 todavía rebasaban el cincuenta por ciento del total de espacio disponible en los reclusorios.²⁷¹ Y aún hasta 1994 se estimaba que en nuestro país, más de las dos terceras partes de los internos eran presos sin condena.²⁷²

Desde aquellas reformas penales también se dijo que: (...) el discurso teórico según el cual hay que pugnar porque se abata la tendencia del empleo de la prisión como pena prácticamente única, no ha rebasado en la mayoría de los casos, las reiteraciones ideológicas más o menos abstractas. Se abusa de la privación de la libertad no solo cuando se ejecutan las penas. Sino lo que es más grave, cuando aún no se han dictado.²⁷³ No se puede entonces dejar de advertir que en realidad, la prisión preventiva como medida cautelar que se aplica durante el proceso de hecho en nada se diferencia con la pena de prisión. De aquí que se deba poner el mayor cuidado para que se evite su aplicación indiscriminada y reducirla a los delitos realmente graves. A ello obliga la presunción de inocencia reconocida en la Constitución del Estado de Coahuila, la cual a su vez se infiere de los artículos 16, 19 y 20 C. Así se razonó en la reforma de 1993 a la fracción I del artículo 20-A C., por la cual se creó el concepto de delitos «graves»,²⁷⁴ que vino a sustituir al del término medio de la penalidad legal de prisión aplicable como criterio para la procedencia de la libertad provisional bajo caución. Y a tal conclusión invitan los postulados de estricta reserva y racionalidad en los delitos y las penas. Más aún, porque al inculpado todavía no se le juzga, ni se le condena. Y porque es un contrasentido aplicar primero una medida exactamente igual a la pena y luego ver si habrá motivo suficiente para que se condene a la persona y se le imponga precisamente aquella pena.

No obstante, no deja de ser espinosa para la concepción de un estado democrático en la misma Constitución, la ruta emprendida en las subsecuentes reformas a la fracción I del artículo 20-A C., al haber deslizado el concepto de «peligrosidad» que luego se superó. Y, además, por las posibilidades de excepción a la garantía de delitos "graves" cuya función es eminentemente reductora del poder punitivo estatal, además de materializar la garantía de presunción de inocencia. Sin que sea objeto de este trabajo examinar los pormenores de la evolución de esa garantía hasta su tratamiento actual en la fracción I del artículo 20-A C. y en la legislación procesal penal secundaria. Pero también esas reformas fueron un serio indicador de una política criminal incoherente con los postulados constitucionales básicos y con los ideales de un estado de derecho de los que

²⁷¹ *Ibidem*. pp. 429 y 430.

²⁷² *Ibid.* p. 430.

²⁷³ *Ibid.* p. 430.

²⁷⁴ Criterio de "delitos graves" que por un lado debe atender a una valoración restrictiva por la especial lesividad del hecho a los bienes jurídicos más importantes y respecto a la forma de comisión que se revele especialmente seria por su violencia, de tal suerte que la prisión preventiva opere sólo como último medio para evitar la violencia de los no desviados o en contra de los mismos. En el derecho federal norteamericano aunque se da amplio margen al criterio judicial para conceder o negar la libertad durante el proceso, por la vía de los precedentes judiciales se ha impuesto la tendencia de sólo negarla cuando se trate de un delito grave de violencia personal.

proviene el principio de intervención mínima del Derecho Penal. Esa aportación también se refleja en la legislación secundaria. En 1993, con base en la idea de "delitos graves" de la fracción I del artículo 20-A, el artículo 399 del CFPP señaló la improcedencia de la libertad provisional bajo caución con relación a 38 delitos, aunque algunos de ellos con diversas modalidades. A partir del 18 de mayo de 1999 y conforme al artículo 194 de ese código, la libertad caucional es improcedente con relación a más de 100 delitos, a los que se suma una gran parte de esos delitos en grado de tentativa punible. Con ello, en menos de seis años y en virtud de esas reformas, ascendió a casi el triple el número de delitos por los que la libertad provisional es improcedente. Y ello sin contar con irregularidades tales como la del artículo 413 del CPF que prescindiendo de plano de la clasificación de delito grave que expresamente debe hacer el legislador por imperativo del artículo 20-A-I C., ahora dispone que no podrán gozar del "beneficio" (sic) de la libertad caucional — ¿y desde cuándo dejó de ser garantía constitucional?— los responsables de los delitos contenidos en el capítulo de delitos electorales por haber acordado o preparado su realización. Y ello aún sin importar que algunos de esos delitos no tienen señalada pena de prisión (artículos 404 y 408 del CPF.) ¿Dónde está entonces el espíritu que animó y todavía alienta la garantía de restricción de la prisión preventiva, la cual sólo se debe aplicar a los delitos realmente graves conforme a la fracción I del artículo 20-A C.?

Por lo tanto, no es ocioso apuntar que si de acuerdo a dichas disposiciones constitucionales y al imperativo de la razón, la prisión preventiva sin oportunidad de caución durante el proceso se debe reservar a los delitos que representen los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes y consubstanciales del ser humano para su desarrollo social, el legislador debe entonces hacer suyas las propuestas para excluir como delitos «graves» a ciertos casos que indican un abuso de la prisión preventiva y ajustarse a los motivos de la reforma constitucional a la fracción I del artículo 20-A, que en tal aspecto permanece intocada. Las aparentes razones en las que se pretende fincar la prisión preventiva son insostenibles, aunque no es el momento de ocuparme de ellas. La inconsistencia, la simulación y la injusticia implícita de esa eufemística medida "cautelar" de índole personal se han evidenciado ya por muchos penalistas. Más tampoco sería el punto el proponer su utópica abolición, al menos en el estadio actual de nuestro desarrollo social y cultural. Pero sí y con insistencia, su reducción al máximo posible, en especial porque al inculpado todavía no se le juzga ni condena y porque cancela de antemano el rendimiento que pudiesen tener medidas de prevención especial más plausibles a esas medidas que revelan sinrazón y obcecación para allanar al máximo la intromisión del poder punitivo estatal en la libertad de las personas. Y lo cuál permite por igual operar al máximo estrategias selectivas inconfesables —muchas veces de índole político o de imagen— por quienes ejercen el poder. Lo que se plantea en tales casos es un tratamiento racional y de «intervención mínima» en la aplicación necesaria de la prisión desde que se inicia el proceso, cuando a la persona todavía no se le juzga ni se le condena.

B. El arraigo como medida cautelar alterna a la detención y a la prisión preventiva en los delitos de penalidad alternativa. Por otra parte, en el sistema coahuilense de delitos con penalidad alternativa, para los efectos procesales es clara la aplicación del principio de intervención mínima del derecho procesal penal.

Ahora, la penalidad alternativa²⁷⁵ se adopta con audacia en el orden común coahuilense. Pues se considera delito de penalidad alternativa y sólo para efectos procesales, aquél que sin incluir atenuante tenga una pena legal máxima hasta de seis años de prisión, salvo los delitos que exceptuó la ley. Y tal sistema evita que al inculcado se le someta a prisión preventiva por esos delitos.²⁷⁶ Por su parte, los artículos 135 Bis del CFPP y 133 Bis del CPPDF permiten la libertad provisional sin necesidad de caución cuando el término medio aritmético de la pena de prisión no exceda de tres años y el delito no sea grave, entre otras condiciones. Además, salvo contadas excepciones, por medio de la condena condicional, esos sistemas impiden la ejecución de la pena de prisión de resultar culpable la persona, a efecto de que se sustituya la pena de prisión con otras sanciones o medidas menos severas: La semilibertad, el trabajo a favor de la comunidad, la multa sustitutiva, la libertad vigilada y las medidas de seguridad complementarias.

Cabe señalar que el sistema de penalidad alternativa para efectos procesales, por delitos con penal legal máxima hasta de seis años de prisión —vigente en Coahuila desde 1994—, así como la libertad provisional sin caución —que prevén los artículos 135 Bis del CFPP y 133 Bis del CPPDF cuando el término medio aritmético de la pena de prisión no exceda de tres años y el delito no sea grave, entre otras condiciones— encuentran precisamente su fundamento en la previsión de que si a los inculcados se les declara responsables de esos delitos, de ordinario se harán acreedores a la condena condicional. La que en Coahuila es procedente cuando la pena judicial sea hasta de seis años de prisión. (Artículos 77 a 84.) Como en los sendos artículos 90 del CPF y el CPDF, la condena condicional procede si la pena judicial no excede de cuatro años de prisión. Por ende, si en aquellos casos —aún condenada la persona— la pena judicial de prisión no puede exceder de aquellos años. Y por ese motivo a la persona de ordinario se le suspenderá la ejecución de esa pena. Resulta un contrasentido el que esos delitos deban ameritar prisión preventiva para el inculcado durante el proceso, cuando la sanción que se le podría llegar a imponer será incluso de naturaleza diferente y menos severa que la de prisión. Miguel Sarre —defensor incansable de los derechos humanos— planteó esa inconsecuencia desde el año de 1993 al denunciar la incompatibilidad de la prisión preventiva con las penas sustitutivas de prisión. (...) el «mal necesario» —escribió Sarre Iñiguez— se convierte en un mal completamente innecesario e injusto cuando ella se aplica de manera infundada y masiva en nuestro país. Todo lo que se pudiera haber ganado con el sustitutivo ya se perdió con la prisión preventiva sufrida.²⁷⁷ Las razones de esa política en materia de sustitutivos de prisión son múltiples. En la exposición de motivos de las reformas de 1983 al CPF, se expresó que: (...) Al otorgarse al juez nuevas posibilidades de sustituir la prisión y de conceder la condena condicional se ensanchan los contornos de las penas no privativas de la libertad, en la línea de la opinión progresista

²⁷⁵ En México, tal corriente se inició con las reformas al CPF de 1993-94, al establecerse una penalidad distinta a la de prisión o penalidad «alternativa» para algunos delitos, como se puede constatar en el mismo CPF. Así, armas prohibidas (art. 160), violación de correspondencia (art. 173 y 176), desobediencia de particulares (art. 178), negativa a rendir protesta o a declarar (art. 182), quebrantamiento de sellos (art. 187), ultraje a insignias nacionales (art. 191), provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio (art. 209), revelación de comunicación reservada (art. 210), ejercicio indebido del propio derecho (art. 226), variación del nombre o domicilio (art. 249), hostigamiento sexual (art. 259-Bis), bigamia (art. 277), violación sobre leyes de injurias (art. 280), amenazas (art. 282), lesiones leves (art. 289 parte inicial del párrafo primero), incumplimiento de deberes básicos de asistencia familiar (art. 336), abandono de incapaz (art. 340), abandono de atropellados (art. 341), difamación (art. 350), calumnias (art. 356), robo de uso (art. 360), fraudes genérico o fraudes equiparados, administración fraudulenta y falsificaciones o fraccionamientos no autorizados, todos de cuantía mínima (arts. 386 fracción I 367 y 368-Bis), inducción al voto partidista por ministros de cultos religiosos (art. 404), conductas indebidas de funcionario electoral (art. 405), omisión de presentación a desempeñar el cargo de diputado o senador (art. 406), información falsa a órganos electorales (art. 409) y alteración de documentación electoral (art. 411.)

²⁷⁶ Ver artículos 29 y 30 del CPPC.

²⁷⁷ Miguel Sarre Iñiguez, *Inprocedencia de la prisión preventiva en los procesos por delitos cuya penalidad contempla un sustitutivo de prisión*, en *Criminología*, año LIX, N° 3, Academia Mexicana de Ciencias Penales-Editorial Porrúa S. A., México, sep.-dic. 1993, p. 104. NOTA: Debo decir —porque participé en la reforma coahuilense— que antes de que Miguel Sarre escribiera ese artículo, él me exteriorizó su idea en Torreón, Coahuila, la que sirvió —como muchas otras ideas de Sarre relativas a los sustitutivos penales— para forjar la institución coahuilense que se comenta.

contemporánea según la cual el encarcelamiento, ya que trae consigo graves restricciones al derecho de conformar la propia vida, es prescindible respecto de aquellos delitos que no son capitales.²⁷⁸ La misma exposición de motivos agregaba que: (...) Cabe señalar, además, que la sobrepoblación penitenciaria encarece la justicia penal y hace perder efectividad a la pena, en tanto significa un gasto enorme para la sociedad la manutención de prisiones en las que, con el hacinamiento, se agravan la corrupción, la promiscuidad y la indisciplina, nada propicias para la rehabilitación social.

A su vez, Coahuila en realidad innova frente a cualquier otra legislación en la República con las fórmulas generales que se plantean en el CPPC para los sistemas de "faltas penales" y de "penalidad alternativa". Así mismo, el nuevo CPC también prevé otros medios alternos de solución distintos a la sentencia y la prisión, como se verá en este y en el apartado siguiente. Se buscan así para ciertos casos que no sean de delitos graves opciones penalísticas más racionales y humanas, que eviten el abuso de la prisión preventiva y brinden vías alternas y medidas distintas de las que ya se probó no sólo su irracionalidad sino su inutilidad y disfuncionalidad para cumplir los fines del Derecho Penal. Y los que a la vez procuren una justicia más rápida y expedita cumpliendo el fin del sistema penal. Esto deviene no sólo necesario sino urgente. En el "Programa de Justicia Penal para el nuevo gobierno", la Academia Mexicana de Ciencias Penales dice que: (...) es preciso incrementar el uso de alternativas a la pena de prisión, sustituyendo en la mayor medida posible las penas breves privativas de la libertad. Esto traerá consigo mejores efectos en beneficio de las víctimas, la sociedad, el Estado y el propio infractor.²⁷⁹

C. La tercera vía: la reparación del daño y otros medios alternos equivalentes.

También se puede hacer eficaz el principio de intervención mínima dentro del procedimiento penal y antes del proceso mismo, a través de «vías» y «medidas» alternas nuevas.

La misma Academia Mexicana de Ciencias Penales propone que: (...) se deben explorar los «medios de solución alternativa» de las controversias penales.²⁸⁰ ¿Cómo cuáles? La Academia no lo menciona. Mas es indudable que dentro de ellas se puede presentar la reparación del daño voluntaria y posible como una medida suficiente para lograr la paz y la vez fungir como vía expedita y rápida para resolver o atenuar el conflicto penal permitiendo que se mantenga la incorporación social responsable del delincuente o de quién se reputa como probable responsable del delito. Al comentar el Código Penal español de 1995, Manuel Jaén Vallejo apunta que: "El sistema de doble vía penal, esto es, por un lado las penas, basadas en la culpabilidad, y, por otro, las medidas de seguridad basadas en la peligrosidad, debería de haberse ampliado, aprovechando las circunstancias de un nuevo Código Penal. Por ejemplo, incorporando un sistema de triple vía, que incluyera, además de la pena y la medida de seguridad, la reparación, al menos con relación a hechos de poca gravedad, consistente en una prestación social voluntaria dirigida a la víctima, colectividad o terceros, lográndose de este modo un restablecimiento de la paz jurídica. De nuevo aquí, como en otros aspectos, se pone palmariamente de manifiesto la ausencia de una política criminal novedosa en el Código Penal español en vigor". Y enseguida,

²⁷⁸ Cit. por Miguel Sarre Miguiz, "La improcedencia de la prisión preventiva para personas procesadas por delitos cuya penalidad admite una pena de prisión", *Las penas sustitutivas de prisión*, Cuadernos para la Reforma de la Justicia, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1996, p. 13.

²⁷⁹ Academia Mexicana de Ciencias Penales, "Programa de Justicia Penal...", *Criminalia*, op. cit., p. 27.

²⁸⁰ Idem., "Programa de Justicia Penal...", *Criminalia*, op. cit., p. 28. Nota: El corchete es mío.

el autor español agrega: "Muy interesante al respecto resulta el trabajo realizado por un grupo de profesores alemanes, austriacos y suizos que aprobaron en 1992 el llamado Proyecto alternativo sobre Reparación Penal".²⁸¹ Según el parágrafo 1 de este Proyecto:

(...) 1. La reparación es la compensación de las consecuencias del hecho mediante una prestación voluntaria del autor. Sirve a la restauración de la paz jurídica. La restauración debe tener lugar en primer orden a favor del lesionado; cuando esto no fuere posible, no prometa ningún resultado o no sea suficiente por sí mismo, entonces también entra en consideración la reparación frente a la colectividad (reparación simbólica.) 2. También existe una prestación voluntaria cuando el autor cumpla una obligación asumida en un procedimiento judicial o extrajudicial de reparación.²⁸²

En cuanto a las prestaciones concretas de la reparación, el parágrafo 2 establece lo siguiente:

(...) 1. Como prestaciones de reparación entran en consideración particularmente: 1) Indemnización de daños frente al lesionado. 2) Indemnización de daños frente a terceros, en especial aseguradoras a las cuales haya sido traspasada la pretensión del lesionado. 3) Otras prestaciones materiales como pago en dinero a instituciones de utilidad pública. 4) Regalos al lesionado o prestaciones inmateriales como disculpas o conversación de conciliación. 5) Prestaciones laborales, en especial trabajos comunitarios. Pueden ser efectuadas distintas prestaciones de reparación al mismo tiempo. 2. Las prestaciones de reparación no deben gravar ni al lesionado ni al autor de forma desproporcionada o inexigible.²⁸³

Ahora bien, cabe destacar igualmente que en algunos casos el Estado sólo considera esencial sancionar cuando ello es conforme al interés de los ofendidos. Lo anterior es como se indica porque el interés social de la punición existe en la medida del interés de la víctima o del ofendido. En ello radica también la esencia de la intervención mínima. Ya que sólo se pueden penar las acciones que dañen bienes jurídicos personales disponibles y las infracciones leves contra fines de la prevención social, si existe el interés sobre el bien. Y, además, brindando alternativas penalísticas menos severas y distintas a la prisión si la lesión concreta es de menor entidad o se repara el daño, hay arrepentimiento y ello sea suficiente para lograr la paz social. En incontables casos —en todos los países y épocas— la razón de la reacción penal se da en función del interés de la persona o titular del bien sobre el bien que se le afecta. En especial cuando aquél es disponible o es menor el interés en punir un bien indisponible por otro sin consentimiento de su titular, dada la escasa gravedad de la lesión al bien jurídico y a que tal interés puede cesar por su eventual satisfacción por otras vías aptas que puedan lograr la paz social.

Es esa clase interés el que debiere motivar al poder penal a que acuda a vías y medidas alternas al tradicional proceso penal y a las penas de prisión, para modificar el conflicto. Porque en un primer aspecto, sería absurdo mantener la pretensión penal si al titular del bien disponible le interesa que la lesión no se persiga o se manifiesta a favor de la afectación de su bien del que puede disponer; o incluso en sentido contrario a la sanción. Como también sería innecesario, en un segundo aspecto, procesar personas y punirlas con prisión a cualquier costa cuando es reducida la lesión de un bien indisponible sin consentimiento de su titular o es leve su circunstancia y hay perdón, reparación del daño en lo posible o arrepentimiento; y, además, es la primera ocasión. El que se proceda con base en esas consideraciones no invalida al Derecho Penal sino que se le reafirma en su misión de reserva y de adaptación social responsable de las personas; mismo que es el sustrato del fin del sistema penal que asigna el artículo 18 C.: La readaptación social.

²⁸¹ Manuel Jaén Vallejo, *Los principios superiores del Derecho Penal*, 5, cuadernos "Luis Jiménez de Asúa", Editorial DYKINSON, S.L., Madrid, España, 1999, p. 12.

²⁸² Citado por Manuel Jaén Vallejo, *Los principios superiores del Derecho Penal*, 5, cuadernos "Luis Jimenes de Asúa", Editorial DYKINSON, S.L., Madrid, España, 1999, p. 12.

²⁸³ Ídem, op. cit., pp. 12 y 13.

En tal contexto me ocupo ahora de las manifestaciones de esa tercera vía en el Derecho Mexicano.

1. El sistema de faltas penales como vía sancionatoria alterna. Considero otra vez a Coahuila que creó el sistema de «faltas penales» en el nuevo Código de Procedimientos Penales vigente desde septiembre de 1999. El que carece de antecedentes en el Derecho Penal Mexicano. Y el que solo se parece en su nombre y en sus objetivos al sistema europeo. Porque la forma en que Coahuila concibe a las faltas penales y la manera en que instrumenta el sistema, difiere de las que se conocen en Europa con el mismo rubro.

Ese sistema permite evitar el proceso penal para ciertos casos de delitos leves dentro de los que el código estima de penalidad alternativa para los efectos procesales.²⁸⁴ Pues a los delitos con una pena legal máxima de prisión de hasta tres años y que sean de penalidad alternativa —los que en el CPPC son los delitos con pena máxima legal de prisión hasta de seis años, salvo excepciones expresas que también operan para excluir la vía de falta penal— no se les considerará como posibles delitos para quienes en una audiencia acepten la imputación del hecho como falta y se acojan voluntariamente a una multa reducida que aplica el agente del Ministerio Público como autoridad administrativa.²⁸⁵ Además, por ministerio de ley, la persona que opte por la

²⁸⁴ ARTÍCULO 285. PROCEDENCIA DE LA VÍA DE FALTA PENAL. La Vía de Falta Penal procederá cuando concurren las condiciones siguientes: 1) Se trate de delito cuya pena máxima de prisión no exceda de tres años sin incluir atenuante que reduzca la sanción; 2) No se trate de delito que la ley excluya del beneficio procesal de penalidad alternativa; 3) El inculcado no se haya acogido a la Vía de Falta Penal en dos ocasiones respecto de las que aún no transcurran los términos de reiteración ficta a que se refiere el Código Penal con relación a los delitos que las motivaron; y 4) Hay por los menos indicio del cuerpo del delito y de la intervención del inculcado. Para ello será suficiente denuncia o querrela cuyos hechos los comprenda.

La Vía de Falta Penal también procederá cuando concurren varios delitos, pero sólo respecto de los que se satisfagan las condiciones del párrafo anterior.

El Ministerio Público verificará si se cumplen los requisitos de los párrafos anteriores. De ser así, citará a la persona inculpada a una audiencia. Al iniciar la audiencia, el Ministerio Público preguntará a la persona inculpada si antes se ha sometido a la Vía de Falta Penal y, en su caso, en cuántas ocasiones, cuándo, dónde y ante qué autoridad del Ministerio Público o el juez, según el caso.

Si el Ministerio Público ejercita acción penal sin antes citar a la persona inculpada no obstante que en autos constaba su domicilio y, además, se cumplen los requisitos del primer párrafo de este artículo, el juez mandará aclarar el pedimento a fin de que el Ministerio Público cite a la persona inculpada para los efectos de la falta penal. Si la persona inculpada reconoce la falta y se cumplen las demás condiciones de procedencia, el Ministerio Público determinará el no-ejercicio de la acción penal. En caso contrario, el juez continuará la causa. El juez procederá de igual forma cuando quede firme la reclasificación de un delito constitutivo de falta penal, pero en este caso la vía de la falta penal se resolverá ante la propia autoridad judicial. En este caso la multa se entregará al Fondo para la Administración de Justicia.

Será revocable la falta penal y, en su caso, la determinación de no-ejercicio de la acción penal o el auto de sobreseimiento, cuando por cualquier causa se llegue a conceder la vía sin cumplirse con todos los requisitos para su procedencia, o porque luego aparezca que los hechos constituyen delito que amerita una pena mayor, o porque exista simulación o falsedad de la falta penal. En tales casos, se citará al inculcado a una audiencia ante el propio Ministerio Público o el juzgador, según correspondiera, quienes resolverán lo que proceda dentro de los cinco días siguientes. En los casos en que el juzgador deba resolver, éste procederá a petición del Ministerio Público, del ofendido, de la víctima o de los abogados de éstos. En el caso que se revoque el auto de sobreseimiento, el juez de oficio reiniciará la causa con base en la acción penal que antes la motivó.

²⁸⁵ ARTÍCULO 285. PROCEDENCIA DE LA VÍA DE FALTA PENAL. La Vía de Falta Penal procederá cuando concurren las condiciones siguientes: 1) Se trate de delito cuya pena máxima de prisión no exceda de tres años sin incluir atenuante que reduzca la sanción; 2) No se trate de delito que la ley excluya del beneficio procesal de penalidad alternativa; 3) El inculcado no se haya acogido a la Vía de Falta Penal en dos ocasiones respecto de las que aún no transcurran los términos de reiteración ficta a que se refiere el Código Penal con relación a los delitos que las motivaron; y 4) Hay por los menos indicio del cuerpo del delito y de la intervención del inculcado. Para ello será suficiente denuncia o querrela cuyos hechos los comprenda.

La Vía de Falta Penal también procederá cuando concurren varios delitos, pero sólo respecto de los que se satisfagan las condiciones del párrafo anterior.

El Ministerio Público verificará si se cumplen los requisitos de los párrafos anteriores. De ser así, citará a la persona inculpada a una audiencia. Al iniciar la audiencia, el Ministerio Público preguntará a la persona inculpada si antes se ha sometido a la Vía de Falta Penal y, en su caso, en cuántas ocasiones, cuándo, dónde y ante qué autoridad del Ministerio Público o el juez, según el caso.

Si el Ministerio Público ejercita acción penal sin antes citar a la persona inculpada no obstante que en autos constaba su domicilio y, además, se cumplen los requisitos del primer párrafo de este artículo, el juez mandará aclarar el pedimento a fin de que el Ministerio Público cite a la persona inculpada para los efectos de la falta penal. Si la persona inculpada reconoce la falta y se cumplen las demás condiciones de procedencia, el Ministerio Público determinará el no-ejercicio de la acción penal. En caso contrario, el juez continuará la causa. El juez procederá de igual forma cuando quede firme la reclasificación de un delito constitutivo de falta penal, pero en este caso la vía de la falta penal se resolverá ante la propia autoridad judicial. En este caso la multa se entregará al Fondo para la Administración de Justicia.

Será revocable la falta penal y, en su caso, la determinación de no-ejercicio de la acción penal o el auto de sobreseimiento, cuando por cualquier causa se llegue a conceder la vía sin cumplirse con todos los requisitos para su procedencia, o porque luego aparezca que los hechos constituyen delito que amerita una pena mayor, o porque exista simulación o falsedad de la falta penal. En tales casos, se citará al inculcado a una audiencia ante el propio Ministerio Público o el juzgador, según correspondiera, quienes resolverán lo que proceda dentro de los cinco días siguientes. En los casos en que el juzgador deba resolver, éste procederá a petición del Ministerio Público, del ofendido, de la víctima o de los abogados de éstos. En el caso que se revoque el auto de sobreseimiento, el juez de oficio reiniciará la causa con base en la acción penal que antes la motivó.

²⁸⁶ ARTÍCULO 286. AUDIENCIA POR FALTA PENAL. En la audiencia a que se refiere el párrafo tercero del artículo anterior, el Ministerio Público o, en su caso, el juez, le hará saber a petición de la persona inculpada la falta que se le atribuye y que si la reconoce sólo le impondrá el pago de una multa y, además, el pago de otra cantidad que resulte en concepto de pago preventivo para la reparación del daño, misma que se entregará al ofendido o víctima o, en su caso si no la recoge o se niega a recibirla, se depositará en el fondo para la Reparación del Daño en Vía de Falta Penal. Este Fondo quedará a cargo de la Secretaría de Finanzas.

falta queda sujeta a la obligación de reparar el daño, cuya liquidación, en caso de incumplir el pago voluntario, se puede pedir en un rápido incidente ante el juez penal; para que enseguida se pueda proceder al embargo y remate en vía de apremio ante un juez civil si aún no paga el obligado, imponiendo deberes al Ministerio Público para que haga las promociones conducentes.²⁸⁴

Claro que ha de hacerse un estudio de cada delito —de acuerdo con su realidad jurídica y social— dentro de los que puedan reasignarse como faltas penales y queden comprendidos en aquella amplia fórmula de pena legal máxima de tres años de prisión. Para ver si el particular delito debe permanecer sujeto al sistema de falta penal o excluirse de él; esto es, con base en consideraciones valorativas, sociales y funcionales preventivas de la realidad jurídica que ameriten su no-inclusión. Porque un sistema así debe respetar mínimamente el carácter preventivo del poder penal. Pero que el Derecho Penal concibe sólo como instrumento que promueve

Asimismo, el Ministerio Público informará a la persona inculpada que si se acoge a la Vía de Falta Penal se procederá de la manera siguiente: 1) La multa se podrá fijar en dos terceras partes del máximo de multa si la pena de prisión no excede de un año; 2) El monto del pago preventivo de la reparación del daño se fijará: a) En forma estimada por el Ministerio Público con base en lo probado en las constancias de autos; o, b) Cuando no haya prueba en autos del daño se fijará una cantidad igual a la multa; 3) Se prescindirá de cualquier otra sanción que la ley penal señale al delito, salvo la reparación del daño, a la que quedará obligada al aceptar la falta; 4) La falta no se considerará como antecedente penal; 5) El pago de la multa y el pago preventivo para la reparación del daño, junto con las demás condiciones de procedencia de la falta penal, impedirán que el Ministerio Público ejercite en contra de aquél la acción penal por el hecho presuntamente delictivo que se le atribuye y será motivo para determinar el no-ejercicio de la acción penal o en su caso el sobreseimiento.

La Procuraduría General de Justicia establecerá las normas generales para determinar en forma interna un catálogo de multas para las faltas penales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 100 del código penal.

Si la persona inculpada se ha acogido antes a la Vía de Falta Penal por una vez sin que aún transcurran los términos para la reiteración de la acción que se refiere el Código Penal, podrá acogerse por última ocasión a aquella, pero se duplicará tanto la multa como el pago preventivo por reparación del daño cuando éste se fije por cantidad igual a la multa.

²⁸⁴ Así, el citado artículo 266 continúa a partir de su párrafo sexto, con el tenor literal siguiente: **LA NO-EFECTUACIÓN DEL PAGO PREVENTIVO PARA LA REPARACIÓN DEL DAÑO.** Si el ofendido o la víctima no acepta el pago, o si transcurrido el plazo que señala la fracción anterior, no recoge el billete de depósito sin motivo justificado, de inmediato el propio agente del Ministerio Público, endosando el billete a favor del Fondo para la Reparación del Daño en Vía de Falta Penal, lo enviará a la autoridad que maneje el Fondo. Esta autoridad, con igual rapidez, acreditará en el Fondo el importe del billete.

LA VÍA JUDICIAL PENAL PARA HACER EFECTIVA LA REPARACIÓN DEL DAÑO CON CARGO AL FONDO. Sólo procederá la vía judicial para hacer efectiva la reparación del daño con cargo al Fondo para la Reparación del Daño en Vía de Falta Penal, en los casos siguientes: 1) Cuando el ofendido o la víctima estimen insuficiente el pago preventivo para reparar el daño; ó 2) Cuando el inculcado pague la multa, pero no haya hecho el pago preventivo para la reparación del daño dentro del plazo correspondiente.

En estos casos sin que sea necesario agotar las instancias del proceso y a petición del ofendido o víctima, el Ministerio Público tendrá el deber de desahogar los medios de prueba relativos al monto del daño y de acudir ante el juez penal acompañando aquéllos y la constancia del reconocimiento de la falta penal, promoviendo el incidente de liquidación en vía de ejecución que prevé el artículo 710. El ofendido o víctima podrán promover directamente ante el juzgador penal tal incidente de liquidación, acompañando copia certificada de las constancias anteriores y sólo en este caso cesará el deber a cargo del Ministerio Público de promover el incidente que aquéllos le hubiesen solicitado. Este derecho precluirá si el ofendido o víctima o, en su caso, el Ministerio Público no lo ejerce dentro de los treinta días siguientes a partir del día en que el ajuel fije la multa, y el pago preventivo que corresponda.

Fijada en el incidente la cantidad a pagar, la orden de pago del juzgador se hará efectiva por los interesados en el Fondo para la Reparación del Daño en Vía de Falta Penal, pagándose de inmediato. Si el Fondo no cuenta con recursos suficientes, en el mismo momento que se quiera hacer efectiva la cantidad a pagar, la autoridad que deba hacer el pago, registrará el día y la hora, tomará los datos del interesado y le dará constancia de lo anterior, con el fin de que se le haga el pago, en orden de prelación, tan pronto el Fondo cuente con recursos bastantes para ello. De estos recursos, de inmediato se reservará la cantidad a pagar, avisando con la misma prontitud al interesado para que la recoja dentro de los diez días siguientes de que se le dé aviso de la reserva a su favor.

BASES GENERALES DEL FONDO PARA LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN VÍA DE FALTA PENAL. El Fondo para la Reparación del Daño en Vía de Falta Penal se sujetará a las bases siguientes: 1) La orden de pago de la reparación del daño con cargo al Fondo a favor del ofendido o víctima, no podrá exceder del equivalente ciento cincuenta días de salario mínimo general vigente en la capital del Estado. Si el pago resulta insuficiente, el ofendido o víctima deberá proceder conforme a la fracción siguiente; 2) La autoridad procederá a hacer las reservas en orden de preferencia temporal, según el día y hora en los que a cada interesado le dio constancia correspondiente. Si aquél no la recoge dentro del plazo a que se refiere la fracción anterior, perderá su derecho de preferencia y los recursos se liberarán para otro pago pero la persona que perdió su derecho de preferencia podrá presentarse de nuevo para que se le expida de inmediato otra constancia, a partir de la cual volverá a tener derecho de preferencia procediéndose de acuerdo con la fracción anterior; 3) Los ofendidos o víctimas que ante el agente del Ministerio Público no hubieren recogido dentro del plazo el billete de depósito a su favor en concepto de pago preventivo para la reparación del daño y el mismo ya se hubiere enviado al Fondo para la Reparación del Daño en Vía de Falta Penal, podrán pedir al Ministerio Público o juez que conoció, requiera el pago del importe de aquél a la autoridad encargada del Fondo, la que pagará de acuerdo con lo que se previene para las ordenes de pago de los juzgadores.

LA VÍA JUDICIAL CIVIL PARA HACER EFECTIVA LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL PATRIMONIO DEL RESPONSABLE. Lo previsto en las fracciones precedentes no será impedimento para que el Ministerio Público, con base en la resolución judicial de liquidación que fije el monto de la reparación del daño, deba promover que la misma se haga efectiva en el patrimonio del responsable, directamente en la vía de apremio ante juez civil. Los jueces civiles estarán obligados a tramitar la vía de apremio en cualquier caso que se les presente resolución de liquidación por concepto de reparación del daño. El ofendido o víctima podrán promover directamente la vía de apremio ante los jueces civiles acompañando la resolución judicial de liquidación, en cuyo caso, cesará el deber del Ministerio Público de promoverla.

X. LA SIMULACIÓN O FALSEDAD DE LA FALTA PENAL. Existirá simulación o falsedad de la falta penal cuando el ofendido o víctima del delito se beneficien o realicen actos tendientes a beneficiarse indebidamente del pago preventivo de la reparación del daño a cargo del Fondo para la Reparación del Daño en Vía de Falta Penal. En estos casos, el Ministerio Público dictará las medidas que estime necesarias para prevenir o evitar la simulación o falsedad, sin perjuicio de las diligencias que lleve a cabo por la probable comisión de los delitos que resulten.

ARTÍCULO 268. NO-RECONOCIMIENTO DE FALTA PENAL. Cuando en la audiencia respectiva la persona inculpada no reconozca expresamente la falta, el Ministerio Público dará por concluida la audiencia y continuará la averiguación previa, sin perjuicio de que enseguida le tome su declaración a la persona inculpada, para la cual, aquél procederá con todas las formalidades legales. El Ministerio Público también continuará con la averiguación previa cuando la persona inculpada omita pagar la multa o no haga el pago preventivo en el plazo correspondiente. En cualquiera de esos casos, la persona inculpada ya no podrá acogerse después a la Vía de Falta Penal respecto a los hechos que motivan la averiguación.

la vida pacífica y el respeto a los bienes jurídicos vitales de los demás dentro de los límites del estado democrático. Sin que a tal sistema alterno se le deba convertir en factor que avalara conductas francas y ostensiblemente lesivas y prohibidas agravando la violencia en vez de disminuirla. Mas esa reflexión debe igualmente someterse a crítica si se le pretendiese hacer válida como argumento general que se oponga a la adopción de tal vía y medidas penales alternativas para cualquier delito. Y porque —como ya se vio²⁸⁷ y más adelante se verá— las amenazas de punición que nunca se cumplen y cuyas conminaciones sólo constituyen espejismos de justicia, son las que también favorecen la criminalidad y la infuncionalidad del sistema penal. Asimismo, se ha tener en mente que muchos delitos leves —por su naturaleza o en ciertas circunstancias— son difícilmente repetibles. O por sus especiales incidencias muestran de hecho un alto grado de tolerancia social o de las mismas agencias del Estado, a grado tal que la misma medida penal de prisión se ha mostrado inidónea o ineficaz, tan desde el punto de vista preventivo general, como del especial. Por lo que respecto de ellos sí pudiera ser aconsejable su inserción en un sistema penal alternativo. Ejemplos: El aborto consentido y los de daños o lesiones leves culposos no agravados. En diverso contexto pero con razones igualmente válidas, muchos delitos contra el Estado o la sociedad por ofensas de carácter leve no solo se les podría estimar no sujetos a la medida cautelar de prisión preventiva, sino, además, con la posibilidad de acceder al sistema de faltas penales.

Sobre las implicaciones del sistema alterno de «faltas penales» que se adoptó en Coahuila, es importante hacer algunas precisiones.

Adelanto por lo pronto mi punto de vista: Lejos de que ese sistema transgreda a la carta fundamental, la respeta y la confirma en su espíritu democrático. Él combate a la impunidad que en la práctica se da para los delitos leves. Y, además, facilita que se dé una justicia pronta, expedita y racional. Una justicia benéfica, con respeto a la dignidad humana de inculpados y ofendidos, a los intereses de la sociedad, a las garantías individuales y a los fines que el artículo 18 C. asigna al sistema penal. En pocas palabras, el sistema de faltas penales acude a una «tercera vía» que hace posible una justicia pronta y el fin de la incorporación social responsable del inculpadado, respetando los intereses de la sociedad y las garantías individuales y, aún así, sin la necesidad del proceso penal.

Ello es así porque el sistema de faltas penales permite la suma de las ventajas siguientes: **a)** Favorece una justicia pronta y expedita a través de la reparación del daño que sea posible. **b)** Permite así al ofendido o víctima el alcance rápido a la reparación del daño. **c)** Hace efectivo el principio de reserva del Derecho Penal, pues evita criminalizar a las personas por conductas no graves. **d)** Admite que se aplique un medio «alterno» a los tradicionales, de los que ya se probó su dilación, complicación e ineficacia en esos casos, accediendo así a la funcionalidad del sistema penal. **e)** Posibilita que se destinen a casos más importantes los siempre exiguos recursos para la procuración y la impartición de justicia —por las averiguaciones previas y los procesos que se pueden evitar—. **f)** Aumenta la capacidad de respuesta del Ministerio Público para los casos de delitos realmente graves. **g)** Se inserta en el principio de intervención mínima del Derecho Penal a través de la «tercera vía» que —mediante multa y el pago preventivo de la reparación del daño y la obligación de cubrir algún excedente— procura la paz con el máximo beneficio social y la mínima violencia posibles. Y **h)** Hace eficaz la garantía de un sistema penal cuyo fin sea la readaptación social en un amplio sentido.

²⁸⁷ infra, ver al respecto el número III de la INTRODUCCIÓN.

Sin embargo, el sistema de faltas penales muy pronto enfrentó críticas por parte de cierto sector —del más alto nivel del mismo aparato estatal de procuración de justicia— que propuso su derogación. Las que, sin embargo, motivaron interesantes reflexiones que tendieron más a enriquecer ese sistema que a oponerse a él. En ese sendero crítico surgieron las propuestas de reforma de 2001-2002. Tres ideas que podían fortalecer ese sistema y las cuales dieron fruto y precisaré al examinar las principales objeciones que hasta ahora se le han hecho a la institución nueva que nos ocupa.

1) Así, se dice que el sistema de faltas penales es anticonstitucional porque el Ministerio Público no puede ser juez y parte. Y porque sólo compete a los jueces imponer las penas. Además, se arguye, es incomprensible cómo la mera voluntad del mismo inculpado pueda ser capaz de transformar un delito en mera falta. Mas estas críticas se basan en dos falacias. La primera: De que la aplicación del sistema de faltas penales presupone la existencia de un delito. Y, la segunda: De que el sistema de faltas penales sería un proceso en el que la multa se impone por virtud de un delito. Es decir, en el que hay acusación, defensa, juicio y condena por un delito, con base en la cual se aplica coactivamente la multa. Todo ello es falso. Porque la vía de falta penal es una diligencia del Ministerio Público en la que éste actúa como autoridad administrativa y en la que el inculpado se acoge de manera voluntaria a dicha vía. Por lo tanto, si bien es verdad que tal vía tiene su origen en la imputación de un hecho que la ley prevé como delito; es igual de cierto que en ella ninguna autoridad declara tal hecho como delito. Ni tampoco podría hacerlo, dado que tal sistema alterno se prevé primordialmente para la fase inicial de la averiguación previa. Por lo demás, la multa que se aplica es previamente consentida por el inculpado. Y las autoridades administrativas pueden aplicar multas. De no ser así, no sólo estas sino todas las multas que aquellas aplican serían inconstitucionales. Y aunque también se aduce que el sistema penal favorece que sea más expeditiva esa vía alterna, al negarle al inculpado las garantías procesales que la carta fundamental le brinda. Empero, ello sólo sería cierto si la falta penal se le impusiera al inculpado sin dejarle otra alternativa. Pero es el caso que esa vía es procedente nada más si es el mismo inculpado quien opta por ella voluntaria y libremente.

2) Igualmente se afirma que el sistema de faltas penales es inconstitucional porque sólo compete a las autoridades municipales aplicar multas por concepto de "faltas". Empero, el razonamiento es inválido por incompleto. Porque —según el artículo 21 C.— a las autoridades municipales les incumbe aplicar multas solo por las faltas "que prevén los bandos de policía y buen gobierno". Pero no les corresponde imponerles por conductas que el código penal prevé como delitos y que por disposición de la misma ley —y no por la mera voluntad del inculpado por cierto—, respecto a su imputación en una denuncia sólo se pueden considerar faltas en aquellas condiciones. Asimismo, se objeta en ruta contraria que era mejor dejar la sanción de esas conductas para aquellos bandos municipales. Pero con ello se pasa por alto que se renunciaría a resolver el problema principal: el de la reparación del daño. Respecto de este punto, el sistema de faltas penales provee de inmediato al Ministerio Público y al ofendido de una herramienta jurídica para que en forma expedita y tiempo breve se declare su cuantía que permita hacerlo efectivo en la medida de lo posible. En vez de que la víctima tenga que esperar años por una eventual condena, previo el debido proceso legal. Con lo cual se evita

que al ofendido se le vuelva, además, en una víctima del proceso. Por otro lado, se parece olvidar que no sería ya facultad del congreso sino de los municipios —que no son pocos en casi todos los estados— el decidir qué conductas —de las que se despenalizarían— se considerarían como “faltas”. Así mismo, se pasa por alto el hecho de que en la gran mayoría de los municipios se carece de los medios necesarios para instrumentar correctamente la justicia municipal. Y, por último, pareciera ignorarse que el pretender en el estadio actual derogar todos los delitos que en Coahuila comprende el sistema de «faltas penales», muy bien se habría quedado en otra aspiración frustrada. El paso legislativo, pues, tal vez sea insuficiente en abstracto para ciertos casos. Empero, es el mejor posible de acuerdo a la realidad —aunque la ley siempre es mejorable—.

3) También se alega que el sistema de faltas penales propicia la impunidad. Pero la crítica vuelve a ser corta de vista. Ya que el sistema de faltas penales consigue que se aplique desde luego una multa y da acceso inmediato al ofendido o víctima para que se le pueda reparar el daño. ¿Además, qué medio alternativo se propone para darle al ofendido o víctima un rápido y sencillo acceso a la reparación del daño? : Ninguno. ¿Y que acaso la reparación del daño no consigue compensarlo y con ello hacerse justicia? Pero he aquí la primera propuesta que motivó ya una reforma a tal sistema: El sistema originalmente daba preferencia a la multa sobre la reparación del daño. ¿Por qué entonces no se intercambiaba esa prevalencia en beneficio de los ofendidos y víctimas? Esto es, que de la cantidad que fijara el Ministerio Público de acuerdo a los parámetros que señala la ley para la multa actual, el mismo Ministerio Público fijara un pago preventivo inmediato para la reparación del daño, sin perjuicio de que el Ministerio Público “deba” —y no sólo “pudiera”, como originalmente decía la ley— promover el incidente de liquidación si resta algún saldo insoluto y de que en caso de impago promueva también la vía de apremio. Un estudio de campo que hizo la Universidad Autónoma de la Laguna en la ciudad de Torreón, Coahuila, evidenció que en más del 80% de los casos que se ventilaban por la vía de faltas penales, la multa que se imponía habría sido suficiente para cubrir la reparación del daño.²⁹⁸ En tal sentido se apunta ahora el texto de la reforma aprobada por el congreso coahuilense el 30 de abril de 2002. Pero es más —y he aquí otra propuesta que se tradujo en esa reforma—: que si no hay ofendido o víctima a los que se les repare el daño, o bien no hay daño que reparar, el importe que se cubra se destine a un fondo en favor de los ofendidos y víctimas de delitos. Al actual Fondo para el Mejoramiento de la Procuración de Justicia de Coahuila que se genera con las multas que provienen de ese sistema, se le añade así otro fondo igualmente valioso: El Fondo a Favor de los Ofendidos y Víctimas de Delitos.²⁹⁹ El que se constituye para pagar esos saldos insolutos en orden de prelación, según el tiempo de las liquidaciones que fijen los jueces en el incidente que deberá promover el Ministerio Público y hasta donde alcancen los recursos del fondo que se generan con las multas y los montos exhibidos de reparación del daño no reclamados por ofendidos o víctimas.

Sin embargo, el dejar sin más la procedencia de la vía a la obligación de que se repare el daño estimado, sin importar las posibilidades del imputado, equivale a condicionar la descriminalización a un mero factor

²⁹⁸ Según información verbal del catedrático Agustín Yáñez Castruita, que me proporcionó en entrevista durante el mes de noviembre de 2000, en su carácter de Coordinador de la Licenciatura en Derecho de la U. A. L., Torreón, Coahuila, México.

²⁹⁹ Ese Fondo a favor de las Víctimas del delito también se crea por el artículo 41 del CPDF, pero el mismo código sujeta a su vez su operación a “...los términos de la legislación correspondiente”. La cual debió expedirse durante el mes de septiembre de 2002 de acuerdo con el artículo TERCERO Transitorio del nuevo CPDF.

económico, cancelando así las posibilidades de muchas personas de exiguos recursos. Lo cual es incongruente con la postura que adopta el mismo CPC respecto a la concesión de la condena condicional y los sustitutivos penales donde sí se toma en cuenta esa imposibilidad para que no sea obstáculo —en esos casos— la procedencia de esos derechos.²⁹⁰ Además, aquella dirección va en desdoro de la garantía de igualdad, al desconocerse las diferencias que refleja nuestra realidad social y no proveer, por ende, un mecanismo de equidad que evite que esas desigualdades se reflejen en un trato discriminatorio, al dejarse la procedencia del sistema sólo en manos de quienes puedan pagar. Debiese importar así que el imputado hiciese realmente su esfuerzo —de acuerdo con sus posibilidades— de reparar el daño. Para que así se respeten las garantías de igualdad y de readaptación social, se evite el riesgo de castigar la pobreza y no se desconozca la máxima de que a lo imposible nadie está obligado. Sin lo cual no se puede impedir un fuerte tufo retribucionista, carente de visión, de sentido racional y sin que en esos casos nada resuelva. Porque intentar remediar el mal con otro mal, no es más, ni menos, que doblar el mal. Pero de ninguna manera otro mal puede compensar el anterior. Porque a final de cuentas, en esos eventos la víctima se queda sin que se le repare el daño aunque sea parcialmente. Y se procesaría a quién bien podría haber evidenciado su esfuerzo de reparar el daño en lo que le fuere posible dándose así validez al postulado de una socialización responsable. Quedaría así sin solucionarse —o al menos modificarse— el conflicto —a través de la mínima violencia al desviado y la máxima protección posible al no desviado—. Y porque, asimismo, una solución así va en demérito de una medida de política criminal que debiere atender a los fines de resocialización responsable que nuestro artículo 18 C. asigna como garantía al 'sistema penal'.²⁹¹

4) Igualmente, se aduce que el sistema de faltas penales propicia la reincidencia. En otras palabras, que carece de efectos preventivos generales. Pero la crítica carece de sustento, porque es bastante dudoso que así pase si se toma en cuenta los casos en los que procede la falta penal. Por ejemplo, sería interesante saber, ¿cuántas averiguaciones y procesos por ese tipo de casos se llevaron con el sistema anterior —antes del año 2000— en los últimos diez años, en los que se ejecutó una pena de prisión y con ello se evitó la reincidencia? Y respecto de los que no se ejecutó esa pena por sustituirse o suspenderla por libertad vigilada o multa, ¿en cuántos de ellos hubo reincidencia en un amplio sentido? ¿Será razonable pensar que si alguien incurre en delito culposo y después de que paga multa y se le obliga a reparar el daño, ello le facilite que reincida? Porque de ser así, entonces también sería más que razonable pensar que aquella persona reincidirá con más facilidad, si ni siquiera se ve precisada a pagar una multa y pago preventivo de la reparación del daño y sabe que podrá retrasar hasta por años la condena a la reparación; e incluso que la podría evitar. Pues todo eso era lo que precisamente sucedía con el sistema anterior; es decir, con el sistema penal tradicional y que todos conocemos. No se trata pues de simular justicia, sino de lograrla prontamente en el marco constitucional de los fines de nuestro estado de derecho.

²⁹⁰ Ver al respecto el artículo 87 del CPC.

²⁹¹ La condición de la reparación del daño o de la garantía de su reparación también se establece para la procedencia de los sustitutivos, la condena condicional y derechos de libertad anticipada durante la ejecución de la pena de prisión, al igual que para la libertad preparatoria y la remisión parcial de la pena en el CPF y el CPDF. La postura de la legislación costarricense es menos severa y más racional en esos aspectos. Por una parte, el CPC sujeta la procedencia de los sustitutivos y de la condena condicional a tal condición, pero ella se podrá cumplir en libertad en los plazos que autorice el juez y sólo será motivo de revocación de la condena condicional y los sustitutivos cuando se dé el impago de la reparación y el inculpaado esté en posibilidad de cubrirlo. Por el otro, la *Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Restrictivas de la Libertad del Estado de Costa Rica* no consigna ese requisito para que actualicen los derechos de libertad anticipada, remisión parcial de la pena y libertad preparatoria.

5) ¿Pero qué decir acerca de la pena de prisión en esos casos de faltas penales? ¿Pues qué acaso no se le podría imponer aquella al inculcado mediante un proceso? Así —se estima— que el sistema de «faltas penales» presenta el inconveniente de evitar la pena de prisión y de que se haga justicia. Sin embargo, la crítica vuelve a incurrir en miopía y sólo genera un “espejismo” de esa pretendida y supuesta justicia. Pues de no existir el sistema de faltas penales y si se volviera al sistema anterior, el inculcado tampoco sufriría esa pena de prisión. Pues tan en el sistema anterior como en el actual, esa pena de prisión de ordinario se suspende —y no se ejecuta— pues se conmuta por multa o libertad vigilada. En efecto, a un buen entendedor no escapa en lo absoluto que en esos casos, si el delito es de penalidad alternativa o con una pena legal máxima de prisión de escasa cuantía —que es una de las condiciones para que se le pueda considerar como falta penal— aquél no ameritará prisión preventiva; y, además, que por ser exigua la pena legal máxima de prisión, de ordinario procederá la condena condicional cualquiera que sea la pena judicial que se imponga. Cabe mencionar que la aplicación de la libertad vigilada en vez de la pena de prisión —a través de la condena condicional— está vigente en todos los códigos penales de la república mexicana. Y que la condena condicional data desde 1871 en el Código Penal de Martínez de Castro. Por lo tanto, lo único que habría conseguido la proposición de la contrarreforma que se intentó con el aliento de ciertos altos sectores oficiales de la procuración de justicia, en el sentido de que se derogara el sistema de «faltas penales —y la cual afortunadamente se frustró en Coahuila— sería volver a empeorar las cosas. Al retrasar por años en esos casos la reparación del daño al ofendido; con lo cual —se repite— a la víctima se le vuelve también rehén del proceso. Además, se volverían a criminalizar sin necesidad conductas no graves. También se regresaría a aumentar la carga de trabajo del Ministerio Público y la de los juzgados, de la cual, las propias autoridades reconocieron que había miles de ordenes de aprehensión pendientes de resolver y de cumplir.²⁸² Y todo ello para conseguir ¡nada! Si no es que agravar la disfuncionalidad del sistema penal. ¿O qué por ventura se trataría sin más de criminalizar conductas no graves como si fueran delitos graves? ¿Y de que a esas personas se les impusiera sin más penas de prisión que debieren necesariamente cumplir? Si así fuera, el signo autoritario sería ineludible. Sin otro motivo y fin, mas que el de un retribucionismo miope e irracional. Y con un criterio de prevención igual de insensato. Además, significaría un muy peligroso vuelco de política criminal, sería otorgarle al Estado carta blanca para que ejerza el poder punitivo. Porque de continuarse con esa tendencia, mucho antes que tarde sería un poder que se volvería contra la sociedad. Se hacinaría más gente en las ya atestadas cárceles. Se propiciaría la desintegración familiar. Y se le devolverían a la comunidad personas con la contaminación criminógena de las prisiones y con la mácula injusta de delincuentes. Nadie saldría ganando. Ni la sociedad, ni el ofendido, ni la justicia. Y mucho menos el espíritu de la Constitución por el que se aspira a un estado de derecho o democrático.

²⁸²En comparecencia del 29 de octubre de 2002 ante el Congreso del Estado de Coahuila con motivo de la glosa del tercer informe de gobierno, el *Procurador General de Justicia del Estado* manifestó que al inicio del año 2000 había más de 5,500 ordenes de aprehensión pendientes de ejecutar, sin contar las que estaban pendientes de resolver en los juzgados penales del Estado, mientras que a casi tres años después, aquél número se había reducido en más del 50%. (*Dirección de Asuntos Parlamentarios del Congreso del Estado*; Palacio Legislativo; Saltillo, Coahuila, México, octubre de 2002.) Por su parte, en el Informe Anual de labores del Poder Judicial del Estado de Coahuila, se revela que a noviembre de 2002 había sólo 163 ordenes pendientes de resolver en los juzgados penales del Estado. (*Boletín de Información Judicial* número 7, julio-diciembre 2002, Año III, Poder Judicial del Estado de Coahuila de Zaragoza; Saltillo, Coahuila, México, diciembre de 2002, p. 67.)

Aunque toda ley es y será siempre perfectible y sí cabe admitir —con ciertos «límites»²⁸³— que la reiteración sea impedimento para acceder al sistema de faltas penales. Incluso, que en los casos de habitualidad no cupiese después beneficio alguno en la sentencia y que la persona deba sufrir necesariamente la pena de prisión —o parte de ella— que se llegue a imponer previo el debido proceso penal. Porque la necesidad social de esa sanción en aquellos supuestos deviene de la probada insuficiencia de la medida alterna de prevención especial y de las ineludibles exigencias de la prevención general que en esos casos se derivan para el habitual. Empero, el que el habitual debiere cumplir con una pena corta de prisión en tales condiciones no tiene porque volver forzosamente nugatoria su garantía de readaptación social. Por lo tanto, durante la ejecución el sentenciado debe poder acceder a aquélla, aunque sólo sea limitadamente a través de ciertos institutos, como la remisión parcial de la pena o equivalentes que se sustenten en el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación de acuerdo con el artículo 18 C.

2. La querrela y el perdón del ofendido como causas de extinción de la acción penal en la perspectiva del principio de intervención mínima. La querrela y el perdón del ofendido —como límites al ejercicio de la acción penal y de la jurisdicción— surgieron por razones político-criminales distintas a las que animan al principio de reserva del Derecho Penal. Como lo fue y es la protección a la privacidad y dolor de la víctima —entre otras consideraciones— para ciertos delitos como el estupro, atentados al pudor —no violentos—, abuso de confianza etc. Mas esas razones no son ahora las únicas en las que se sustentan aquellos límites con relación a otros muchos delitos.

En la perspectiva del principio de intervención mínima —aunque con un discurso diferente— surgió en parte la fundamentación político-criminal de la querrela del ofendido como condición de persecución de ciertos delitos culposos con motivo del tránsito de vehículos, a los cuales ahora se les suma un número importante de delitos contra el patrimonio en el CPF, el CPDF y el CPC. En lo que se refiere a la persecución de los delitos culposos, sabido es que cuando aquellos se cometen con motivo del tránsito de vehículos se estableció a la querrela como condición de procedibilidad en gran parte de los códigos penales. Tal fue el caso de Coahuila, pues el CPC condicionó la persecución de dichos ilícitos a la formulación de la querrela cuando el conductor no se hubiere encontrado bajo el influjo del alcohol, estupefacientes u otras sustancias análogas. Al fundamentar esos cambios se dijo que la experiencia cotidiana enseña que un cúmulo de procedimientos que se tramitan ante las agencias del Ministerio Público, tiene como origen conductas imprudentes que culminan en el resultado típico del daño y la lesión.²⁸⁴ Y que, en incontables ocasiones, lo que más interesa a la parte ofendida es la reparación del daño que sufrió. Las consideraciones anteriores, aunadas a otras que se conectan a la fluidez en la administración de justicia y la de impedir la «fabricación de delincuentes», motivó para que ciertas lesiones o daños culposos por tránsito de vehículos solo se persigan de oficio cuando se deja en estado de abandono al ofendido; o el conductor se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias análogas. Como Sergio García Ramírez lo afirmó en su oportunidad: (...) si bien es cierto que un criterio rigorista pudiera objetar el retorno de estas conductas de la esfera de la pura y sola represión pública,

²⁸³ Los relativos a los términos que prevé la ley para que la reiteración de delitos sea impedimento para tener ciertos derechos.

²⁸⁴ Exposición de Motivos de la reforma cit. por Sergio García Ramírez, en *La Reforma Penal de 1971*, Editorial Botas, México, 1972, p. 9.

en estricto sentido, a la de los llamados delitos privados, aparejándose de tal suerte una privatización más en el ámbito del Derecho Penal; también lo es que, en mérito de las consideraciones arriba expuestas no parece haber razón en las demasiado radicales medidas punitivas fijadas para los casos que ahora nos ocupan.²⁸⁵ Se pensó, igualmente, que esa medida podía acarrear una más rápida y expedita —y, por ello, principalmente benéfica— reparación de los daños que se causen con tales conductas imprudentes. (...) Ello resulta —nos dice el tratadista mencionado— en prohijar tácitamente el entendimiento entre el heridor y herido; dejándose a un lado, de este modo, el difícil camino que conduce por la vía penal, a la reparación del daño”.²⁸⁶ En Coahuila se fue más allá. Pues en la Exposición de Motivos del nuevo CPC se consideró que: (...) la experiencia demuestra con motivo del tránsito de vehículos y otros casos similares, que las víctimas pueden ser parientes cercanos y allegados al agente de la conducta culposa. En estos eventos, el instaurar un juicio penal en contra del homicida imprudencial del padre, de la madre, del hijo o de la hija, de la esposa, de la hermana o del hermano, del primo o del cuñado, etcétera; incuestionablemente origina más daño social del que ya se produjo. Cuenta habida que al natural sufrimiento por la pérdida del ser querido se suma un proceso punitivo que bien puede redundar en la desintegración y desamparo de la familia.²⁸⁷

Ante tal panorama, en el CPC se da un trato jurídico diverso a este tipo de lamentables hechos. Por una parte, tratándose de homicidio culposo que cometa el conductor de un vehículo y lo sujetos pasivos resulten ser parientes consanguíneos en línea colateral hasta el cuarto grado del inculpado, sólo se perseguirá por querrela de los parientes más cercanos o de sus representantes legítimos. Por otro lado, se exime de sanción penal al sujeto activo cuando el pasivo sea descendiente, ascendiente, adoptante o adoptado, cónyuge, concubina o concubinario, o hermano del conductor. Pero en ambas hipótesis se condiciona a que el autor, al momento de la realización del hecho, no se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes u otras sustancias que produzcan efectos análogos y no hubiese abandonado a la víctima, pues en tal evento no operará la excusa y el ilícito se perseguirá de oficio. Postura que ahora asume el artículo 139 del nuevo CPDF. En los últimos casos, parece ser que el legislador estimó que el conducir un vehículo en estado de intoxicación revela desprecio a las normas de cuidado y convivencia. Las que incluso se deben extremar cuando se tripula un vehículo ocupado por otras personas y más si son de la familia del conductor. De esa manera, pareciere ser que prevalecieron los factores preventivos de carácter negativo. Cabe mencionar, empero, que a partir de las reformas al CPF de 1993 —al igual que en el CPC de 1999 y el CPDF de 2002—, la querrela como condición de procedibilidad de la acción penal y limite a la jurisdicción, así como el perdón en esos delitos perseguibles por querrela, como motivo de extinción de la acción penal, se amplió a un número importante de delitos dolosos contra el patrimonio de las personas y a otros grupos de delitos.

Mas la tercera vía de un Derecho penal alternativo sigue ampliando sus horizontes. Veamos.

3. La “conciliación” en ciertos delitos como vía alterna que extingue la acción penal. Es importante reparar en la “conciliación” —que también establece el nuevo CPPC— como camino en sí mismo alternativo

²⁸⁵ Sergio García Ramírez, *La Reforma Penal de 1977*, p. 11.

²⁸⁶ *Idem*, pp. 11 y 12.

²⁸⁷ *Exposición de Motivos del nuevo CPC*, Apdo. II, p. 193.

del proceso y de las penas que afectan la libertad. Así, el artículo 5° del CPPC prevé con relación a la "conciliación" que (...) *el Ministerio Público podrá promover la conciliación entre el ofendido, víctima e inculpado en los delitos que sólo se persiguen previa querrela y en los perseguibles de oficio en los que el código penal autorice el inejercicio de la acción penal por perdón del ofendido o acto equivalente.*²⁹⁶ A su vez la fracción V del artículo 8° del mismo código señala que: (...) *El Ministerio Público determinará el no-ejercicio de la acción penal o se desistirá de ésta, según corresponda, cuando se cumpla el convenio de conciliación antes o después de iniciar la averiguación previa, en los casos que este código prevé.* Y el artículo 196 del citado ordenamiento dispone que: (...) *Antes de iniciar la averiguación o durante ésta y sin perjuicio de las primeras medidas, el Ministerio Público tratará de conciliar al ofendido, víctima e inculpado en los delitos que sólo se persiguen previa querrela y en los perseguibles de oficio que el código penal autorice el inejercicio de la acción penal por perdón del ofendido o reparación del daño. La conciliación a que se llegue será motivo para que se suspenda la averiguación previa y la prescripción de la acción penal. Para que la conciliación pueda ser motivo de extinción de la acción penal, será necesario que el convenio se cumpla o se formule perdón del ofendido. El incumplimiento del convenio dará lugar a que se inicie la averiguación o que ésta continúe.*

Sin embargo, el CFPP y el CPPDF no siguen tal ruta. Así, el artículo 271 del CPPDF autoriza los convenios entre el inculpado y la víctima o el ofendido y sus causahabientes en los delitos que sean competencia de los jueces de paz o cuando siendo de los juzgados penales, el delito no exceda de una pena máxima de cinco años de prisión,... ¡pero sólo como forma de eximirse de la retención por flagrancia! Mientras que la fracción X del artículo 2° del CFPP autoriza al Ministerio Público Federal a promover la conciliación entre... ¿las partes?... sólo cuando ella proceda. Mas el mismo CFPP... ¡no prevé cuándo es procedente la conciliación! ¡Ni tampoco señala qué efectos produciría!

4. La reparación del daño y el perdón del ofendido en ciertos delitos no graves perseguibles de oficio como vías alternas que extinguen la acción penal. Por otro lado, cuando en 1991 Claus Roxin publicó el tomo I de su obra de Derecho Penal planteó en ella a la reparación del daño como «tercera vía» del Derecho Penal. Y señaló que en los últimos años en Alemania se discutió vivamente la cuestión y se estudiaban proyectos modelo de la reparación del daño como sanción novedosa frente a las penas y medidas de seguridad, lo que podía dar lugar a esa «tercera vía» del Derecho Penal. Pues con ello se sirve más a los intereses de las víctimas que con una pena privativa de la libertad o de multa, que a menudo realmente frustran una reparación del daño por el autor. Y destacó, además, que investigaciones empíricas también han demostrado que en casos de pequeña o mediana criminalidad, la víctima y la comunidad otorgan nulo o escaso valor a un castigo adicional del autor ante la reparación del daño en la forma de una composición autor-víctima. De aquí que el prestigiado autor alemán proponga que en ciertos casos se permita prescindir de la pena, remitirla parcialmente o atenuarla obligatoriamente. Igualmente, el que se incluya en la misma ley penal

²⁹⁶ Estos delitos perseguibles de oficio en los que cabe la extinción de la acción penal por perdón, reparación del daño o confesión, son los que no sean graves, no se cometan contra menor de 12 años de edad, no se cometan con la intervención de servidor público con motivo o en ejercicio de sus funciones y no se trate de reiteración delictiva real o ficta. (Artículo 155 del CPC.)

a la misma reparación del daño dentro del sistema jurídico-penal de sanciones.²⁹⁹ Asimismo, en este mismo capítulo ya di cuenta del "Proyecto alternativo sobre Reparación Penal" que en 1992 se presentó en Alemania por la corriente alternativa.³⁰⁰

Pues bien, en Coahuila se inició un movimiento reformador con aquella orientación desde 1983 —es decir, nueve años antes de que se publicara en Alemania el primer tomo de la gran obra de Roxin y ocho años antes del Proyecto Alternativo Alemán—. Desde entonces, en Coahuila se ha venido a regular profusamente no solo a la reparación del daño como sanción penal, sino, además, a aquella se le estimó como una «tercera vía» del Derecho Penal. Política con la que continuó el nuevo CPC de 1999. Al concluir el siglo Coahuila ya tenía, pues, más de diecisiete años en la misma dirección que la «tercera vía» del derecho penal propuesta formalmente en Europa a principios de la última década del siglo XX, misma que se reafirmó con la reforma a las faltas penales de 2001. En la *Exposición de Motivos del nuevo CPC* de 1999 se dijo: (...) reiteramos aquí los principios de estricta reserva y racionalidad del Derecho Penal. Con el propósito de procurar alternativas que reduzcan la inflación procesal penal, cuando sea innecesaria la consecución de un proceso penal a efecto de obtener la justa indemnización y mantener la debida tranquilidad social.³⁰¹

Así pues, en el curso de veinte años la legislación penal de Coahuila desarrolló esa tercera vía alternativa al introducir tres nuevas instituciones que la colocaron a la vanguardia de los ordenamientos de su género: la suspensión a prueba del proceso por ofrecer reparar el daño, la libertad bajo protesta por reparación del daño y el sobreseimiento por reparación del daño en delitos contra el patrimonio. En todas ellas tuve la oportunidad de participar en la propuesta y redacción de las mismas. Dichas instituciones —no obstante todas sus iniciales imperfecciones que paulatinamente se superaron en gran parte— se convirtieron en algo común en el lenguaje de abogados y en la práctica cotidiana en las agencias y tribunales coahuilenses. En el fondo y a la larga contribuyeron a la despresurización penal y, mejor aún, a la reparación del daño en favor de los ofendidos y las víctimas. Procurando así la máxima satisfacción y la mínima violencia posibles. Sin embargo, en no pocas ocasiones la regulación separada de las instituciones y sus distintos requisitos de procedencia favorecieron la confusión. En tanto se daba un tratamiento desigual a situaciones que obedecían a fundamentos y motivos paralelos. Esto, por cierto, se apartaba de una política criminológica congruente. Por ejemplo: ¿Qué motivo había para regular una libertad bajo protesta por garantía de la reparación del daño, cuando el propio CPPC permitía la libertad provisional bajo caución, precisamente, si se garantizaba dicha reparación? ¿Y qué razón existía para suspender el proceso por la misma razón por la cual sólo se concedía la libertad provisional bajo caución? ¿Qué motivos había para que la reparación del daño sólo diera lugar al sobreseimiento del proceso y no para que pudiera originar el no-ejercicio de la acción penal durante la averiguación previa? Por ello y para evitar las duplicidades, incongruencias y lagunas —según se dice en la *Exposición de Motivos del nuevo CPC* de 1999— se canceló la suspensión a prueba del proceso y la libertad bajo protesta con motivo de la

²⁹⁹ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, España, 1999, pp. 106 y ss.

³⁰⁰ Ver en este Capítulo, el número III apartado C, *La tercera vía: la reparación del daño*.

³⁰¹ *Idem.*, *Exposición de Motivos del nuevo CPC*, Apdo. II, p. 195.

reparación del daño.³⁰² Pero la derogación fue para sustituir esas instituciones por otras nuevas. Porque la égida del principio de reserva en el Derecho Penal no se detuvo. Al contrario, el nuevo CPC de 1999 fundió las restantes instituciones en una sola más vasta —coherente y racional— que deviene afín con aquellos postulados y la que opera como «causa de extinción de la acción penal». Con lo cual se amplió la «tercera vía»: *La reparación del daño en delitos no graves determina la extinción de la acción penal la cual obliga al inejercicio de la acción penal o al sobreseimiento del proceso, según cuando aquella se dé.*

Ahora, en la mayoría de los delitos no graves perseguibles de oficio en los que el término medio aritmético de la pena de prisión no exceda de seis años, la legislación de Coahuila no sólo faculta al Ministerio Público para que en la averiguación previa promueva la conciliación; sino que, además, prevé la «extinción» de la acción penal en caso de reparación del daño o convenio cumplido, de perdón, o por simple confesión si no hay ofendido o éste es no identificable o falta daño específico y no se trate de delitos graves, siempre y cuando el inculpado no sea reincidente real o ficto. Causas de extinción de la acción penal que motivan el no-ejercicio de la acción penal o que el juez sobresea el proceso, según el caso.

Tal «tercera vía» se limitó a una sola ocasión. El motivo es racional si se atiende a razones de prevención especial y general. Porque al ser la primera vez y, en su caso, dado el perdón o la reparación del daño, no cabría esperar uno nuevo. De aquí entonces que —desde esa perspectiva— no sea irracional una política criminal en la cual la reiteración delictiva —real o ficta— sea el freno o impedimento razonable para que se omita procesar al sujeto; y para que, en su caso, se le imponga una pena privativa de la libertad aunque se repare el daño, no exista interés del ofendido en su castigo e incluso se dé el perdón.

Por su parte, el CFPP y el CPPDF adoptan una postura mucho más restringida con relación a la reparación del daño como motivo de sobreseimiento del proceso que la del sistema penal coahuilense. Así, el artículo 138 del CFPP y el artículo 660 del CPPDF autorizan el sobreseimiento sólo en los delitos culposos que produzcan daños en propiedad ajena y/o lesiones de los comprendidos en los artículos 289 y 290 del Código Penal, si se cubre la reparación del daño al ofendido o a la víctima, el inculpado no haya abandonado a aquellas ni haya actuado hallándose en estado de ebriedad o bajo el efecto de estupefacientes o psicotrópicos y la culpa no sea grave.

5. La reducción de pena mínima, la condena condicional, los sustitutivos penales y otras sanciones como medidas alternas a la de prisión. Con lo que hasta aquí se expuso se podrá apreciar con facilidad que la idea de intervención mínima del *jus puniendi* que se adopta como política criminal penetra de manera amplia y profunda en el sistema penal coahuilense. Al abarcar a mucho más de la mitad de las conductas que tanto en el propio código penal como en el ámbito estadístico se contemplan actualmente como delitos y se castigan con prisión. Lo que se refuerza más con los criterios legales que hacen posible no sólo la atenuación de la punibilidad judicial, sino incluso la reducción de su grado mínimo por concurrir varias o ciertas circunstancias atenuantes. Los que más bien miran al principio de proporcionalidad de la pena con la gravedad de la culpabilidad y la necesidad social preventiva de la pena concreta a efecto de favorecer la reinserción social. Además, en dichas circunstancias especiales que atenúan el grado de punibilidad judicial destacan las alusivas a la «tercera vía», como son las de los incisos 3) y 4) de los artículos 72 y 74 del nuevo CPC, que

³⁰² Exposición de Motivos del nuevo CPC, pp. 481 y ss.

prevén especial atenuación de la pena (...) cuando el agente evitó, reparó o disminuyó los efectos; o dio satisfacción a la víctima; o lo intentó realmente; como cuando el agente confesó a las autoridades su intervención en el hecho; o ayudó a su esclarecimiento. Y, por otra parte, la discutible oblación o sentencia negociada: la que con ciertos límites se plantea en el proceso penal como medio para reducir de manera sustancial la pena de prisión y abreviar el proceso penal, a cambio de la confesión u otro auxilio auténtico y eficaz a la justicia. A ello se le suma el amplio giro y el tratamiento novedoso que el CPC da a la condena condicional, tal como ahora se le regula a través de los sustitutivos penales de libertad vigilada, reclusión intermitente, trabajos a favor de la comunidad y la propia multa sustitutiva; junto con las medidas de seguridad que aquella apareja. Y de los que en su oportunidad me ocuparé.³⁰³

Solo baste señalar que los llamados sustitutivos penales —escasa y deficientemente regulados en el CPF— no tendrían porque reducirse a los mencionados.³⁰⁴ Las posibilidades de medidas alternas diferentes son vastas. Ya sea porque en la misma ley penal desplacen a la pena de prisión que se asigne a ciertos delitos en particular. Ya sea que se conciban como sustitutivas a la pena de prisión. Así, en los artículos 84 y 85 del CPC se prevé que el juzgador al aplicar el régimen en libertad vigilada, de semilibertad o de trabajos a favor de la comunidad determinará que aspectos de los derechos del sentenciado se limitarán y/o suspenderán, tomando en cuenta la naturaleza del hecho, las circunstancias en que se realizó y las personales del sentenciado; de tal modo que los sustitutivos sirvan a la vez como sanción, medida preventiva adecuada a proteger a la sociedad, ofendidos o víctimas e incorporar a aquélla al sentenciado. La limitación o suspensión de derechos podrá referirse a uno o más, o la combinación de los aspectos siguientes: 1. La conducción de vehículos de motor. 2. La permanencia en el domicilio durante determinado horario en uno o más días de la semana. 3. La residencia en una sola vivienda; prohibición de acudir a determinados lugares o acercarse a ciertas personas. 4. La posesión y portación de arma. 5. El consumo de bebidas alcohólicas en lugares públicos. 6. El ejercicio profesional. 7. La realización de determinadas ocupaciones. 8. El ejercicio de derechos familiares, en especial si se trata de violencia intrafamiliar. 9. La custodia, la tutela y la adopción. 10. El albaceazgo; y 11. Otros de similar naturaleza.

Hoy en Coahuila se erige un vasto ramillete de instrumentos ante-procesales, procesales y penológicos que, además de sus fines específicos, a través de la reparación del daño o causas equivalentes tienden racionalmente a reducir el exceso en la aplicación de la pena de prisión y a hacer efectivos con esos medios el principio de intervención mínima y el fin de socialización responsable asignado al sistema penal que se desprende del artículo 18 C. A la vez que se orientan a una justicia distributiva penal más acorde con las bases antropológicas y constitucionales del Derecho Penal; contemplando nuestra realidad social, respetando la dignidad humana y el espíritu del estado de derecho que mana de nuestra Constitución.

6. Algunas consecuencias del Derecho Penal Alternativo como derivación del principio de intervención mínima. En el Estado de Coahuila los reportes oficiales de los años 2000, 2001 y 2002 —

³⁰³ Ver CAPÍTULO DECIMOQUINTO, número IV: Los fines constitucionales de la pena y las penas alternas (sustitutivos penales), en este trabajo.

³⁰⁴ Ver los artículos 27 y 70 a 76, tan del CPF como del CPDF.

dados a conocer por medio de la prensa³⁰⁵ y de manera oficial por la Procuraduría General de Justicia y el Poder Judicial del Estado³⁰⁶— revelan datos inauditos y sorprendentes hasta esos momentos.

El índice de averiguaciones previas que se concluyeron en la Delegación Sureste de la Procuraduría General de Justicia del Estado durante el año de 2000 fue de 90% con relación al número de las que se iniciaron ese año.³⁰⁷ Y ese índice aumentó a 117% al fin de 2001. Esto es, en el 2001 se concluyeron más averiguaciones previas que las que se iniciaron. Lo que significa un abatimiento real del rezago de averiguaciones de años anteriores. Datos de por sí extraordinarios y significativos como indicadores de eficacia. Y más aún si se les compara con la media nacional en 1997 de alrededor del 43%. —En la cual se incluía a Coahuila, según le llegó a ubicar el joven y ya distinguido investigador Zepeda Leucona—. ³⁰⁸ Pero igual o más revelador es la forma en que las averiguaciones terminaron. Así, durante el año de 2000 en aquella Delegación se iniciaron 8,483 indagatorias y se resolvieron 7,652. De las cuales se ejerció acción penal en 2,992, mientras que otras 4,304 concluyeron con no-ejercicio de la acción penal.³⁰⁹ Y de estas: 3,680 averiguaciones previas concluyeron legalmente mediante vías y medidas alternas (falta penal, conciliación, perdón y reparación del daño.) Ello equivale al 43% del total de averiguaciones iniciadas en esa Delegación en el año de 2000. Tal índice se incrementa de manera sustancial en el año de 2001. Pues en esa misma Delegación se iniciaron 7,740 indagatorias y se resolvieron 9,114. De las que se ejerció acción penal en 2,133. Mientras que otras 6,981 cerraron con no-ejercicio de la acción penal,³¹⁰ al terminar mediante vías alternas. Lo que equivale al 90% de averiguaciones previas resueltas por esas vías de todas las que se iniciaron en el año de 2001. La historia no termina ahí. Pues en el 2000 se consignaron 1,514 causas penales en el único Juzgado Penal Local Letrado de ese Distrito Judicial³¹¹. De ellas 954 fueron por delitos con penalidad alternativa. Y los cuales no merecen orden de aprehensión ni prisión preventiva. Y de los que casi sin excepción —de haber sentencia condenatoria— ameritarán condena condicional (que en Coahuila aparece aplicar algún sustitutivo penal). Aquella cifra equivale a un 11% más de causas penales que en el año 2000 se trataron con medidas alternas. Por otra parte, están los restantes 560 procesos en ese juzgado en los que la pena judicial de prisión precisamente permitirá la aplicación de la condena condicional.³¹² Y ello es como se indica, porque aquél

³⁰⁵ Periódico *Palabra*, Sección *Satillo: Seguridad*, Satillo, Coahuila, México, 4 de enero de 2001, p. 88.

³⁰⁶ Los datos me fueron proporcionados personalmente el 3 de abril de 2002 por el por el Lic. Gerardo Antonio Pérez Pérez, Delegado de la Región Sureste de la Procuraduría General de Justicia de Coahuila.

³⁰⁷ Los casos que conoce esa Delegación representan poco más del 35% del volumen total de averiguaciones previas en el Estado.

³⁰⁸ Guillermo Zepeda Leucona, "Expectativas de justicia defraudadas: la actuación de las procuradurías de justicia en el esclarecimiento y la persecución de los delitos", en *Diálogo y Debate*, N° 12, Centro de Estudios para la Reforma del Estado, México, junio de 2000, pp. 151-176. Nota. El número de procesos no lo puedo precisar porque sólo cuento con el estudio vía Internet, en www.cidac.org.

³⁰⁹ De las 3574 averiguaciones que concluyeron con no-ejercicio de la acción penal, 3,038 fueron por vías y medios alternos. Esto es, 865 averiguaciones fueron por falta penal que equivale al 12.21% de todas las que se iniciaron ese año. 23 averiguaciones por conciliación (0.3%) 337 averiguaciones por reparación del daño (4.75%). Y 1813 averiguaciones por perdón del ofendido (25.6%).

³¹⁰ De las 3574 averiguaciones que concluyeron con no-ejercicio de la acción penal, 3,038 fueron por vías y medios alternos. Esto es, 865 averiguaciones fueron por falta penal. (12.21%.) 23 averiguaciones por conciliación. (0.3%.) 337 averiguaciones por reparación del daño. (4.75%.) Y 1813 averiguaciones por perdón del ofendido. (25.6%.)

³¹¹ Información que proporcionó personalmente al autor, el Licenciado Juan Sánchez Irabú, *Juez Local Letrado en Materia Penal del Distrito Judicial de Satillo, Coahuila*; en la ciudad de Satillo, Centro de Justicia, el 9 de agosto de 2001.

³¹² Por lo que atañe a las 536 averiguaciones concluidas en el 2000 en la región sureste de Coahuila, por motivos diversos a los que se señalaron, en parte podrían ser de las que se declaró la «caducidad de la averiguación» (figura legal que prevé el artículo 270 del CPPC y que obliga al Ministerio Público a dar por concluida la averiguación y determinar el inejercicio de la acción penal sólo si se trata de delitos no graves y no haya sido posible obtener ningún medio de prueba durante un lapso de dieciocho meses por causas que no sean atribuibles a la misma institución y no haya pendiente alguna petición de desahogo de medio de prueba, determinación que es impugnabile por los ofendidos, las víctimas o sus abogados, asemejándose así ésta nueva institución a la previsión legal alternativa que obliga al Ministerio Público después de cierto tiempo a pronunciarse con relación al ejercicio de la acción penal, según la menciona Zepeda Leucona en el estudio citado en la Nota anterior. Pero igualmente, dentro de aquella cifra podrían estar otras averiguaciones previas en las que el inejercicio se podría haber declarado por prescripción de la acción penal. Al menos éste último motivo, ciertamente indicaría ineficacia más que favorecer lo contrario. Aún así, dados los números y porcentajes que originan esta Nota, es dudoso que el número de prescripciones fuere significativo para reducir sensiblemente el

juzgado solo es competente para conocer de delitos cuya pena legal máxima de prisión no exceda de seis años. (La cual en el CPC es a la vez el límite máximo de la pena judicial de prisión para que proceda la condena condicional.) Ello implica un 6.6% más de asuntos a tratar con medidas alternas, de todos los que se iniciaron ese año de 2000 en aquella Delegación. Lo que en total suma poco más de 60% de causas resueltas durante el año de 2000 con medidas alternas. Y sin que en ese porcentaje se incluyan los casos que pudieron terminar de igual forma durante los procesos penales en los juzgados penales de primera instancia. Ya que cabe recordar que en esos procesos penales también es posible que se dé el sobreseimiento por la reparación del daño o en virtud de perdón en delitos no graves. O bien que en ellos se dé la condena condicional al no exceder la pena judicial de seis años de prisión. Por último, el 30 de octubre de 2002, el Procurador General de Justicia del Estado informó al Pleno del Congreso del Estado de Coahuila que *durante el período que comprende de enero a septiembre de 2002 se integraron 14,028 averiguaciones, de las cuales 5,478 concluyeron con consignación y las restantes se resolvieron por medios alternos bien sea por perdón, reparación del daño, convenios de conciliación o faltas penales, lo cual significa casi un 62% de asuntos concluidos por medios alternos durante la averiguación previa, sin incluir lo que puedan terminar de igual modo en los tribunales, ya que aquellos medios permiten el sobreseimiento del proceso cuando el delito no sea grave, entre otras condiciones.*³¹³ **En síntesis, más de tres de cada cuatro averiguaciones y causas penales que se iniciaron durante el período de 2000-2002 en Coahuila, concluyeron o fueron tratadas por vías y medidas alternas al proceso penal o la prisión.** El Procurador también destacó que en el período comprendido de 2000 a 2002 se redujo en más del 50% el número de ordenes de aprehensión pendientes de ejecutar en todo el Estado de Coahuila (de más de 5,500 a finales de 1999 a menos de la mitad en 2002). E informó, asimismo, que en dicho período de tres años (2000-2002) disminuyó el índice de todos los delitos en una media del 10%. Presentándose las tasas más altas de reducción en los homicidios dolosos y en los robos de cualquier clase.³¹⁴ Por su parte, en el Informe Anual de Labores del Poder Judicial de noviembre de 2002 se comunica que en todos los juzgados penales del Estado sólo había 163 peticiones de ordenes de aprehensión pendientes de resolver.³¹⁵

Christian Jäger dice que en Alemania... [L]as penas privativas de libertad en los últimos diez años (1991 a 2000) alcanzaron un promedio del 6%. En cambio para el 80% a 84% de todos los casos sólo se impusieron penas pecuniarias.³¹⁶ En agosto de 2000, durante una reunión formal de abogados, catedráticos e investigadores de la Facultad de Jurisprudencia de la UA de C de la ciudad de Saltillo con los maestros Gimbernat Ordeig (de España) y Claus Roxin (de Alemania), éste manifestó a pregunta expresa mía: Que en Alemania el promedio de los asuntos penales que se resuelven o tratan con vías o medidas alternas supera el 90% y que los índices de criminalidad en ese país se pueden considerar de los más bajos. Pues bien, según

aparente grado de efectividad de la Procuración de Justicia con relación a las averiguaciones previas en la región sureste del Estado de Coahuila. Resta ver qué clase de delitos quedan sin resolver y en cuáles y cuántos de los que consignaron hay eficiencia y eficacia. El 29 de octubre de 2002 el Procurador General de Justicia informó al Pleno del Congreso del Estado, que durante el período de 2000-2001 el porcentaje de ordenes de aprehensión concedidas con relación a las solicitadas fue de 93% y que en el período de enero a septiembre de 2002 ese porcentaje fue de 90%, aunque no mencionó cuántas se negaron y lo que es más importante, cuál es el porcentaje de las ejecutadas. Ver fuente en nota siguiente.

³¹³ Comparecencia del 29 de octubre de 2002 del Procurador General de Justicia del Estado al Congreso del Estado de Coahuila con motivo de la glosa del tercer informe de gobierno; Dirección de Asuntos Parlamentarios del Congreso del Estado; Palacio Legislativo; Saltillo, Coahuila, México, octubre de 2002.

³¹⁴ Periódico Palabra, Sección Saltillo: Local, Saltillo, Coahuila, México, 17 de diciembre de 2002, p. 28.

³¹⁵ Boletín de Información Judicial número 7, julio-diciembre 2002, Año III, Poder Judicial del Estado de Coahuila de Zaragoza; Saltillo, Coahuila, México, diciembre de 2002, p. 67.

³¹⁶ Christian Jäger, *La pena de muerte y política criminal*, op. cit., pp. 85 y 86.

reportes de la Secretaría de Gobierno del Estado de Coahuila en vinculación con las Secretarías de Gobernación y de Seguridad Pública del Ejecutivo Federal: La tasa de criminalidad en Coahuila está por debajo de la media nacional. Coahuila se encuentra dentro de los tres estados con la tasa más baja de criminalidad.³¹⁷ Y eso aunque el número de casos que se solucionaron con vías y medidas alternas en ese estado bien se puede decir que rondó a lo menos en un 75% promedio durante el lapso que comprenden los años de 2000 a 2002.³¹⁸

7. Excurso: La reparación del daño y las garantías de ofendidos y víctimas. En cuanto a los derechos de víctimas y ofendidos, a partir del 23 de agosto de 2000 el apartado B del artículo 20 C. establece las siguientes garantías:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal. II. Coadyuvar con el Ministerio público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes. Cuando el Ministerio público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa. III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia. IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño. V. Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley. Y, VI. Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.

Aunque esas garantías iniciaron su vigencia constitucional a partir del 23 de agosto de 2000, mientras que el CPF y el CPDF datan del 17 y 18 de mayo de 1999 —según Decretos de esas fechas publicados en el Diario Oficial de la Federación—; en tanto el CPC y el CPPC iniciaron su vigencia el 10 de septiembre de 1999—: ¿En qué medida dicha legislación secundaria cumple ahora con las garantías constitucionales de víctimas y ofendidos? La reparación del daño se sistematiza en los artículos 29, 30 a 39, 61, 76, 85, 91, 93, 115, 228, 276 Bis y 428 del CPF, y en los artículos 2, 136, 141, 293, 399, 489 a 493 y 533 del CFPP. Al igual que en los artículos 41 a 50 del nuevo CPDF, y en los artículos 2, 9, 35, 317, 460, 532 a 540, 556, 569, 572 y 660 del CPPDF. Por su parte, la reparación del daño se regula en los artículos 103 a 131 del nuevo CPC, y en los artículos 1°, 6° fracción IV, 45 a 50, 588 a 592, 599, 610, 613, 662 a 666, 708 y 710 y 727 del nuevo CPPC. Entre esos códigos destacan los elementos comunes y las diferencias que se apuntan en los cuadros siguientes:

NOTA. Simbología de los cuadros: La ✓ significa regulación igual al enunciado. La X significa que no se regula.

Garantías generales de víctimas y ofendidos		CPF	CPDF	CPC
1.	Se delimitan los ámbitos de la reparación del daño	✓	✓	✓
2.	Se establece la reparación del daño como pena pública.	✓	✓	✓
3.	Se incluye la asistencia y los tratamientos psiquiátricos y psicológicos a víctimas y ofendidos como materia de la reparación del daño por cualquier delito.	✓	✓	✓
4.	Se afectan a la reparación del daño todas las garantías que se exhiban. Con inclusión de las que se presenten para obtener la libertad provisional bajo caución. Sin excluir de tal condición a las compañías afianzadoras.	✓	✓	✓

³¹⁷ Información dada a conocer a la prensa, publicada en el Periódico *Palabra*, Sección *Saltillo*: *Seguridad*, Saltillo, Coahuila, México, 4 de enero de 2002, p. 8B.

³¹⁸ Información del Gobierno del Estado de Coahuila proporcionada al Consejo Nacional de Seguridad Pública en México, DF., publicada en el Periódico *Palabra*, Sección *Saltillo*, Saltillo, Coahuila, México, 27 de octubre de 2002, p.2B.

5.	Se condiciona el disfrute de cualquier beneficio procesal o penal a la garantía de la reparación del daño o a su cumplimiento efectivo. * En Coahuila la condena condicional y los sustitutivos también se conceden cuando se acredite la insolvencia.	✓	✓	✓*
6.	Se distingue conceptualmente entre quienes son ofendidos y víctimas.	X	X	✓
7.	Se conceptúa al daño moral, estableciéndose su autonomía frente al daño material y dándose parámetros para fijar su monto.	X	X	✓
8.	Se fijan presunciones legales de la existencia del daño material y moral en todos los delitos contra la vida, la salud, la libertad y el honor de las personas. Siempre procederá la condena a la reparación del daño, a menos que se pruebe que el daño no existió.	X	X	✓
9.	Se fijan los conceptos específicos por los que se deberá reparar el daño, en correlación con los ámbitos que ella comprende.	X	X	✓
10.	En concepto de perjuicios o a falta de prueba de los mismos se fijan tasas de interés vinculadas al c.p.p. del dinero. Que mensualmente se sumarán al daño desde que se cause hasta que se pague: la idea es análoga a lo que en otros países se conoce como daños punitivos.	X	X	✓
11.	Se establece la posibilidad de una obligación "continua" de indemnizar, por gastos que se sigan originando con motivo del daño; aún después de su liquidación.	X	X	✓
12.	Se amplían las categorías de los terceros obligados a reparar el daño.	X	X	✓
13.	Se señala carácter "solidario" de la obligación de reparar para los terceros obligados, con inclusión del Estado por delitos que cometan servidores públicos. * En el CPF la obligación del Estado es "solidaria" en el delito doloso y "subsidiaria" en el delito culposo y para los terceros obligados a la reparación.	X*	✓	✓
14.	Se conceden apoyos de costas* por demandar la reparación del daño, en beneficio de abogados con título que asistan a víctimas o a ofendidos por el delito. *El cálculo de las costas se hace en porcentajes del monto a reparar. 10% antes del ejercicio de la acción penal. 15% antes de sentencia y con motivo de gestión en el proceso. Y 20% después de sentencia y con motivo de gestión en el proceso.	X	X	✓
15.	Se amplían las vías para la reparación: el fiscal siempre la debe pedir. Mas el ofendido puede constituirse en parte civil en el proceso; o intentar aquella en vía civil. Casos en los que la pretensión resarcitoria se desincorpora de la acción penal.	X	X	✓
16.	Se podrá condenar por cantidad líquida, ilíquida o en parte líquida y parte ilíquida. De tal suerte que la insuficiencia de prueba sobre el monto, no será motivo para absolver de la reparación. Esto es, se podrá determinar el monto a indemnizar en ejecución de sentencia, previo el incidente de liquidación correspondiente. * En el orden federal y del Distrito Federal, el juez deberá resolver sobre la reparación del daño, ya sea absolviendo o condenando a pagar cantidad precisa y no dejar a salvo los derechos del ofendido ni aplazar la determinación del monto a incidente o resolución posterior. El incumplimiento por parte de las autoridades de la obligación a que se refiere el párrafo anterior, se sanciona con multa.	X*	X*	✓
17.	Se condiciona la admisibilidad de las pólizas de las compañías afianzadoras para garantizar la libertad caucional, a que aquellas renuncien al procedimiento de ejecución de la ley de fianzas.	X	X	✓
18.	Se faculta a los juzgadores para que tomen las medidas necesarias para hacer efectivas las garantías y la obligación de reparar.	X	X	✓
19.	Se forma un Fondo para la Reparación del Daño a favor de las Víctimas del Delito. *En el Distrito Federal el Fondo se integra con todas las multas y las cauciones que se hagan efectivas, mientras que en Coahuila se integra sólo con el importe de las multas y los pagos en función de la reparación que no se recojan en el sistema de faltas penales. **En Coahuila se dan las bases para el manejo del Fondo y el pago a víctimas y ofendidos, mientras que aquellas se omiten en el CPDF.	X	✓*	✓**

En su turno, durante la **Averiguación Previa**, el ofendido o víctima, por sí o por conducto de abogado (esto último sólo en Coahuila), según el caso, tienen los derechos y garantías siguientes:

Garantías de víctimas y ofendidos en la Averiguación	CFPP	CPPDF	CPPC
20. A que se les preste atención médica de urgencia cuando la requieran.	✓	✓	✓
21. A que se les reciban los testigos y demás medios de prueba que ofrezcan y sean conducentes a los fines de la averiguación previa.	✓	✓	✓
22. A tener acceso a las constancias de la averiguación previa. De las que podrán enterarse en presencia del agente del Ministerio Público que conozca de la investigación. Si lo piden, se les expedirá copia de todas las diligencias de la averiguación previa.	X	X	✓
23. A estar presentes en testimonios, confrontaciones, inspecciones y reconstrucciones. Así como en las declaraciones del inculpaado. A los testigos, peritos y al inculpaado, podrán formularles las preguntas que sean conducentes al caso.	X	X	✓
24. A recibir asesoría jurídica del Ministerio Público.	X	X	✓
25. A recurrir en vía jurisdiccional las determinaciones de inejercicio de la acción penal. * Hay recurso, pero se resuelve por las mismas Procuradurías.	X*	X*	✓
26. A combatir en vía jurisdiccional por equipararse a determinar el no-ejercicio de la acción penal cuando: a) Se omita ejercitar la acción penal si ya se reúnen las condiciones para ello. b) Se omita desahogar, en averiguación previa, medios de prueba claramente conducentes al ejercicio de la acción. c) Se archive provisionalmente la averiguación cuando se puedan desahogar medios de prueba conducentes para preparar la acción penal. d) Se ejercite la acción penal por uno o más delitos, pero se omita ejercitarla por otros. Y e) En el ejercicio de la acción se omita ejercitarla por modalidades agravantes.	X	X	✓

Durante el Proceso los ofendidos o víctimas, por sí o por conducto de abogado, según el caso, tienen derecho:

Garantías de víctimas y ofendidos durante el proceso	CFPP	CPPDF	CPPC
27. A que el Ministerio Público les dé asesoría jurídica. El juzgador les informará del desarrollo del proceso cuando lo pidan.	✓	✓	✓
28. A que se les notifique toda resolución que se pronuncie con relación directa a la reparación del daño y a impugnarlas a través del recurso idóneo.	✓	✓	✓
29. A que si lo desean, puedan por sí mismos rendir pruebas sobre el monto de la reparación y sobre la situación económica del acusado; formular alegatos e impugnar las resoluciones sobre esta materia.	✓	✓	✓
30. A que impugnen el auto que sobresea el proceso por desistimiento de la acción penal.	✓	✓	✓
31. A reclamar la reparación del daño a terceros obligados en Incidente Especial. * La regulación es más completa en el CPPC que en el CFPP y el CPPDF	✓	✓	✓*
32. A saber los «modos» (que especifica la ley) para hacer efectiva la condena a la reparación del daño.	✓	✓	✓
33. A que al iniciar proceso de oficio el juez ordene que se les notifique personalmente de ello.	X	X	✓
34. A que se constituyan en parte civil desde que el Ministerio Público ejercite la acción penal, hasta antes de que concluya la fase probatoria.	X	X	✓
35. A que Ministerio Público siempre solicite la reparación del daño.	X	X	✓
36. A que por ministerio de ley, en todo pedimento que inicia la acción penal se entienda implícita la petición de condenar al inculcado a reparar el daño, aun si no se solicita en forma expresa.	X	X	✓
37. A que el Ministerio Público también pida la reparación del daño al tercero obligado.	X	X	✓
38. A ofrecer al juez, por sí o por conducto de su abogado, todos los medios de prueba conducentes a acreditar el cuerpo del delito y la responsabilidad penal del inculcado.	X	X	✓
39. A que el juez les dé intervención igual que el Ministerio Público, en la recepción de las pruebas.	X	X	✓
40. A que si se prueba el daño pero no su monto, se pueda condenar al inculcado por cantidad ilícita. La liquidación se reserva a un incidente en ejecución de sentencia.	X	X	✓
41. A que se condicione la procedencia de todos los substitutivos a la reparación del daño o a su garantía, salvo que el sentenciado o su defensor acrediten la imposibilidad del sentenciado de reparar el daño.	X	X	✓

Saltan a la vista las diferencias entre la legislación penal federal, del Distrito Federal y la de Coahuila respecto a la regulación de la reparación del daño y los derechos de víctimas y ofendidos. Ellas hablan por sí mismas. Y también hablan del apego que puedan tener esos órdenes legales a las garantías constitucionales de víctimas y ofendidos y al espíritu del estado de derecho.

— IV —

El principio de reserva y la prevención general

Con todos los límites a que se ha hecho alusión y que se derivan del principio de intervención mínima que limite el poder punitivo del Estado —al menos en un estado de derecho— sí se puede reconocer ahora que uno de los fines de las disposiciones penales pueda ser la prevención general. Pero las cuales se limitan por los cercos que desprenden de una la política criminal orientada a un estado de derecho y los principios que conforman a un Derecho Penal reductor y democrático que oponga esos límites en la conformación, entendimiento y aplicación de aquellas; con lo cual se evita caer en las ilegitimidades esenciales de lo que se pretende prevenir. Y porque de acuerdo con el fin y los límites de la pena que se derivan de un Derecho Penal democrático, se reducen los riesgos de la tendencia de la prevención general a convertirse en autoritaria. Así la prevención general para fundar la potestad penal se atempera con la restricción de esa finalidad: la protección de bienes jurídicos contra las formas conductuales más graves que los lesionen acotadas en normas penales prohibitivas que se ajusten formal y sustancialmente a los límites que imponen los ideales de un estado de derecho. Y, además, donde en la legislación que regula el sistema penal operen los principios de intervención mínima o de reserva, dentro de los cuales están las vías o medidas penales alternas al cumplir esas tareas.

Por último, hay que tener en cuenta que las razones para las conminaciones penales representan tan sólo la primera de las cuatro etapas de las que se ocupa el Derecho Penal. Éstas en conjunto y sólo unidas agotan el sentido y la misión del Derecho Penal. Si se tiene presente todo ello, habrá que reconocer como válido que las «conminaciones penales» se explican por la necesidad de que se haga justicia y se promueva la confianza en el Derecho de manera preventivo-general, pero siempre reservada a las formas más graves de conductas delimitadas en un ámbito cerrado de prohibición en que se dé la lesión de los bienes jurídicos que sean esenciales a las personas y para su desarrollo en la comunidad; y, además, la sanción sea la estrictamente necesaria y racional y cuyo fin estribe en la incorporación social del responsable; y siempre y cuando todo ello se haga dentro de los lindes de un estado de derecho.

Pero aquellos son apenas los primeros «límites sustanciales» que se derivan de la carta fundamental en la aspiración de un estado de derecho o democrático con relación a la potestad punitiva del Estado para conformar las conminaciones penales en la ley. Resta todavía la fundamentación de los otros tres momentos en que se manifiesta el poder punitivo del Estado: la concepción y estructura jurídica del delito —formal y sustancial—, la aplicación de la pena y su ejecución. Me ocupo de los dos últimos en los dos capítulos finales. Primero es pertinente examinar los límites formales que se derivan de la garantía de legalidad en los delitos y las penas; así como el complejo problema de la sujeción del concepto jurídico del delito y de los presupuestos de la pena al ideal de un estado de derecho. Esto es, conforme a los límites formales y sustanciales que se derivan de nuestra Constitución. Ello ya no atañe a los fundamentos del *ius puniendi* para limitar el poder del Estado de conminar penalmente a las personas —Derecho Penal "subjetivo"—. Sino al conjunto de las normas penales ya creadas por el Estado entendidas de acuerdo a los límites que surgen de la C. con orientación al ideal del estado de derecho —Derecho Penal "objetivo"—. El que, por un lado, conlleva a ver su fuente y los límites que se imponen al poder penal con base en una C. que aspira a un estado de derecho, como lo es la mexicana. Y, por el otro, estudiar la conformación de la concepción jurídica del delito a través de la dogmática penal ajustada a los ideales del estado democrático. Empiezo pues con la ley penal. Y después continuaré con el delito.

