

CUARTA PARTE
LOS LÍMITES A LA APLICACIÓN DE LAS PENAS
Y A SU EJECUCIÓN

CAPÍTULO DÉCIMO SÉPTIMO

LOS LÍMITES A LA APLICACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

— I —

La "culpabilidad" como fundamento y límite de la pena judicial

Se debe reconocer que en la mayoría de los casos de imposición de una pena, además del juicio de reproche, laten también elementos de prevención general y especial. En cuanto que con aquella, por un lado, se intimidará al delincuente frente a una posible reincidencia y, por el otro, se mantendrá a la sociedad segura de aquél al menos durante el cumplimiento de la pena cuando el mismo deba ser en prisión. Y es que esas consecuencias ya están de por sí implícitas en la previsión legal de las penas y su asignación a los tipos penales de los delitos en particular. De aquí que aunque sea cierto —conforme al artículo 18 C.— que los esfuerzos de resocialización a favor del sujeto se han de dar con motivo de la pena (y aunque por igual sea verdad que es posible que las ofertas de reintegración responsable se den no sólo a partir de la imposición de la pena, en tanto que también son validas las que se hagan desde antes de la pena misma, como luego se verá); también lo es, que lo primero que la condena a una pena de prisión hace efectiva es la restricción de la libertad al delincuente. Pero, ¿será un coto que no se hace en interés suyo sino en el de la comunidad? Que, por lo tanto, ¿sirve a otros y no a él? Sí en gran parte. Porque lo primero que se debe evitar es el error al que induce la retórica idealista de que al delincuente se le beneficia con la punición. Y, asimismo, porque hay que reconocer que el fin primario de aquella es la justicia para la salvaguardia de un orden esencial para la comunidad. Y, por lo tanto, la pena legal siempre tiene un ingrediente inseparable de castigo y otro de prevención. Más sobre esta base cabe entonces volver a preguntar: ¿Se justifica aplicar una pena al particular para conseguir la última meta? Kant —y con él gran parte de la doctrina hoy dominante— afirmó que no se puede admitir con ningún pretexto que se dé cabida en la imposición de la pena a consideraciones de prevención general por ser contrarias a la dignidad humana. Pues con ellas se usa a la persona como objeto, sin que se le respete como sujeto cuya dignidad humana se le reconoce en la misma C. Mas si ello es así no está entonces nada claro que se justifique imponer penas con base en aquellos motivos. A esto se le suma que con la fundamentación dada hasta ahora, no se explica todavía —al menos de manera suficiente— algún límite que se derive del espíritu de un estado de derecho a la duración de la pena judicial de prisión dentro de los extremos punibles que la ley le asigna a cada delito. Por lo tanto:

¿Se puede considerar conforme a Derecho castigar al particular en interés de la colectividad? Es decir, ¿puede el juez normar su arbitrio y aplicar penas de prisión en consideración a otros y para que éstas sirvan de ejemplo a los demás? Y si no es así, entonces: ¿Puede hacerlo el juez con base en la personalidad del autor que refleja la conducción de su vida, para que así la ejecución de la pena incida en aquella?

Con ello llegamos a la medición de la pena de prisión. Y, sin embargo, la respuesta negativa a esas preguntas está fuera de duda. Porque para nuestro orden jurídico-constitucional el individuo no es un «objeto» sino que es el «titular» primario del poder estatal. Y porque por lo que se pune es por la decisión de la persona contra la prohibición penal de la norma al realizar el injusto, cuando razonablemente podía actuar de otro modo. De aquí que el Estado no deba desnaturalizar las penas en cualquier momento de su determinación, convirtiéndolas en meros «medios» de castigo, de intimidación en consideración a otros o de ejemplo para otros o como velado pretexto para castigar el comportamiento en la vida y así —a través de la duración de la pena— influir coactivamente en la personalidad del individuo. Ello implica la ilegitimidad esencial de reprochar —y también de intensificar el

reproche— (a) con base en la mera retribución, o (b) con sustento en la conducción que el sentenciado hizo de su vida a efecto de tomar en cuenta ese manejo en la llamada "culpabilidad del autor" en vez de —o además de— la "culpabilidad del acto" de ese autor. Y asimismo, la última fundamentación (c) apareja la pretensión inconstitucional —y también ilusa— de querer influir coactivamente en la personalidad del sujeto, modelándola para "readaptarlo".

1) La razón de la sinrazón se resiste a la primera, porque ningún bien se logra con agregar un mal a otro mal pues de ello sólo se obtiene un mal redoblado. 2) Y la dignidad del ser humano se opone tan a la segunda como a la tercera. 3) Al igual que los principios de acto y de culpabilidad que reconoce nuestro orden jurídico son contrarios a que se sancione o mida la pena por lo que el delincuente haya hecho de su vida y no por la decisión que él tomó al realizar su conducta y que es por la que se le juzga, al igual que del ámbito que él tuvo para ello y que es la base para medir la pena. 4) Y más aún cuando el reproche —o la intensificación del mismo— por la conducción de la vida que veladamente se introduce en la llamada "culpabilidad de autor", aparejaría —quírase o no se quiera— meter subrepticamente la superada y fracasada idea de la peligrosidad del autor, cuando ninguna de sus bases es consecuente con las de un estado de derecho que sea respetuoso de los derechos humanos y de los límites que con base en aquél se imponen en la C. al poder punitivo.

Ahora bien, Roxin da la solución al problema con estas reflexiones: (...) la imposición de la pena será justa si se consigue compaginar su necesidad para la comunidad jurídica con la autonomía de la personalidad del delincuente, que el Derecho también tiene que garantizar.⁶⁶⁸ Estos dos puntos de vista — dice Roxin— (...) no se excluyen en absoluto, como muchas veces se cree. En efecto: (...) si el Estado le debe asegurar sus bienes jurídicos al ciudadano; a la inversa, cada miembro de la sociedad tiene que hacer de su parte todo lo necesario y que le sea posible para cumplir con esa tarea común. Esto significa, dentro de los límites que veremos a continuación, que quien libremente se autodeterminó contra la norma penal es responsable de cargar con la pena necesaria para el mantenimiento de dicho orden. Igual que, por ejemplo, también tiene que soportar el deber del servicio militar o el pago de impuestos. Sin que por ello se lesione su dignidad humana. En tanto que (...) al particular no se le coloca —por decirlo en palabras de Kant— entre los «objetos» del «Derecho de cosas» sólo porque se le impongan deberes en interés de la comunidad [de la que aquél forma parte].⁶⁷⁰ Esto sólo sucede si ya no se le juzga respecto de su acto y su ámbito de elección libre con relación al mismo, sino según su mera utilidad para los fines de otros. De todo ello se sigue una primera consecuencia importante para la imposición de la pena:

La pena sólo se puede imponer hasta la medida de la culpabilidad por la acción que se juzga. Ésta limita a la culpabilidad y la medida de ésta, a su vez, limita a la pena en su magnitud.

Así pues, la culpabilidad que es inadecuada para fundamentar por sí sola la potestad penal estatal. Sin embargo, sí sirve para limitarla. ¿Cómo es ello posible? Pues bien, esto no es solo posible sino que es necesario por las ideas de dignidad humana y autonomía de la persona que protege nuestra ley fundamental. Mismas que de manera indudable presuponen al hombre y la mujer como seres libres y capaces de responsabilidad. Lo que tiene su fundamento en las garantías de dignidad, de libertad y de responsabilidad que consagran y se infieren de los artículos 1º, 16 y 19 de nuestra Constitución. Como ya se dijo, no se puede decidir con seguridad si esa imagen del ser humano —constitutiva para nuestro ordenamiento jurídico esencial— acierta con arreglo a las ciencias del ser. Pero ello en nada cambia el hecho de que las personas existen en todos los tiempos con la conciencia de dignidad, de libertad y de responsabilidad. Lo que por cierto no se puede probar que sea "correcto" con los métodos de las ciencias naturales. Pero que con total

⁶⁶⁸ Claus Roxin, *Problemas Básicos del Derecho Pena*, op. cit., pp. 28 y ss. Nota: Las oraciones entre los corchetes y éstos son míos, por supuesto.

⁶⁷⁰ Claus Roxin, *Idem.*, op. cit., pp. 28 y ss.

independencia de ello tiene su legitimación, en cuanto decisión de la sociedad para crear un orden social de personas libres y responsables de su libertad en aquél ámbito social, conforme a un *estado de derecho y democrático* de acuerdo con los artículos 3º, 39 y 40 en correlación con las garantías individuales que se enmarcan en los primeros 29 artículos de la carta fundamental.

Ahora bien, si se enfoca así la idea de culpabilidad, ésta tiene la función de asegurar al particular que el Estado no extienda su potestad penal en interés de la prevención general o especial más allá de lo que corresponda a la responsabilidad penal del particular por su indebida lesión al bien tutelado. Es decir, como una persona concebida como libre y capaz de culpabilidad al poder actuar de otro modo. Además, con ello se evita el emplear a la culpabilidad sólo para justificar medidas retributivas. Pues un concepto de culpabilidad que se dirige a coartar el poder de la autoridad, actúa exclusivamente en favor del ciudadano y de sus posibilidades de desenvolvimiento. Precisamente por ello —dice Roxin— (...) se puede dejar en suspenso y con tranquilidad la cuestión del libre albedrío. A la que no se puede dar una respuesta concluyente. Pero incluso para quien crea que hay que negarlo —como bien puntualiza Roxin—: (...) debería reconocer el principio de culpabilidad en la esfera normativa de las regulaciones ordenadoras de la sociedad. Como una disposición de la comunidad jurídica que protege al particular de la superioridad de un poder estatal que viole la personalidad de aquél.⁹⁷¹ Por lo tanto, hay una diferencia primordial entre utilizar la idea de culpabilidad para dejar a las personas a merced del poder Estatal y el emplearla para preservarlas del abuso de dicho poder. Porque:

La culpabilidad no es la base para imponer a la persona cualquier entidad de la pena de prisión que permita la misma ley penal y con ello prevenir la comisión de delitos (bien sea para intensificar el reproche y, por ende, la pena, en atención a los demás; o bien sea para que del mismo modo se pretenda corregir —sea o no sea coactivamente— la personalidad del delincuente).

Sino que la culpabilidad sólo da la facultad al Estado a la retribución hasta la gravedad misma de esa culpabilidad por el acto y sólo hasta lo que sea indispensable para lograr la paz y se pueda garantizar la readaptación social del delincuente —concebida ésta como reincorporación digna y responsable del sentenciado a la sociedad— de acuerdo con el artículo 18 C. y de su entendimiento congruente con los derechos humanos que reconoce la misma C.

Así concebida, no solo la culpabilidad sino también la gravedad de la culpabilidad y los fines de readaptación social del sistema penal son medios para mantener dentro de límites racionales y congruos con un estado democrático a los intereses de la colectividad frente a la libertad individual. Porque como ya se señaló desde un principio: la libertad, la dignidad de las personas y su garantía de readaptación social que se proclaman por la Constitución son derechos de protección «frente al Estado», sin que se les pueda trastocar en una facultad de injerencia estatal irrestricta en contra de las personas.

De ello se sigue que —para reducir la irracionalidad de la pena— en tanto se pueda imputar su hacer culpable al delincuente, éste tendrá la obligación —en atención a la comunidad— de «responder» con la carga de la pena como una consecuencia del ejercicio de sus actos libres en sociedad. Esto es justo y legítimo. No porque aquél tuviera que soportar que otros le inflijan un mal debido a un imperativo de mera retribución o justicia y sin que tampoco aquella se pueda basar en que sirva de ejemplo a otros o para que incidiendo en su personalidad evitar que aquél vuelva a cometer otro mal. Sino porque el individuo, como miembro de la comunidad, tiene

⁹⁷¹ Claus Roxin, op. cit., ídem Respecto a que la culpabilidad habría que entenderla de acuerdo con lo anterior sólo como un principio jurídico que sería mera ficción y sin asiento en la realidad, con lo cual estoy en desacuerdo, ver al respecto el número II del Capítulo Décimo Sexto.

que responder en condiciones de igualdad por sus hechos y debe someterse a la sanción si él se decidió libremente por su conducta injusta penalmente prohibida precisamente *cuando pudo actuar de otro modo*, lo cual será la materia para ponderar el grado del reproche. Pero de ello también se desprende que el sometimiento del individuo sólo puede ser hasta la medida de su culpabilidad: es decir, según el mayor o menor ámbito que tuvo la persona para actuar de otro modo al realizar la acción prohibida y sólo en la medida que ello sea indispensable para lograr la paz social, se cumpla con la garantía de igualdad y en lo posible con el fin de readaptación social que el artículo 18 C. asigna al "sistema penal". De esa manera no se utiliza a la persona como «medio» para los fines de otros. Sino que al individuo que asumió su responsabilidad por la suerte de otros, se le confirma su posición de persona con igualdad de derechos y obligaciones, a la vez que con la sanción consecuente se busque en lo posible la paz y su reinserción social responsable. Bien dice Roxin (...) que quien no quiera reconocer esto como justificación de la pena, tendrá que negar la existencia de deberes públicos y, con ello en definitiva, el sentido y la misión del Estado.⁹⁷² Ciertamente hay que tomarse en serio la idea de que son injustas las penas inadecuadas a la gravedad de la culpabilidad y que introduzcan en el grado de reproche ingredientes preventivos —generales o especiales— que además de que atenten contra las garantías de igualdad y dignidad de las personas, impidan en lo posible una más pronta reinserción social del sentenciado. Por consiguiente —dice Roxin— (...) es inadmisibles para citar un ejemplo, dictar contra una persona intelectualmente limitada que comete un delito inducida por personas de edad adulta, una pena dura y que sobrepase ampliamente su culpabilidad comparativamente escasa, sólo para que otros se abstengan de esa fechoría. Como tampoco se puede estatuir en los delitos graves, por muy importante que sea la contención de esos delitos, penas ejemplares sin que se cubran por el grado de la culpabilidad personal.⁹⁷³

De aquí entonces que si el juicio de reproche sólo se puede formular cuando el agente actuó con culpabilidad, la entidad de la pena sólo pueda ser hasta la gravedad de la culpabilidad de la persona en dicho acto. Porque se debe insistir que a la culpabilidad —al igual que al juicio sobre su intensidad— se les concibe más como límites a la potestad de punir; que como simples bases para ello. Ello es así, porque si la responsabilidad estriba en que el sujeto actuó contra Derecho, en tanto racionalmente tuvo posibilidad de ajustarse a él y de evitar las consecuencias de su injusto. Consecuentemente, **la intensidad del juicio de reproche y, por ende, la medida de la pena debe descansar en el mayor o menor margen de elección que tuvo el sujeto en el caso concreto para autodeterminarse en sentido contrario a la conducta prohibida y la trascendencia de la lesión jurídica que en virtud de ese margen decidió causar o al menos estuvo en su capacidad prever para no causar.** En otras palabras, la medida de la sanción penal se orienta por la intensidad culpable de la conducta. Y aquella intensidad se enjuicia según el menor o mayor ámbito de elección que tuvo el culpable para actuar jurídicamente según sus condiciones personales y las circunstancias que concurrieron en el caso concreto motivantes de su actuar. Con ello cabe concluir que el fin de prevención general que ya lleva insita la punición legal encuentra su limitación en el marco jurídico de la culpabilidad individual respecto de la acción que fue el motivo del reproche y que al juez le toca individualizar en su magnitud según la dimensión del

⁹⁷² Claus Roxin, op. cit., pp 28 y 29

⁹⁷³ Claus Roxin, op. cit., pp 30 y ss.

marco concreto que tuvo el sujeto para actuar de otro modo. Si él va más allá y, por tanto, hace expiar al autor por sus presuntas tendencias delictivas o su personalidad proclive al delito o para prevenir las de otros, es atentar en realidad contra los principios de acto y de culpabilidad en él así como en demérito de la dignidad humana. La eficacia protectora de este concepto consiste en que el ser humano y sus actos de autodeterminación responsable son para el orden jurídico la medida de todas las cosas. En cuanto tiene que responder con su persona. Pero sólo por aquello y hasta de lo que conceptualmente esa persona es culpable en el caso concreto por la acción que motivó el juzgamiento.

Responsabilidad por la culpabilidad y pena por la gravedad de la conducta culpable y la trascendencia del daño que el autor decidió causar y pudo conocer en el caso concreto, ajustado a las motivaciones y circunstancias de una y otro que sirvan de pauta para fijar el espacio que tuvo la persona para poder actuar de otro modo. Esto es, *hasta la medida del margen razonable que tuvo el sujeto, según sus circunstancias personales y las del caso concreto, no para conocer el carácter penal de su injusto, en tanto ese juicio ya se hizo al afirmar que hubo culpabilidad, sino respecto a la magnitud del ámbito que tuvo la persona para actuar de otro modo, lo que es distinto. Esto es, del mayor o menor margen que tuvo el sujeto para elegir conforme a Derecho al realizar su acción penalmente prohibida.* Por lo que a mayor vulnerabilidad social del sujeto al momento del acto, con relación a él será menor su margen de elección para actuar de otro modo y más todavía si esa vulnerabilidad expresada en su conducta elegida, deriva de indicadores de deberes incumplidos del Estado en la satisfacción de las expectativas de sus derechos constitucionales como ser humano. Como también a mayor trascendencia concreta de las consecuencias conocibles del ilícito, más motivos habrá para actuar de otro modo, ajustados estos a las circunstancias que motivaron la acción y las particulares condiciones personales.

Tales postulados ya se recogen –de manera expresa e implícita– en los artículos 52-VII del CPF y 72-VIII del CPDF: cuando disponen que el juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta *las circunstancias que concurren en el hecho, las del sujeto y (...) Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.* Como también se hace de manera expresa en el artículo 71-I del CPC al prever que para individualizar la pena de prisión en los delitos dolosos, el juzgador tomará en cuenta: (...) El grado de culpabilidad. Para lo cual apreciará: ***El mayor o menor margen del responsable para elegir una conducta conforme a Derecho,*** según sus antecedentes y condiciones personales, familiares y sociales; las circunstancias de modo, tiempo, lugar y antecedentes del hecho; los móviles; los riesgos corridos en su ejecución; y, los demás datos que sean pertinentes. Lo cual reitera el CPC respecto a los delitos culposos en su artículo 73. El mismo dispone que para individualizar la pena de prisión en los delitos culposos, el juzgador sólo tomará en cuenta la gravedad de la culpabilidad del agente, con base en: (...) El grado de conciencia de ilicitud. Para lo cual apreciará: Los antecedentes y circunstancias personales y sociales del responsable. ***La mayor o menor facilidad que en el caso tuvo de asumir el deber de cuidado que violó y de prever el daño que resultó.*** Los móviles de la conducta culposa y las circunstancias que mediaron en ella. En su caso, el conocimiento común o el especial que se requerían y la experiencia en la actividad, ocupación o profesión que motivó el hecho; y, *los demás datos que sean pertinentes a la conciencia de ilicitud del agente. (...) El grado de exigibilidad de una conducta adecuada.* Para lo cual apreciará: ***La mayor o menor dificultad que tuvo el agente para realizar la conducta correcta en el caso concreto.*** El tiempo de que dispuso; y, *las*

demás circunstancias subjetivas y objetivas que mediaron con relación a poder conducirse de forma apropiada y evitar el resultado.

Respecto al anterior y/o el futuro comportamiento propio o el ejemplo de terceros nada se debe poner a cargo del culpable —incrementándole la pena por aquellos motivos—. Si se le castiga por ello, dicha punición sería de la misma categoría que la responsabilidad por la estirpe o la culpabilidad por el azar, porque ya no se tratará de que te sanciono por el margen de tu autodeterminación en el acto por el que te juzgo, sino que **1)** te castigo por tu personalidad —por lo que has hecho en y de tu vida y por lo que en ella puedas hacer— o bien **2)** te castigo según estime que sea necesario para los demás. **1)** Lo primero —el castigo según lo que la persona ha hecho de su vida— apareja: **1.1)** Negar el principio de culpabilidad del acto, mismo que la ley prevé como delito y le asigna la penalidad correspondiente, que es por el cual la C. tolera juzgar e imponer la pena. Así como también conlleva: **1.2)** Poner a cargo de la persona la conducción de su vida, cuando la misma C. nos garantiza el ejercicio de nuestra libertad. **1.3)** Y si lo que se trata es de antecedentes "penales": ello ya apareja introducir un doble juicio y una mayor pena a la persona, que se reflejará por la magnitud del reproche debido a una conducta por la que antes ya se le juzgó y se le castigó. **2)** Lo segundo —el castigo según la necesidad ejemplar del mismo—: **2.1)** Porque sencillamente atenta contra la dignidad del ser humano al empleársele como objeto en función de los demás. **2.2)** Además de no tratársele como sujeto en razón del margen de elección que él tuvo en el acto que se le reprocha a efecto de poder actuar de otro modo.

Así pues, el principio de culpabilidad —si se le separa de la teoría de la retribución a la que con equívoco se le une— es un medio imprescindible en un estado de derecho para limitar la potestad penal estatal. Más no sólo como freno de los afanes de una retribución desmedida, sino de los de un prevencionismo que anule la dignidad del ser humano o atente contra sus demás derechos reconocidos o garantizados por la C. De aquí que sea un acierto que los nuevos CPC y CPDF y las reformas a los artículos 51 y 52 del CPF reflejen en sus artículos el principio de que la pena se debe ajustar a la gravedad de la culpabilidad. Porque incluso si se anteponen los fines de la paz jurídica y de la readaptación social responsable del inculpado, la medida que modifique el conflicto puede ser menor a la eventual culpabilidad y, además, a través de la sustitución de la sanción, ésta puede ser eventualmente distinta a la clase misma de la pena más severa —como más adelante se verá—; o bien dicha magnitud de la pena consecuente podrá llegar hasta donde llega la gravedad de la culpabilidad. Pero nunca excedería. En cambio, la distinta fórmula que sostiene que «la culpabilidad del autor es fundamento de medición de la pena» se aproxima a las puras tesis retributivas-preventivas. Pues la primera sólo atiende a la función limitativa de la pena que deriva del principio de culpabilidad. Mientras la segunda quiere admitir dentro de ciertos límites, que por motivos preventivos se sobrepase la pena que sería adecuada a la culpabilidad. Mas la justificación de la pena no depende de la mera conveniencia preventiva. Sino de la justicia que se ajuste a los demás lindes que se derivan de los derechos y garantías que reconoce la misma C. La justicia se reconoce por nuestra C. como un valor fundamental en su artículo 17. Justicia que, por un lado, se predetermina por el legislador en los mínimos y máximos punibles para cada delito —y que ya reflejan de por sí cierta dosis de retribución limitada a la importancia del bien jurídico—, pero por el otro, por la gravedad

de la culpabilidad de la acción que fue objeto del juzgamiento con base en la cual se ha de fijar la pena judicial. Gravedad de la culpabilidad y consecuente magnitud de la pena que a su vez se deben encausar y limitar por los derechos y garantías que reconoce la misma C. y por los que asimismo es posible que aquella pena se evite y se sustituya en aras de la paz jurídica y la readaptación social responsable de la persona.

— II —

La "peligrosidad social" o la "culpabilidad de autor" y la medición de la pena

Es sabido que a la luz del positivismo criminológico, poco a poco se abrieron paso en México las ideas que pugnaron para que la duración de la pena de prisión estuviera en función de la «peligrosidad» del delincuente y no sólo en razón del hecho cometido. Bajo el amparo de dichas ideas —que se atemperaron necesaria y convenientemente por nuestras normas constitucionales de legalidad y seguridad jurídica— se acogió en México el sistema de las penas de prisión relativamente indeterminadas. Al concederse así en la legislación penal el arbitrio judicial para individualizar la sanción, dentro del mínimo y el máximo punitivos previstos en la ley, conforme a las circunstancias del delito y a las personales del delincuente, según revelasen la «peligrosidad» del delincuente. Ahora bien, en el CPF, el CPDF y el CPC, la «peligrosidad» —que se identificó también en la práctica forense como la «temibilidad» del sujeto— ya dejó de ser un elemento que deba valorar el juez para individualizar la pena.

La «peligrosidad», entendida como *mayor o menor «propensión a delinquir»* (en el futuro), o bien como *«manifestación indeseable de conductas precedentes» a la que dio pie al enjuiciamiento o sumadas a ésta*, era un motivo anticonstitucional para graduar la individualización de la pena de prisión. Y ello es así por varias razones jurídicas básicas: **En el primer extremo**, porque de fijarse la pena por una conducta que aún no se realiza y que se pronostica a priori (peligrosidad): por más razonable que pudiere parecer una motivación así, ella viola los principios de tipo penal, responsabilidad y debido proceso que reconoce la carta magna. Y ello es así con base en los artículos 14, 16, 19 y 20 C., en virtud de que ellos evidencian lo siguiente: **1)** Porque la C. faculta procesar y condenar por las conductas típico-penales injustas que se realizaron culpablemente —cuerpo del delito y responsabilidad— que precisamente fueron objeto del proceso. Pero no soporta el juzgamiento por conductas que las personas puedan realizar en el futuro. **2)** Porque en un debido proceso penal, conforme con las diversas fracciones del artículo 19-A C. y a los artículos 16 y 19 de la misma C., a los inculcados les sería imposible defenderse de conductas futuras. **3)** Porque ello conculca, además, la garantía de la exacta aplicación de la ley penal (artículo 14 C.) Ya que es obvio que se inobserva tal indemnidad si se fija o incrementa una pena de prisión con base en una conducta presumida (peligrosidad) y no por la que se juzgó al inculcado y que prevé la ley penal. **4)** En suma, porque la C. exige que la pena —que prevea la ley penal— se imponga por el hecho cometido que se captó exactamente por el delito que prevé la misma ley penal. (Artículo 14 C.) Esto es, por el cual primero se procesa al individuo —como probable responsable— y luego se le juzga y condena —como responsable—. (Artículos 14, 16 y 19 C.) *La Constitución autoriza pues a juzgar y a aplicar penas por delitos cometidos que motivaron el proceso, pero no permite imputarlas, imponerlas o cuantificarlas por los se puedan cometer. En el segundo extremo*, porque cuando se valora la «conducta precedente» del sujeto, que ya fue materia de condena irrevocable, para así determinar el «grado» de peligrosidad —o de la ahora llamada «culpabilidad de autor» (en vez de la culpabilidad del acto) y de esta manera incrementar la pena— también se incurre en violación de la C.: **5)** Porque del mismo modo se trastocan las garantías que se motivaron en las líneas anteriores (según las razones en ellas expuestas.) **6)** Porque también se viola la diversa salvaguarda individual que recoge el artículo 23 de la Constitución. Misma que se da en protección de la persona y no en favor del Estado. Pues a nadie se le puede juzgar dos veces por el mismo hecho. Ni tampoco se le debe perjudicar penalmente de manera doble por el mismo motivo. Non-bis in idem. Y *el atender a una conducta que ya se juzgó con anterioridad, para así deducir la mayor propensión a delinquir o simplemente la intensidad del reproche (peligrosidad o culpabilidad de autor) y de acuerdo con ello agravar la pena legal o judicial de prisión, es punir al sentenciado —aunque sea en parte— por la misma conducta por la cual antes ya se le juzgó y se le sancionó. Por lo tanto, en el fondo aparece sancionarlo dos veces por el mismo motivo.*

En el error que se crítica incurre la tesis jurisprudencial siguiente, según se ha explicado:

CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO, EN TÉRMINOS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 52 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, DE 10 DE ENERO DE 1994. Del proceso legislativo de la referida reforma se advierte que tuvo como finalidad abandonar el criterio de la peligrosidad como el eje fundamental sobre el que debía girar la individualización de la pena, para adoptar la figura del reproche de culpabilidad. Al respecto, los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal vigentes a la fecha, establecen un esquema de individualización de la pena que es una especie de combinación de dos sistemas, el de culpabilidad de acto como núcleo del esquema, y el de culpabilidad de autor como una suerte de cauce hacia una política criminal adecuada. El numeral 52 indica que al imponer la pena respectiva debe atenderse al grado de culpabilidad del agente, en tanto que el artículo 51 dice que deben tenerse en cuenta las circunstancias peculiares del propio sujeto activo, entre las que destaca, en términos del artículo 65 del mismo cuerpo de leyes, la reincidencia. Por otra parte, la fracción VIII del propio artículo 52 señala que debe atenderse a las condiciones propias del sujeto activo, que sirvan para determinar la posibilidad que tuvo el mismo de haber ajustado su conducta a lo previsto en la norma. Todas estas reglas tienen como finalidad específica servir de medio por virtud del cual el derecho penal proporciona la seguridad jurídica a que aspira, teniendo para ello como objetivo la prevención de conductas delictivas, al ser una de las formas que asegura la convivencia de las personas en sociedad, y así cumplir con la prevención especial a que alude el numeral 51 del ordenamiento legal citado, que deriva de la aplicación de la pena a un caso concreto para evitar la posterior comisión de delitos por parte del sentenciado. Por tanto, si bien las alusiones a la culpabilidad deben ser entendidas en la forma de una culpabilidad de acto o de hecho individual, en esas referencias necesariamente deben encontrarse aspectos claramente reveladores de la personalidad del sujeto, ya que es incuestionable que la personalidad desempeña un papel importante en la cuantificación de la culpabilidad, toda vez que es uno de los datos que nos indican el ámbito de autodeterminación del autor, necesario para apreciar el por qué adoptó una resolución de voluntad antijurídica pudiendo adoptar una diferente. En ese orden de ideas, es claro que el juzgador al determinar el grado de culpabilidad del acusado, debe tomar en cuenta sus antecedentes penales, para así estar en posibilidad de verificar si la prevención especial consagrada en el artículo 51 ha funcionado o no.⁹⁷⁴

Ciertamente se podrá aducir que la ejecutoria transcrita no hace más que interpretar el sentido del párrafo primero del artículo 65 del CPF con relación al artículo 52 del mismo código; más aún cuando tal hermenéutica es la que aparece como la más viable según el texto y la ubicación de la norma. Sin embargo, es igualmente verdad que aquella no es la única interpretación posible; y que si esto no se admite así y aquél fuese en realidad el único entendimiento admisible del precepto, él no quitaría entonces el hecho de la inconstitucionalidad de esa norma, porque se estaría autorizando al juez a intensificar la pena de prisión — sean en más días, más meses o más años de cárcel a cargo de las personas— con base en conductas que fueron ajenas a las que les motivó el proceso y sólo por las cuales se les puede lícitamente condenar en ese debido proceso; y sin que la C. autorice —sino que en vez de ello lo prohíbe en su artículo 23— que las conductas ya antes juzgadas y por las que se impuso pena vuelvan a ser materia o motivo en otro proceso para fijar o incrementar otras penas —que a la vez se señalan en la ley para otras conductas—. Esto es la ley y la C. autorizan a punir con las penas que la misma ley prevea para el delito por el cual se juzgue debidamente al inculpado, pero la misma C. de ninguna manera faculta sino que prohíbe que a la persona se le incremente la pena con base en conductas que todavía no comete o que ya fueron objeto para sancionarlo en un proceso anterior. De todo ello se sigue que: La pena —y por supuesto su magnitud— ya no se funda —o no se debería fundar— en la «peligrosidad» que antes prescribía la ley penal al responsable de cualquier delito —o en la que ahora se le pretendería sustentar a través de un simple “cambio de etiquetas” en la llamada “culpabilidad de autor por la conducción de su vida”—. Todo ello sin apego a las razones de un estado de derecho. Pero, además, sin ninguna base consecuente real. Pues se suponía —y se asume— que a mayor peligrosidad —o culpabilidad de autor— mayor pena. La cual, naturalmente, se haría cumplir en los reclusorios donde aquella peligrosidad —o personalidad del autor— se reduciría —o llegaría a transformarse a favor del

⁹⁷⁴ Materia: Penal. Tesis de jurisprudencia 76/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de quince de agosto de dos mil uno, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros, presidente en funciones Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Clave 1A./J., Núm. 76/2001. Contradicción de tesis 16/2000. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegados Primero y Segundo, ambos en Materia Penal del Tercer Circuito 4 de abril de 2001. Mayoría de tres votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo.

Derecho—. ¿Pero es eso cierto? Porque la propia peligrosidad del sujeto —de haberla— se acrecienta de esa manera —esa es la realidad— en lugar de eufemísticamente disminuirla o eliminarla con la ejecución de la pena según su medida. Sin que nada de eso cambie respecto a la llamada "culpabilidad de autor", pues con la ejecución de la pena de prisión la personalidad del autor de ordinario no se transforma en beneficio de la sociedad sino más bien en su perjuicio, sino es que las condiciones de la cárcel y la excesiva duración de la misma pena de prisión terminen por anular la personalidad contra el derecho a la dignidad humana. Pues cuanto más tiempo se pase en prisión, mayor será la contaminación criminógena de la cárcel y la institucionalización del sujeto. Sin olvidar las condiciones reales de promiscuidad, insalubridad, dificultad de servicios médicos, de carencia de fuentes de trabajo y de educación propias para la dignidad de las personas y para garantizar su eficaz reinserción social y que la propia C. estipula como deber del Estado. Por esos y por otros muchos motivos, siguen aún vigentes las palabras de Giorgio del Veechio, quien en 1947 aseveró: (...) La historia de las penas es, en muchas de sus páginas, tan deshonrosa para la humanidad como la de los delitos.⁹⁷⁵

La única posibilidad constitucionalmente admisible del sentido del párrafo primero del artículo 65 del CPF para que se tomen en cuenta los antecedentes penales del inculpado a efectos de la pena, es que dichos antecedentes —consistentes en sentencias condenatorias ejecutoriadas respecto de delitos de igual naturaleza al que se sentencia— se redirijan al juicio de la culpabilidad —y no así al de la gravedad de la misma—: en cuanto puedan servir para indicar que el sujeto conocía la naturaleza penal del injusto que cometió y, por ende, aquellos datos valgan para sustentar el primer componente de la culpabilidad de la persona, esto es, que actuó con conciencia del injusto penal que cometió. Y ello es así por las razones siguientes: **1)** Porque es evidente que los antecedentes penales de una persona no indican de igual modo si la persona tuvo un margen razonable de elegir conforme a la norma —con lo cual apenas se afirmaría la culpabilidad—. **2)** Porque dichos antecedentes penales menos aún indican cuál fue la magnitud del margen de elección que tuvo el sujeto en el caso concreto, misma que viene siendo la materia propia a indagar para individualizar la pena. **3)** Porque de no entenderse de éste modo, se cae en la ilegitimidad esencial de confundir los datos que sustentan a la culpabilidad con la gravedad misma de esa culpabilidad, cuando es un contrasentido que la culpabilidad pueda por sí misma y sin más fundamentar su propia gravedad. Esto es, el hecho de que los antecedentes penales de una persona le permitan saber con claridad cuáles serán las consecuencias de su conducta si acaso ésta es igual a las que motivaron esos antecedentes, no permite inferir por sí mismo que la persona haya tenido mayor margen de elegir en el caso concreto; pues para ello *habrá que atender a la ausencia o presencia de circunstancias de vulnerabilidad y motivantes del hecho que hubieren ampliado —o en su caso reducido— su ámbito de elección. En suma: el grado de reproche —al menos en los delitos dolosos— no puede descansar en el conocer o poder conocer la ilicitud penal de la conducta sin caer en la ilegitimidad de intensificar la pena de acuerdo con la culpabilidad misma y no con base en su intensidad, dado que el conocer —o la posibilidad de conocer— la ilicitud penal de la conducta ya formó parte del juicio de culpabilidad.* **4)** Y más aún, porque la penalidad ordinaria que prevé la ley no es para

⁹⁷⁵ Giorgio Del Veechio, *Sobre el Fundamento de la Justicia Penal*, Editorial Reus, Madrid, España, 1947, pp. 13 y 15.

quienes hubieren tenido la posibilidad razonable de conocer la relevancia penal de su injusto, sino, precisamente, para quienes hayan tenido conocimiento efectivo o eventual de aquella relevancia—. **5)** *Porque son cuestiones muy distintas conocer o poder conocer el carácter penal de la conducta que se realiza cuyos extremos se inferirían de los antecedentes penales de la persona —y que sirven para fundamentar el primer componente de la culpabilidad—, a la magnitud del margen que tuvo la persona para actuar de otro modo cuando realizó la conducta que se juzga —y que es precisamente el criterio válido para sustentar la gravedad de la culpabilidad—.* **6)** *Porque tampoco en la individualización de la pena habrá ya que preguntarse si la persona —sabiendo o pudiendo saber de la ilicitud penal de su conducta— pudo actuar de otro modo, toda vez que esta cuestión está igualmente resuelta con el juicio de la culpabilidad; sino lo que se ha de indagar como materia de la individualización de la pena es cuánto margen tuvo la persona para actuar de otro modo, lo que es distinto.* **7)** *Porque la gravedad de la culpabilidad se mide por el margen de las posibilidades que tuvo la persona en el caso concreto para conducirse conforme a la llamada de la norma, las cuales aparejan aquellas circunstancias que lo hubieren orillado a cometer el injusto penal, cuestiones éstas que no es posible resolver con base en que el inculpaado tenga antecedentes penales que le permitieran conocer su injusto.* **8)** *Porque menos aún la intensidad de la pena puede sustentarse en que la pena de prisión anterior hubiere resultado ineficaz como medida de prevención especial, a menos que el juicio se aparte de lo que dice la ley y autoriza la C., para pretender endosar una garantía del inculpaado precisamente en su contra, ampliando el poder punitivo en su perjuicio con base en la incompetencia del mismo Estado en readaptar eficaz y dignamente al sentenciado.* **9)** *Porque si bien es cierto que a afecto de decidir la conciencia del injusto penal como componente de la culpabilidad —que no de la intensidad de la misma— será relevante el hecho de que la persona ya hubiere cometido otro injusto en condiciones muy similares por el que se le hubiere impuesto pena, porque ello precisamente le permitía saber la ilicitud penal de su conducta; es igualmente verdad que ese conocimiento también se puede inferir de datos muy distintos, como sucede cuando se trata de un delito “natural” sin que en él concurren circunstancias especiales que racionalmente vuelvan inexigible actuar de otro modo, y sin que ese motivo ya fuese suficiente para sostener que —en el caso concreto— el mismo le amplió a la persona el margen de decidir conforme a Derecho, ya que para esto se habrán que tomar en cuenta cuáles fueron las motivaciones personales del autor en el caso concreto que se juzga y sus condiciones de vulnerabilidad por las cuales se pueda valorar de cuánto espacio dispuso la persona para actuar de otro modo.*

Una cosa es, pues, valorar que el sujeto pudo actuar de otro modo y otra la es examinar cuál fue el espacio que tuvo el sujeto para actuar de ese otro modo. Es ésta cuestión y no aquella la que debe guiar el arbitrio en la individualización de la pena de prisión.

— III —

Las pautas y los límites básicos en la medición de la pena de prisión

La medición de la pena de prisión se debe pues ajustar a los principios, los fundamentos y los límites que se han enunciado en el capítulo precedente para apreciar la culpabilidad en un estado de derecho. Y muchos de esos límites son válidos para individualizar las penas restantes, aunque por lo pronto me ocupe sólo de trazar

los de la pena de prisión.⁹⁷⁶ Todo ello lleva a que en la individualización de la pena de prisión es importante tener en cuenta las pautas y los límites siguientes:

1) La primera pauta: Se debe evitar confundir a la imputabilidad o a la culpabilidad con el grado de reproche. De entrada, al individualizar la pena de prisión se debe evitar confundir a la imputabilidad y a la culpabilidad con la materia del grado de reproche. Pues mientras la imputabilidad —como «aptitud» de "comprender" el carácter penalmente injusto de su conducta y la «capacidad» de "auto-determinarse" conforme a esa comprensión— es de ordinario un presupuesto de la culpabilidad —como capacidad para ser culpable— y la culpabilidad es elemento del delito e informa a la responsabilidad penal que como categoría procesal adjetiva a aquella en el Derecho Mexicano. Por su parte, el grado de reproche «mide la gravedad» de esa culpabilidad penal. Así, cuando se establece la "imputabilidad" en un caso concreto, sólo se da el presupuesto para que «pueda» haber "culpabilidad". Esto es, para que luego se entre a ver si hubo culpabilidad. Pero esa culpabilidad —como *elemento del delito*— sólo existirá en aquél caso concreto cuando el sujeto —siendo imputable al realizar su acción— *conoció o pudo conocer la ilicitud penal de su conducta y, asimismo, actuar conforme a derecho*. Por otra parte, enseguida de declarar la existencia de la culpabilidad, el juez debe individualizar la pena de prisión que ha de sufrir quien cometió el delito, *cuya principal manifestación es determinar el quantum (duración o intensidad) de la pena*. Esa individualización judicial se debe hacer con base, entre otros elementos, en el "grado de reproche" de la conducta del agente. El cual resulta ser la «medida» de la gravedad de su "culpabilidad" y el principal indicador para el quantum de la pena. **Y aquél grado de reproche no se sustenta en la imputabilidad ni en la culpabilidad en sí de la persona, sino en la magnitud del ámbito que esa persona tuvo en el caso concreto para actuar conforme a la norma.**

Por lo tanto: **1.1)** Si *graduar* el reproche es determinar la gravedad de una culpabilidad que ya se dio: dicha gravedad de la culpabilidad no se resuelve porque el agente tuvo la «aptitud» de "comprender" el carácter penalmente injusto de su conducta y la «capacidad» de "auto-determinarse" conforme a esa comprensión, en tanto esos extremos conciernen a la imputabilidad. **1.2)** Así como tampoco se decide porque el sujeto bien «pudo» "conocer" la ilicitud penal de la conducta que realizó y, asimismo, pudo ajustarla a Derecho. En virtud de que tales cuestiones ya se zanjaron al declarar la culpabilidad del agente y, por ende, su responsabilidad penal. **1.3)** Sino que decidir la «gravedad» de la «culpabilidad» es despejar cuál fue la «dimensión» del margen de elección que tuvo el agente en el caso concreto para ceñirse a Derecho. **1.4)** Por ello, la medida de tal margen no se soluciona con la afirmación de que el inculcado bien «pudo» *conocer* la ilicitud penal de su conducta y en vez de ella actuar conforme a la norma; pues de este modo se confunde la afirmación de que el sujeto tuvo margen para elegir según la conciencia del injusto, con la dimensión de tal margen y, por ende, se incurre en la inconsecuencia de que al primer componente de la *culpabilidad* se le asimile con la *graduación* que se hace de su *gravedad*. **1.5)** *De igual manera, una cosa es afirmar que alguien tuvo posibilidad de decidir —como exigibilidad de otra conducta y que es el segundo componente de la culpabilidad— y otra distinta la es*

⁹⁷⁶ No sólo la pena de prisión, sino todas las demás penas tienen sus propias características, sus pertinentes cercos limitadores y baremos individualizadores que escapan los confines de este trabajo al merecer un trato propio que de por sí reclama una materia que insiste en su trato pomenorizado —que no autónomo—. Penología.

resolver cuánto margen tuvo la persona a tal efecto. Ésta cuestión se zanja «después» de que se declara la culpabilidad del agente. Esto es, enseguida que se determina que la persona tuvo un margen racional para decidir conforme a la norma. Sin que la gravedad del reproche deba sustentarse en aspectos que en realidad sólo indiquen que la persona tuvo tal margen de elegir, es decir, en aquellos que permitan afirmar que el sujeto pudo actuar de otro modo, pero que poco o nada indican de la "magnitud" del margen de elección del cual aquél dispuso para poder actuar de otro modo; cuando precisamente es éste mayor o menor ámbito de elección el que fundamenta la gravedad de la culpabilidad. 1.6) Y es que la mera culpabilidad no puede fundar por sí misma y sin más su propia gravedad sin caer en la ilegitimidad de la repetición del juicio en perjuicio de la persona. Pasándose por alto que en realidad una cosa es afirmar que el agente tuvo espacio para actuar conforme a derecho y otra la será definir de «cuánto» espacio dispuso aquél a tal efecto. 1.7) Graduar pues el reproche presupone que ya existe el reproche del cual ahora se tratará de definir su medida. El grado de reproche refleja la gravedad de la culpabilidad penal: donde lo que se pondera son las circunstancias que en el caso concreto ampliaron o disminuyeron el espacio que tuvo el agente para elegir una conducta jurídicamente adecuada. Tomando en cuenta las circunstancias personales y del hecho, pertinentes a tal efecto.

Así pues, la materia a ponderar en la gravedad del reproche, será "medir" la posibilidad que en el caso concreto tuvo el agente de ajustar su conducta conforme a Derecho. Esto es, según la mayor o menor facilidad que tuvo para hacerlo según la motivación en la aberración del injusto y el espacio o margen de decisión del autor en el caso concreto.

2) La segunda pauta: La conciencia del injusto no es materia del grado de reproche, sino del reproche mismo tanto cuando se trate de plena conciencia del injusto, como cuando se trate de un error de prohibición vencible. De acuerdo con lo dicho, al evaluar la gravedad de la culpabilidad: **2.1)** No se trata de ponderar la fácil posibilidad que tuvo el sujeto para saber el carácter penalmente ilícito de su conducta, porque esa cuestión pertenece principalmente al juicio de culpabilidad. En tanto que habrá plena conciencia del injusto como primera categoría de la culpabilidad, precisamente cuando se llega a la conclusión de que la persona sabía de la ilicitud penal de la conducta que realizó. Y, asimismo, habrá una culpabilidad ya atenuada por la ley cuando la persona no conocía el alcance penal de su conducta pero sí existían condiciones razonables para que ella la conociera cuando realizó su acción. Por ende, en ambos casos apenas estaría dada la primera base para que a la persona se le pueda hacer responsable de la punibilidad ordinaria o atenuada que la ley asigna al delito que se le impute, pero asimismo en ambos casos queda aún por resolver **2.1.1)** si la persona tuvo margen según otras circunstancias **2.1.2)** y de cuánto margen dispuso aquella para actuar conforme a Derecho. Dicho de otra manera: Al resolverse que la persona tuvo margen para actuar de otro modo apenas se termina de establecer su culpabilidad. Mas al disiparse de cuánto margen dispuso la persona —lo cual apareja que antes se solucionó que aquella tuvo margen— se estará ya zanjando la gravedad de su culpabilidad. **2.2)** Por ello, tampoco se trata de que se deba incrementar la pena en virtud de que el saber la ilicitud penal de la conducta debió darle al sujeto más motivos para actuar de otro modo, **2.2.1)** porque de nuevo se está tan sólo fundamentando su culpabilidad —en su primer componente, esto es, la conciencia del injusto penal y la cual es parte del juicio de reproche— pero en realidad no se está fundando el grado del mismo—. **2.2.2)** Y porque ese error implica a la vez un doble juicio en perjuicio de la persona, ya

que con base en él se le agravará la pena a aquella. **2.3)** El que la persona debido a sus antecedentes u otras condiciones personales haya sabido de la ilicitud penal de su conducta o la haya podido saber debido a aquellas condiciones personales, sólo autoriza a determinar los extremos de penalidad que ya fijó el legislador según haya habido conciencia plena del injusto o si sólo hubo un error vencible de prohibición; de tal suerte que si por aquella razón se incrementara la pena se daría una doble calificación a los efectos de la pena por el mismo motivo, la cual sería contraria a la prohibición del artículo 23 C. Más aún, porque si el sujeto actuó sin conocer tal ilicitud penal pero pudiéndola fácilmente conocer, ello ameritará por imperativo de la misma ley una atenuación de la penalidad legal ordinaria. **2.4)** De aquí que la cuestión a elucidar como materia de la gravedad de la culpabilidad no sea el conocimiento efectivo o posible del injusto, sino qué tanto margen tuvo la persona para ajustar su conducta a Derecho con base en datos que no le aparejen una doble calificación perjudicial, lo cual es diferente. De todo esto se obtiene la siguiente pauta.

3) La tercera pauta: Las circunstancias que fueron materia de las diversas categorías o elementos del delito están excluidas del grado de reproche. Así como es inadmisibile que el juicio de gravedad de la culpabilidad y el de la trascendencia de la lesión jurídica en aquella se basen en circunstancias no probadas o en conjeturas, prognosis abstractas o en suposiciones adornadas de retórica, o bien en juicios estereotipados o basados en la llamada culpabilidad de autor en vez del quantum del margen concreto para actuar conforme a la norma. *Por igual es inaceptable considerar para el grado de reproche las circunstancias que ya fueron materia de las diversas categorías o elementos del delito para configurar al delito en sí. Ello implica una doble agravación: La que hace previamente el legislador para fijar los límites punibles para ese delito según los elementos que lo integran y la que luego haría el juez por el mismo motivo para individualizar la pena judicial con la consecuente trasgresión del artículo 23 C.* En tal contexto, los tribunales federales y estatales por igual han señalado correctamente, que no pueden servir de base para normar el arbitrio judicial las circunstancias o elementos de cualquier índole ya comprendidos en la descripción legal como constitutivos de delito. Cuenta habida que la agravación de la pena atendiendo a tales motivos, sin duda apareja una doble agravación que vulnera el principio "non bis in ídem" del artículo 23 C. Pues sabido es que las circunstancias o elementos comprendidos en la descripción de los tipos o para constituir el delito mismo ya se les consideró por el legislador en orden a establecer la entidad de la pena legal para el delito que se juzga. De aquí que: **3.1)** Una cosa será el daño o peligro ocasionado al bien jurídico, el cual es elemento del tipo y, por ende, del delito, y otra muy distinta será la trascendencia de esa lesión y según los motivos del activo a tal virtud y su relación con la víctima a efecto de decidir de cuánto margen dispuso para actuar conforme a Derecho. **3.2)** Asimismo: Una cosa será afirmar que el sentenciado quiso apropiarse ilegalmente de la cosa o dañar el patrimonio ajeno, los cuales son aspectos del dolo de robar y por tanto se corresponden a otro elemento del delito, y otra la serán los móviles para robar. **3.3)** Y una cosa será afirmar que el activo pudo elegir conforme a Derecho, lo que concierne a su culpabilidad y otra la será sostener que por ciertas circunstancias del caso concreto y de la misma persona tuvo menor o mayor margen de elegir conforme a la norma. **3.4)** La trascendencia de la lesión según los móviles, la relación entre el activo y la víctima, así como las circunstancias que en mayor o menor medida favorecieron o desfavorecieron la conducta conforme a la norma, especialmente, las condiciones de

mayor o menor vulnerabilidad tan de la persona, así como aquellas que circundaron la realización de la conducta y que de manera lógica facilitarían la comisión del delito o bien le dificultarían, han de ser los indicadores para decidir el menor o mayor margen para decidir conforme a derecho que ha de reflejarse en la intensidad del reproche y por ende en el grado de culpabilidad y la magnitud de la pena. Ilustran al respecto la tesis jurisprudencial del Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Segundo Circuito y la del TSJC, siguientes:

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA, RECALIFICACIÓN DE CONDUCTAS. VIOLATORIA DE GARANTÍAS. De conformidad con el principio de prohibición de la doble valoración de los factores de determinación de la pena, según el cual no pueden atenderse nuevamente por el juzgador al efectuar la individualización de la pena, aquellas circunstancias o elementos del delito en general que forman parte de la descripción típica en particular, por haber sido ya tomados en cuenta por el legislador al efectuar la individualización legal al fijar el marco punitivo entre el mínimo y el máximo de las sanciones a imponer; es evidente, que si el juzgador al momento de individualizar la pena utiliza como elementos de soporte del ejercicio de tal facultad jurisdiccional al hacer el razonamiento respectivo, el señalamiento de conductas por parte del justiciable, que han sido ya determinadas como elementos del tipo penal del delito que se le imputa, ello implica una recalificación de conducta al hacerse un doble reproche respecto de una misma determinación que, en consecuencia, resulta ilegal y violatoria del principio consignado en el apotegma "non bis in idem" reconocido por el artículo 23 constitucional.⁹⁷⁷

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. GRADO DE REPROCHE O DE CULPABILIDAD: CONSIDERAR EL DOLO DE ROBAR EN LA, APAREJA UNA VIOLACIÓN A LA PROHIBICIÓN DE DOBLE AGRAVACIÓN. Todo delito de robo conlleva para su existencia jurídica el "querer apoderarse de una cosa ajena mueble a costa del patrimonio ajeno". Así se desprende del supuesto legal de dicho delito. Por consecuencia, el tomar en cuenta tal circunstancia constitutiva del dolo en el tipo penal de robo para individualizar la pena de prisión, apareja violar la prohibición legal de doble agravación que consigna el Código Penal. Lo que encuentra su apoyo en el artículo 23 de la carta fundamental del país.⁹⁷⁸

4) La cuarta pauta: El punto de arranque para decidir el grado de reproche es el término medio de la penalidad legal aplicable. Los códigos penales federal, del Distrito Federal y de Coahuila —como igual sucede con todos los códigos penales de la república mexicana— omiten precisar desde qué punto —entre los extremos de la penalidad legal de prisión aplicable al delito— debe el juez partir para individualizar la que ha de corresponder al culpable. ¿Deberá el juez partir del mínimo legal punible o bien del máximo legal punible? ¿O bien el punto de arranque deberá ser el término medio de la penalidad legal aplicable o simplemente tal punto de partida deberá quedar al completo arbitrio del juez? Claro que para eludir cualquier compromiso se puede replicar que esas interrogantes son ociosas, porque el juez no tiene por qué señalar el punto del cual parta sino tan sólo tendrá que razonar cómo es que llegó a cierto grado de reproche. Pero esa objeción deja en el aire dos aspectos torales: ¿Cómo es posible llegar a un punto determinado si no se tienen en cuenta los extremos legales del mismo y de que en ellos ya se expresa la mínima y máxima culpabilidad que el legislador tuvo en cuenta para fijarlos? Y el segundo: Debido a la neutralidad de los indicadores que da la ley penal para individualizar la sanción, ellos no permiten saber si se habría de partir del mínimo legal punible o del máximo, según fueren sólo datos que atemperasen o agravasen la culpabilidad. Por otra parte, desde el enfoque de la garantía de legalidad estricta del artículo 14 C., ciertamente la omisión de que se habla es del todo criticable debido a la falta de certeza que esa laguna genera, aunque ella no obsta sino que en realidad impele a tratar de definir cuál debe ser ese punto de partida.

Ahora bien, 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

⁹⁷⁷ S. J. F. y su Gaceta, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, diciembre de 1995, Tesis II, 2°, P. A., J/2, Tomo: II, p. 429

⁹⁷⁸ TSJC, Sala Penal, T. P. 767/95, sentencia 145/96, 9 de abril de 1996, unanimidad de votos, Antonio Bercheimann Arizpe y Efrén Ríos Vega, *Testis Penales, Actualización I*, op. cit., T. II, pp. 443 y ss

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 esos límites expresan la mínima y la máxima culpabilidad que el legislador estima con relación a cada delito y dentro de los cuales se deberá fijar judicialmente la pena de prisión de acuerdo con la gravedad del reproche en el caso concreto. Se trata, pues, de que al principio de "estricta racionalidad y necesidad social de las penas" según ciertas lesiones antijurídicas intolerables, 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 aflictivas para el reo puede ser considerada lesiva para la dignidad de la persona.⁷⁹ Ahora bien: **4.1)** Si la ley señala ciertos datos que el juez deberá tomar en cuenta para determinar la pena de prisión que deba sufrir la persona y aquellos datos son neutrales en la forma que los enuncia la ley, en tanto que en unos casos los mismos datos podrán ser indicadores de un mayor grado de reproche y en otros de uno menor, según hayan incidido en el caso concreto para ampliar o reducir el margen de elección de la persona para actuar conforme a la norma; por consecuencia, el punto de partida para individualizar la pena de prisión no puede ser el mínimo legal punible (lo que supondría que la ley sólo señalaría datos agravantes), ni tampoco puede serlo el máximo legal punible de prisión para el delito que se trate (lo que supondría que la ley solo señalaría datos atenuantes.) **4.2)** Por lo demás, sería del todo irracional y arbitrario dejar tal punto de partida al criterio del juez según él lo estime conveniente, porque el debe tomar en cuenta aquellos indicadores que en el caso concreto tan aumenten el grado de reproche, como también aquellos que lo disminuyan. **4.3)** Porque si tal punto de arranque se ha de definir antes de atender a la gravedad concreta de la culpabilidad, el dejarlo al mero arbitrio del juez significaría una lotería de justicia y un rompimiento del principio de igualdad. **4.4)** Por ello, con base en el principio de igualdad no puede sino partirse del término medio de la punibilidad legal aplicable que reflejaría un grado medio de culpabilidad, pues en abstracto las normas no pueden sino referirse a pautas que reflejen la media general que atiende a todos por igual, para de ahí considerar las distintas y particulares condiciones y motivos que en el caso concreto le hayan ampliado o reducido el margen que tuvo la persona para elegir conforme a la norma cuando realizó la acción por la que se le juzga: tomándose así en cuenta la innegables diferencias y particularidades que median en la acción de cada cual y determinando el quantum de su margen circunstancial y personal de elegir conforme a la norma, completándose de ese modo el acato a la citada garantía de igualdad. Porque ese principio de igualdad se fortalece en la medida que la ley permite tratar en forma diferenciada a los desiguales según la magnitud de la culpabilidad de cada quien.

De todo ello se deriva lo siguiente:

4.5.1) Que el grado del reproche es la medida sobre la «gravedad» de la culpabilidad, según el mayor o menor margen que el sujeto tuvo de elegir una conducta adecuada a la norma al realizar su injusto.

⁷⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón...*, p. 396.

4.5.2) El grado de reproche (gravedad de la culpabilidad) se debe orientar hacia arriba del término medio, en la medida que la mayoría o la intensidad de las circunstancias subjetivas y objetivas del hecho que sean pertinentes (relevantes), razonablemente favorezcan que el sentenciado eligiera una conducta conforme a Derecho. Y siempre y cuando falte alguna o más que de manera especial hicieren menos fácil la elección.

4.5.3) En sentido contrario, en la medida que la mayoría de las circunstancias pertinentes (relevantes), razonablemente obstaculizaron al agente elegir una conducta jurídicamente adecuada, o haya concurrido una o más de especial intensidad que hicieren menos fácil la elección, el grado del reproche se debe orientar hacia abajo del término medio.

Elo apareja que según la vulnerabilidad del sujeto en el caso concreto —lo que se decide de acuerdo con sus circunstancias personales con relación a su injusto y sus motivos para el mismo, según le amplíen o reduzcan el margen de adecuar su conducta a la llamada de la norma— para aquél podrá significar un mayor o menor esfuerzo la decisión de delinquir. Mientras mayor sea la vulnerabilidad concreta menor será la gravedad de la culpabilidad. Y mientras sea menor la vulnerabilidad concreta, será mayor el margen de elección y la gravedad de la culpabilidad.

5) La quinta pauta: Se debe evitar el error de resolver el grado de reproche con un concepto matemático de suma y resta de factores a favor y en contra. Un concepto matemático de suma y resta de factores a favor y en contra ya conlleva de por sí una generalización desventajosa que pugna con la garantía de igualdad. *El grado del reproche se da por la intensidad con la cual en el caso concreto se manifiesten los factores facilitantes de la decisión adecuada y la de los que le obstaculizaron tomarla al sujeto según su situación de vulnerabilidad personal en ese caso en particular, pero no necesariamente por el simple número ni la mera suma y resta de factores concurrentes en uno y en otro sentido.* En Coahuila, la apreciación en conjunto de la "gravedad del ilícito" y la "gravedad de la culpabilidad" determinan al "grado de punibilidad". Con base en el cual el juez debe imponer prudentemente la pena de prisión aplicable al caso concreto. (Artículos 71 a 74 del CPC.) Por su parte, los artículos 52 del CPF y 72 del CPDF aunque se refieren a ambos aspectos, no los dividen en grados sino que los reconducen —correctamente aunque en forma poco clara— al mismo grado (gravedad) de culpabilidad, del cual se deriva el mismo grado (gravedad) del reproche y de la pena. Pero ello no impide y la razón sí exige que así se deba de hacer, a efecto de respetar el principio de congruencia o proporcionalidad entre esos grados y la pena que se fije. Lo que lleva a la pauta siguiente.

6) La sexta pauta: La pena debe ser congruente con el grado de reproche, pero no es indispensable que la equivalencia sea siempre exacta. Una vez determinados los grados de culpabilidad y, en su caso, de intensidad (trascendencia) de lesión en el hecho que se desprenda de acuerdo con aquella —por la cual al grado de aquella se le debe reconducir—, éste a su vez determina el grado de punibilidad con base en el cual el juez aplica la pena. En tal orden de ideas surge entonces *el «principio de congruencia» ente el grado de punibilidad y la medida de la pena. El grado de punibilidad (gravedad de la culpabilidad y conforme a ella de la lesión) determina la medida de la pena.* ¿Pero ha de ser la pena «exactamente» congruente con el grado de punibilidad, o hay salvedades al respecto? Los criterios judiciales prevaecientes se reflejan en la siguientes tesis jurisprudencial del Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito y la diversa tesis del TSJC:

PENA. SU INDIVIDUALIZACIÓN IMPLICA DETERMINAR EN FORMA INTELIGIBLE EL GRADO DE PELIGROSIDAD DEL SENTENCIADO. Como a la autoridad judicial responsable el Código Penal para el Estado de San Luis Potosí, en su artículo 59, le impone la obligación de apreciar conforme a su prudente arbitrio, la peligrosidad del sentenciado, ello lógicamente implica que debe determinar en forma inteligible el grado en que la ubica, teniendo en cuenta al respecto que entre la mínima y la máxima, puede expresarse en diversas formas esa graduación, por ejemplo: mínima; levemente superior a la mínima; equidistante entre la mínima y la media; media; ligeramente superior a ésta; equidistante entre la media y la máxima; máxima, o inferior o superior al referido punto equidistante. De manera que es imperativo que en la sentencia el ad quem determine en forma clara el grado de

peligrosidad del inculpaado; lo cual no se cumple cuando al respecto la cataloga simplemente como "superior a la mínima", pues tal locución resulta ambigua y abstracta al no determinar el nivel exacto que indique qué tan próximo o lejano de ese límite mínimo se halla ubicada la misma. Por tanto, viola la garantía individual de legalidad, en perjuicio del quejoso, la indeterminación del grado de peligrosidad aludida, pues se traduce en una deficiente individualización de la pena, que impide dilucidar el aspecto de la congruencia que legalmente debe existir entre el quantum de la pena impuesta y el índice de la peligrosidad del delincuente.⁹⁸⁰

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. GRADO DE PUNIBILIDAD Y PENA IMPUESTA: DEBE GUARDAR RELACIÓN CONGRUENTE CON AQUEL, MAS ES INNECESARIA UNA CORRESPONDENCIA MATEMÁTICA EXACTA. Esta Sala ha sostenido que la pena que el juez impone, no necesariamente debe guardar correspondencia de precisión matemática con el grado de punibilidad estimado. Ni que el juez sólo deba usar expresiones que conlleven esa precisión rigurosa al fijar el grado de punibilidad. De lo contrario, se violentaría la facultad concedida al juez de ejercer prudentemente el arbitrio judicial al imponer la pena de prisión. La cual debe fijarse en correlación razonable con el grado de punibilidad estimado, pero sin que ello implique exactitud matemática. Ello es así, porque la ley, al referirse al grado de punibilidad omite establecer fórmulas sacramentales para expresar dicho grado en forma matemática rigurosa. Es decir, que predeterminen exactamente la pena en todos los casos, conforme al grado así expresado. Ahora bien, por imperativo de seguridad jurídica, debe existir reciprocidad entre el grado de punibilidad y la pena que el juez imponga. Pero la ley no dice que la equivalencia deba ser a través de expresiones que conlleven adecuaciones matemáticas exactas, siempre y en todos los casos. De aquí que si la ley reserva al juez las palabras que utilice al referirse al grado de punibilidad que fije, según las circunstancias conducentes previamente valoradas, aquella conexión implique una congruencia razonable entre el grado de punibilidad y la pena que se imponga. Así, ninguna duda cabría cuando el juez concluye con un grado "máximo", "medio" o "mínimo" de punibilidad. E incluso cuando emplea la expresión "equidistante" entre "X" y "Y", (expresión, de poco uso en la práctica forense.) Mas en tales casos, las expresiones permiten una correspondencia matemática exacta. Sin embargo, el problema surge cuando el juez emplea expresiones carentes de precisión matemática. Por ejemplo: "entre uno y otro extremo, más cercano a uno, o a otro". Lo que es frecuente. En tales casos, la ley no obliga al juez a usar expresiones que permitan una conversión rigurosa. Pero sí debe reconocerse, por imperativo de seguridad jurídica, que se debe ser lo más específico posible. Y a que la pena que se imponga sea tal, que esté en correspondencia razonable con el grado de punibilidad y los límites legales punibles fijados al delito. Como sucede en el caso, que entre el término medio y el mínimo legal punible, la pena sea más cercana a la pena mínima que a la pena media (como así lo señaló el juez al fijar el grado de punibilidad.)⁹⁸¹

7) La séptima pauta: Al aquilatar el grado de reproche se debe partir de datos probados. La valoración del grado de reproche ha de basarse en datos personales y circunstancias del hecho que estén acreditados. Ya que es preciso que el raciocinio parta de datos probados. Así pues, son inadmisibles las simples hipótesis o especulaciones. Las imaginaciones, las suposiciones y los argumentos puramente retóricos sin sustento en prueba son arbitrarios y se toman autoritarios violando la garantía de debida motivación del artículo 16 C.

8) La octava pauta: Sólo se deben tomar en cuenta los datos conducentes o pertinentes. Se debe evitar el error de intentar aquilatar siempre el grado de reproche con base en todos los indicadores legales que prevén los artículos 52 del CPF, 71 del CPDF y 72 a 75 del CPC. Ya que es incorrecto pensar que para ponderar la gravedad de la culpabilidad y la gravedad de la lesión jurídica conforme a aquella, se deban valorar siempre todas las circunstancias subjetivas y objetivas que se mencionan en la ley para tal efecto, porque en realidad sólo es preciso que se ponderen las que, acreditadas, aparezcan como racionalmente "pertinentes" o "relevantes" a aquella virtud. Así, los artículos 69 y 70 del nuevo CPC regulan que el juez sólo atenderá a los datos "pertinentes". Lo mismo se deriva de los artículos 52-VII del CPF y 72-VII del CPDF, al preceptuar que el juez atenderá a: (...) las condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean «relevantes» para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.⁹⁸² Esto implica entonces una valoración adecuada del caso concreto, con base en los datos que estén probados y que realmente conduzcan a motivar de manera racional el grado de punibilidad en cuanto facilitaron más —o bien menos— la decisión correcta. Luego entonces:

⁹⁸⁰ S. J. F. y su Gaceta, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, agosto de 1996, Tesis IX, 2o, J/3, Tomo IV, p 514.

⁹⁸¹ TSJC, Sala Penal, T. P. 674/96, sentencia 700/96, 8 de octubre de 1996, unanimidad de votos; Antonio Berchelmann Arizpe y Efrén Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I*, op. cit., T. II, pp. 433 y 434.

⁹⁸² Los corchetes son míos.

8.1) Al apreciar la gravedad de la culpabilidad y de la trascendencia de la lesión jurídica a tal virtud, el juez debe citar y motivar nada más los datos «pertinentes» o «relevantes» al mayor o menor influjo que tuvieron en el agente para decidir conforme a la norma. **9.2)** El juez no está obligado de ningún modo a analizar todas y cada una de las circunstancias que en abstracto sirven de indicadores legales para ponderar el grado de punibilidad, si es que alguna o algunas de ellas **a)** carecen de sustento probatorio, **b)** o son inconducentes, **c)** o bien, son ambivalentes para normar el arbitrio.

En tal sentido se expresan las tesis siguientes:

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA, ESTUDIO DE LOS FACTORES RELEVANTES PARA LA. No puede afirmarse que el ad quem infringiera lo dispuesto en los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal y que hubiera dejado de tomar en cuenta las testimoniales de buena conducta ofrecidas en favor de la inculpada, o su educación, ilustración o costumbres, por el hecho de que al razonar sobre la peligrosidad (o culpabilidad de la inculpada) y respecto de las penas a imponer, no se hubiera hecho mención especial con relación a cada una de esas circunstancias, dado que la labor de individualización judicial de las sanciones aplicables, consiste en un razonamiento lógico-jurídico tendiente a justificar el porqué la autoridad jurisdiccional se inclina a establecer, en su caso, determinado grado de peligrosidad del agente, pero ello como producto de un análisis general y previa confrontación entre aquellos factores que beneficien al reo, y los que le perjudican. Por consiguiente, bastará con hacer mención de los aspectos que sobresalen y que en el caso de que se trate revistan verdadera importancia ya sea para agravar o para atenuar la sanción, mas no existe razón lógica para enfatizar aquellos factores irrelevantes o ambivalentes en ese caso particular, que no aporten ningún dato eficazmente cuantificable para efectos de establecer la peligrosidad, que era la base para la determinación de las penas hasta antes de las reformas a los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, con vigencia a partir del 1o. de febrero de 1994 (o la culpabilidad del autor y magnitud del hecho, que constituyen la base para la imposición de las penas). Por tanto, si en el caso a estudio el Tribunal de apelación señaló atinadamente como factor preponderante, la extensión del daño causado, por constituir esto una circunstancia exterior de ejecución del delito, de la que se puede inferir también la temibilidad del autor, según la legislación aplicable en la fecha de hechos, y ello le permitió imponer una sanción acorde a una peligrosidad equidistante entre la mínima y la media, resulta irrelevante el que no se hiciera un estudio especial y pormenorizado sobre la educación, costumbres o actuar precedente de la acusada, puesto que estas circunstancias aun cuando concurren no desvirtúan, ni compensan o desvanecen el diverso factor negativo (extensión del daño) que, sin duda, permite estimar aplicable una mayor medida punitiva con todo y que se cuente con factores favorables y aun cuando no se hubieran expresamente tratado, pues ello no quiere decir que no hubieran sido tomados en cuenta por el juzgador.⁹⁸³

PENAS, SOLO DEBEN ESTUDIARSE LOS FACTORES RELEVANTES PARA LA FIJACIÓN DE LAS. No ha existido ni existe obligación del juzgador de aludir o citar en su resolución todos aquellos aspectos existentes en el campo de la posibilidad y en abstracto (los que como mera enumeración ejemplificativa de factores de agravación o atenuación de la ilicitud y de la culpabilidad están contenidos en el actual artículo 52 del Código Penal Federal) que eventualmente puedan influir para individualizar una pena; y de explicar siempre por el método de eliminación, la razón de por qué no debe atenderse a todas ellas, sino que por el contrario, el órgano judicial sólo tiene el deber de citar aquellas circunstancias del agente o del hecho delictuoso que justifiquen el porqué de un menor o mayor reproche (culpabilidad), y la aplicación de la sanción correspondiente, razonando en cada caso el motivo de la agravación o de la atenuación del quantum de la pena a que se hubiera hecho acreedor el enjuiciado.⁹⁸⁴

9) La novena pauta: Los datos personales del inculcado solo se pueden aquilatar en su favor. A efecto de determinar el grado de reproche se debe atender a los indicadores legales que señalan los artículos 52 del CPF, 71 del CPDF y 72 a 74 del CPC. Dentro de los cuales están los datos personales del sentenciado, lo cual motiva la interrogante siguiente: ¿Qué acaso esa exigencia legal no contradice la idea (sostenida aquí) de que la pena se debe basar en la gravedad de la culpabilidad del acto y no en la del autor? Ya que tal culpabilidad de autor precisamente se sustenta en la personalidad del mismo o lo que él ha hecho de su vida (según se desprendería de sus datos personales —y respecto de los cuales, en su caso, se incluirían sus antecedentes penales—.) Sin embargo, es indudable la respuesta negativa a esa pregunta y a esas consideraciones, al menos si se quiere respetar los límites que la C. le impone al poder punitivo del Estado y a la vez ser congruentes con las aspiraciones a un estado de derecho donde se honren los derechos esenciales de las personas reconocidos por la misma C. Y porque es perfectamente posible interpretar aquellas

⁹⁸³ Instancia Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: S. J. F. y su Gaceta Parte II, Julio de 1995 Tesis II 2o P.A.7 P. Página: 240. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 1032/94 Josefina de las Mercedes Gutiérrez Gutiérrez. 2 de mayo de 1995 Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Vega Sánchez. Secretario: José Nieves Luna Castro.

⁹⁸⁴ Instancia. Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: S. J. F. y su Gaceta Parte II, julio de 1995 Tesis II.2o P.A.6 P. Página: 258. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO Amparo directo 1032/94 Josefina de las Mercedes Gutiérrez Gutiérrez. 2 de mayo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Vega Sánchez. Secretario: José Nieves Luna Castro.

previsiones legales de acuerdo con dicha visión garantista. En efecto, *los datos personales o la personalidad del sentenciado se podrán aquilatar para individualizar la sanción siempre y cuando ellos reflejen la especial vulnerabilidad en que dichas circunstancias personales colocaban al sujeto respecto a su margen de elección; de tal suerte que aquellas se tomen ya no para agravar tal culpabilidad y la pena consecuente, sino precisamente para lo contrario, para disminuirla, pues al proceder de esa manera quedan ya sin sustento las objeciones de que se emplee a la llamada conducción de la vida como motivo para agravar la situación penal de la persona, en tanto aquellos motivos fungen para atenuar dicha culpabilidad y la pena consecuente.* Por lo que para tal efecto habrá que estimar esos indicadores no en función de la mayor o menor facilidad del sujeto para saber en el caso concreto de la ilicitud penal de su conducta y la cual sólo sirve para decidir la culpabilidad más no para medir su gravedad; sino del menor margen que en el caso concreto tuvo el sujeto para ajustarse a la norma y decidir el injusto que realizó.

Es cierto que contra las razones expuestas cabría aducir que los artículos 52 del CPF, 71 del CPDF y 72 a 74 del CPC no restringen al juez a que sólo deba tomar en cuenta los datos personales o antecedentes del sujeto en la medida que le hayan reducido el margen de decidir conforme a Derecho; por lo que si la ley no distingue, no cabría hacer esa restricción y también cabría considerar la conducta precedente del inculpado o sus datos personales que en el caso concreto hayan favorecido una conducta conforme a Derecho para ampliarse así la magnitud de la culpabilidad y de la pena consecuente. Sin embargo, a esa hermenéutica habrá que oponérsele que toda interpretación debe orientarse a hacer congruo en lo posible el entendimiento de la ley con los derechos que reconoce la C. y con las garantías que la misma establece. (Interpretación contextual democrática.) Y en tal sentido, es un hecho que los artículos 14, 16, 19 y 20 de la C. sólo autorizan imponer penas con base en la conducta por la cual la ley prevé como delito y es materia del enjuiciamiento, sin que esos artículos permitan agravar esas penas de acuerdo con aquellos datos personales que más bien ya son expresión de la vida libre en sociedad de aquél sujeto y que protege nuestra C.; como tampoco el artículo 23 C. permite imponer o agravar las penas de acuerdo con conductas precedentes que ya fueron juzgadas con anterioridad y las cuales, además, no fueron materia del proceso.

La edad, la educación, el medio social o laboral y las condiciones económicas son indicadores de la personalidad, más ellos se han de tomar en cuenta en cuanto sean pertinentes o relevantes porque hayan reducido el margen de elegir conforme a la norma. Es distinto a que alguien agrede por un motivo nimio a que lo haga por una ofensa relevante para el mismo agresor (inculpado) en su ámbito socio-cultural. La pobreza y las diferentes culturas y subculturas en una sociedad tan desigual y con grandes marginaciones como la mexicana llevan al sujeto a comportamientos grupales o individuales inducidos por sus medios, sus circunstancias subculturales y sus roles en el grupo al que pertenezcan. Fenómeno que en muchos aspectos también se reproduce en sociedades de naciones más desarrolladas. Esos medios, circunstancias subculturales y roles en el grupo también pueden reducir el margen de elección o por el contrario darle a la persona menos motivos para asumir la conducta elegida. En la visión inconstitucional de una culpabilidad de autor, la conducta precedente, la subcultura "diferente" y las condiciones mismas de desigualdades socio-existenciales distintas a las que la autoridad considere "decentes" o socialmente "correctas" serán motivos para

agravar el reproche. Y ello no significa más que ser congruente con una autoritaria selectividad criminalizante desde el poder, desconociendo las desiguales condiciones sociales y las diferencias inherentes de cada ser humano, con lo cual se incurre en una postura tan selectiva como discriminatoria en contravención con lo que prohíbe el párrafo tercero del artículo 1° de la C. Cuando las primeras son y serán desigualdades de toda sociedad libre que ninguna C. y ninguna ley respetuosa de los derechos humanos puede sancionar, sino por el contrario respetar, porque cuenta con ellas cuando parte de una sociedad de seres humanos libres. Y porque sin intentar regular aquellas desigualdades, la misma C. sí aboga porque se reduzcan las que se den entre las personas cuando ellas se traducen en desventajas derivadas de la insatisfacción misma de derechos constitucionales —individuales o colectivos— plasmados en la propia C.: salud, educación, trabajo, salarios justos, dignidad, acceso a la justicia y a los servicios públicos elementales, etc. Porque en buena medida la selección criminalizante y discriminatoria parte de estereotipos negativos dentro de los cuales se encuadra al sujeto según sus datos personales. Olvidándose que, precisamente la coincidencia real con esos estereotipos negativos indica en muchos casos un menor margen de elección.

Por otra parte, habrá que distinguir los datos personales tales como la edad, la educación, el medio social, la religión, la filiación política, las condiciones económicas y culturales en general de la persona, de las circunstancias concretas externas que motivan a actuar en cierto sentido a la persona según su propia condición personal, porque éstas circunstancias externas si se pueden tomar en cuenta para apreciar que la persona dispuso de mayor margen para actuar conforme a la norma y en tanto aquellas circunstancias ya no son propiamente datos personales, aunque de hecho se relacionen con frecuencia con estos. Y es que en la realidad los roles que las mismas subculturas y los grupos imponen a la persona fungen en gran medida como indicadores de su margen de elección, incluso en personas que pertenecen a grupos socialmente "correctos". Pues mientras más presiones interactivas haya para el rol de la persona, es muy probable que esas tensiones reduzcan su margen de elegir en el caso concreto. En la perspectiva de una culpabilidad de acto ajustada a los límites que imponen los derechos y garantías constitucionales, aquellos datos "personales" en la medida que hayan imbuido a la persona en un rol presionante que luego desembocó en el injusto, deben reducir el grado de reproche de la conducta objeto del enjuiciamiento. El mismo artículo 9° de CPC considera de por sí a la edad menor a dieciocho años como razón suficiente para atenuar la punibilidad legal para todos los delitos (en Coahuila la edad penal se da desde los dieciséis años): y el mayor número de delitos se comete por jóvenes de entre dieciocho y treinta años, dato que criminológicamente está probado como un indicador de mayor vulnerabilidad del agente que favorece la elección injusta reduciendo el margen de la misma. Y ello es muy distinto a que se tomen los datos personales del inculpado como mero motivo para agravar su culpabilidad, si acaso ellos no son claramente conducentes para reflejar la mayor facilidad de elegir conforme a la norma por falta de algún motivo presionante o de la grave presunción del mismo.

Por lo demás, una gran parte de los delitos violentos tiene asidero en relaciones sociales, grupales o familiares conflictivas. Los homicidios o las lesiones por relaciones abusivas o presiones motivacionales de muy diversa índole ocupan un buen espacio en el universo de la criminalidad. Desde los delitos pasionales y los originados como respuesta motivacional derivada del grupo al que se pertenece o por el rol social asignado, hasta los

delitos por maltrato familiar que se dan tan hacia dentro como hacia fuera de los núcleos de presión o de conflicto. E incluso una porción la ocupan los delitos que cometen personas en situaciones difíciles y extraordinarias para las cuales aquellas no están preparadas mental o emocionalmente, precisamente, por vivir una vida normal y dentro de la legalidad, donde la crisis existencial orilla a personas a salvarla a través de un delito. Y es que incluso en los casos en que el juicio de culpabilidad haya llegado a la conclusión de que tan no se pueda afirmar que el sujeto conocía de la ilicitud penal de su conducta, como que sí había condiciones razonables para que la pudiese conocer y estando ya así dentro de la culpabilidad atenuada, todavía sí podrá evaluarse si en tales casos habla más o menos margen de elección en la medida que la circunstancia motivacional o de presión sea más o menos intensa; así como menor será la fuerza motivacional de la norma, mientras sea más amplia la presión grupal o la marginación social; esto es, la vulnerabilidad de la persona en las circunstancias concretas de la conducta que se juzga. Y ello sin contar aquellos casos donde es escaso el influjo motivador de la norma penal bien sea por la nula observancia de la norma en el ámbito social o bien debido a la exigua o confusa difusión de cuáles conductas son las realmente prohibidas por la ley penal.

10) La décima pauta: La motivación del grado de reproche debe ser respetuosa de los derechos humanos del inculpado que reconoce la misma C. Como ineludible derivación de todo lo anterior, la debida motivación de los datos no nada más debe ser respetuosa del artículo 16 C., sino, además, de todos los derechos humanos del inculpado que reconoce la misma C. De aquí que es inválido hacer consideraciones en atención a prevenir las conductas de otros o conforme a las conductas de otros en lugar de la del sentenciado y conforme a las cuales él habría de haberse ajustado. Y ello es como se indica: **10.1)** Porque fundar la gravedad de la culpabilidad en consideración a otros y no en atención a la acción que realizó el mismo inculpado, ya significa veladamente pasar por alto que el juzgamiento es por aquél acto, que es a lo que nada más autoriza el artículo 14 C. y no en atención a que sea una medida ejemplar para otros. **10.2)** Porque igualmente el sancionar al inculpado conforme a cómo otro se habría comportado en su lugar, apareja punir al inculpado por lo que otro como él podría haber hecho y no por lo que él precisamente no pudo hacer. **10.3)** Porque asimismo aquellos criterios aparejan lesionar la dignidad del inculpado como persona y desconocer su autonomía como tal, atentando por añadidura contra su garantía de igualdad al no reconocer las innegables diferencias entre cada cual y de las motivaciones en cada acción. Por lo tanto, los datos de que se parta deben conducir a una conclusión jurídico-racional que evite las inconsecuencias de juzgar de acuerdo a como hubiere actuado la persona promedio, porque entonces se estará juzgando en consideración a los demás, en vez de estimar cuál es la medida de la propia culpabilidad del sujeto.

Sin embargo, ello no significa que no puedan hacerse consideraciones de vulnerabilidad del sentenciado que desde el enfoque constitucional o legal apareje que su condición personal refleja el incumplimiento de derechos fundamentales que presumiblemente haya favorecido su decisión de delinquir; más en tales casos lo que se hace es tomar en cuenta aspectos personales que racionalmente disminuyen el grado de reproche y que, por tanto no derivan en su perjuicio. Aún así, es muy pobre en la práctica, por no decir inexistente, el cuidado debido de los sujetos procesales para procurarse los más datos posibles y útiles para medir la gravedad de la culpabilidad. Y es muy difundido el que se acuda a formas de expresión estereotipadas que en

nada o poco valoran realmente acerca de ese grado en el caso concreto e individual. Más aún, cuando en la sentencia se citan de manera indiscriminada todas las circunstancias que se tienen a la mano, aunque carezcan de prueba suficiente o sean inconducentes para decidir sobre el grado de culpabilidad y de la trascendencia de la lesión jurídica. Y luego, sin distinguir y sin que se sepa exactamente cuáles son en verdad los datos concretos que originan la motivación judicial en esos extremos (misma que también se omite con frecuencia), se dice cuál es la gravedad de la culpabilidad y la del ilícito. Ejemplo de criterios que se basan en el respeto de los derechos reconocidos por la C., o que basándose en datos personales no redundan en perjuicio del individuo son los de las tesis siguientes:

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. FACTORES QUE DISMINUYEN EL GRADO DE REPROCHE O DE GRAVEDAD DE LA CULPABILIDAD (DELITOS PATRIMONIALES). Por regla general en los delitos patrimoniales, la instrucción hasta sexto grado de primaria del agente y el tener un ingreso de ciento veinte pesos semanales, disminuye su margen de elección. Pues la escasa instrucción escolar sin cumplirse siquiera con la aspiración de la Constitución y que ésta erige como garantía en el artículo 3º constitucional, aunada a la precaria situación económica del activo para atender a sus necesidades, así como a las de otras dos personas, tomando en cuenta el costo actual de los bienes y servicios, son conducentes para dificultar elegir una conducta conforme a derecho en delitos de aquella naturaleza.⁹⁸⁵

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. GRADO DE CULPABILIDAD. CIRCUNSTANCIAS PERSONALES QUE LO ATEMPERAN: DISMINUIDA SITUACIÓN SOCIAL, CULTURAL Y ECONÓMICA DEL SENTENCIADO. Esta Sala ha sostenido reiteradamente que el disminuido marco social, cultural y económico de un inculpaado son factores relevantes que dificultan elegir la conducta jurídicamente adecuada en los delitos contra el patrimonio en los que se desprenda razonablemente la presunción de que el móvil fue cierto apremio económico derivado de aquellas condiciones. Y si al momento del hecho el inculpaado tenía 19 años de edad y no obstante apenas contaba con instrucción hasta segundo año de primaria con un ingreso semanal de ciento ochenta pesos fijos, dependiendo de él dos personas que son sus padres que no se hallan en condiciones de trabajar, es claro que esos datos son pertinentes para disminuir y no para aumentar el grado de reproche, dada la condición de vulnerabilidad que le facilitó la elección contra la norma en el caso concreto.⁹⁸⁶

11) La undécima pauta: La “gravedad del ilícito” como parte del grado de reproche debe referirse a la trascendencia del daño y no al daño mismo, así como a los motivos para la misma. Tan de los artículos 52 del CPF y 72 del CPDF, como del artículo 71 del CPC también se desprende otro extremo especial que hay que atender al individualizar la pena de prisión:

Es el análisis de la «gravedad del ilícito» en el caso concreto. El que se debe apreciar según los factores que influyeron en la decisión de la persona con relación a la intensidad de su injusto y de las consecuencias del mismo que por tal virtud aquél pudo más o menos fácilmente conocer y se vio impulsado a realizar.

Así, al afirmar el grado de culpabilidad no se deja de lado la magnitud del injusto, porque la culpabilidad no puede sino asentarse sobre un injusto a cuya intensidad se debe ajustar el reproche con las condiciones siguientes: **11.1)** El injusto se debe atender sólo en la medida de la mayor o menor trascendencia de la afectación al bien jurídico lesionado en el caso concreto según los motivos de decisión del autor y la perspectiva del sujeto respecto de esa trascendencia en el caso concreto. **11.2)** No se trata entonces de la calidad o entidad genérica del bien lesionado, sino de los efectos del daño o del perjuicio en el caso concreto que al autor le eran más o menos conocibles y de las motivaciones de dicho autor con relación a aquellos. Ello quiere decir que desde que el injusto dejó de ser meramente objetivo —que se correspondía con la visión causal de dividir al delito en elementos objetivos y subjetivos donde aquél era objetivo y la culpabilidad subjetiva— ahora es posible hablar de un injusto personal, donde las circunstancias personales y los motivos

⁹⁸⁵ TSJC T.P. 140/96 Sentencia 415/96. 27 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Antonio Berchelmann Arizpe y Efrén Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I*, op. cit., T. II, p. 480

⁹⁸⁶ TSJC T.P. 332/96, Sentencia 597/96. 29 de agosto de 1996. Unanimidad de votos. Antonio Berchelmann Anzpe y Efrén Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I*, op. cit., T. II, pp. 477 y 478.

de decisión juegan papel importante para aquilatar las consecuencias indeseables más allá del mismo injusto que eran más o menos conocibles a la persona con motivo de su acto y decidir así como el grado material de tal injusto ha de influir en la medida del margen que tuvo la persona para elegir conforme a la norma. **11.3)** El mismo motivo puede ser o no ser trascendente para atenuar el grado de reproche según la magnitud del injusto. Más ésta intensidad del injusto no consiste en el mismo injusto (considerándolo en abstracto o en concreto pero de manera estereotípica), sino que aquella magnitud se aquilata según el concreto trastorno al ofendido o víctima; esto es, según la «trascendencia concreta» de los daños materiales y morales causados con la conducta del responsable respecto al ofendido o víctimas en particular y que aquél estuvo en condiciones de prever, al igual que la relación del agente con el ofendido o víctima y el influjo de tal relación en la comisión del delito; lo mismo que la gravedad del peligro afrontado en el evento concreto. Sólo de esa forma y en tales aspectos es jurídicamente viable ponderar la «gravedad del ilícito» en el caso concreto, es decir, si es que se toma en cuenta y se valora de manera racional, la "trascendencia" de daño en concreto —sin olvidar que una cosa es el daño y otra la es la trascendencia del mismo— y la forma en que las circunstancias vinculen al ofendido o víctima con el inculpado y dándole menos o más motivos para ajustar su conducta a la norma. De aquí surge la necesidad de evitar otro yerro: **11.4)** Pues si para apreciar el grado de reproche se toma en cuenta por ejemplo la abstracta importancia de la lesión al bien jurídico, se estará incurriendo en doble agravación toda vez que aquella importancia de la lesión ya se consideró por el legislador para fijar los límites legales punibles; y, además, se desatiende una interpretación consecuente con los fundamentos y límites de la pena con base en la gravedad del ilícito y de la misma culpabilidad que sólo pueden apreciarse en el caso concreto en relación con aquellos indicadores. Las tesis siguientes del TSJC son ilustrativas al respecto:

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. GRADO DE LESIÓN JURÍDICA SEGÚN LA TRASCENDENCIA DEL DAÑO. La trascendencia del daño a que se refiere el artículo 104 del Código Penal, como indicador para valorar la gravedad del delito, debe interpretarse con relación al impacto económico y moral que se hubiera producido para el ofendido y las víctimas y no como la afectación social que en abstracto genera el delito.⁹⁶⁷

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. GRAVEDAD DEL ILÍCITO COMO ELEMENTO PARA INDIVIDUALIZAR LA PENA, NO DEBE CONFUNDIRSE CON LA LESIÓN JURÍDICA COMO ELEMENTO DEL TIPO PENAL. El a quo violó lo dispuesto en la fracción II del artículo 104 del Código Penal, al omitir ponderar el grado de gravedad del ilícito, por considerar que éste es captado por la modalidad aplicada al tipo del delito de robo. Confundió así la lesión jurídica como elemento del tipo penal de acuerdo con el artículo 11 del Código Penal, con el grado de la misma. Que de conformidad con lo dispuesto en la fracción II del artículo 104 del mismo ordenamiento legal, debe valorarse de acuerdo con los indicadores legales que la ley señala para tal efecto, según la mayor o menor trascendencia de los daños producidos. Si se hiciera abstracción de la trascendencia del daño, para atender al daño por sí mismo, es claro que se violaría el artículo 107 del Código Penal. Pues la lesión jurídica constituye un elemento del tipo penal que ya tomó en cuenta el legislador para sancionar el hecho con un mínimo punible. De tal suerte que si se tomara en consideración de nuevo para incrementar la pena, se violaría, además, el artículo 23 constitucional, al sancionar dos veces por el mismo motivo. Sin embargo, tal violación es inexistente cuando se atiende a la trascendencia del daño. Pues en este caso, lo que se pondera es esta trascendencia y no el daño en sí.⁹⁶⁸

Por último, no es ocioso destacar que el CPC distingue con claridad los principales factores que el juez deberá atender para decidir la gravedad de la culpabilidad, de los datos conducentes para valorar la gravedad de la

⁹⁶⁷ TSJC T.P. 14/95. Sentencia 191/96. 07 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Antonio Bercheimann Anzpe y Efrén Ríos Vega, *Testis Penales, Actualización I*, op. cit., T II, p. 510.

⁹⁶⁸ TSJC T.P. 346/96. Sentencia 607/96. 03 de septiembre de 1996. Unanimidad de votos. Antonio Bercheimann Anzpe y Efrén Ríos Vega, *Testis Penales, Actualización I*, op. cit., T II, pp. 508 y 509.

lesión jurídica (que a final de cuentas han valorarse a la luz de la magnitud de dicha culpabilidad). Regulando las circunstancias por aparte, lo que no hace el CPF.

1.2) La duodécima pauta: No es admisible valorar la gravedad del ilícito en los delitos culposos. Igualmente es dable mencionar que en los delitos culposos el CPF, el CPDF y el CPC correctamente omiten referirse a la «gravedad del ilícito o lesión jurídica» para que el juez pondere el grado de reproche. Ello es un acierto toda vez que en los delitos culposos el desvalor del hecho no reside para casi nada en el resultado —cuya intensidad depende en cierta medida del azar (y donde aquella ya de por sí tiene consecuencias en la pena legal)— sino que estriba esencialmente en la magnitud de la culpabilidad del sujeto al quebrantar la norma de cuidado en el caso concreto y sólo indirectamente en la menor o mayor posibilidad que aquél tuvo de prever el daño concreto que resultó. Y, por lo tanto, la gravedad del desvalor del hecho reside de manera principal en el mayor o menor margen que tuvo el sujeto en el caso concreto para conducirse conforme a Derecho según el riesgo no permitido que generó con su conducta y las circunstancias que mediaron para asumirla y motivar la conducta que asumió. Y, asimismo, porque —como ya se dijo— a la gravedad de la lesión jurídica ya se le toma en cuenta por el legislador en la medida de la pena legal. Por otra parte, el CPC distingue también circunstancias especiales atenuantes y agravantes, según sea delito doloso o culposo. Por todo ello no es ocioso insistir en que:

La gravedad de la culpabilidad y, por ende, la medida de la pena, estribará en el mayor o menor margen de elección que el sujeto tuvo en el caso concreto para autodeterminarse en sentido contrario a la conducta prohibida y, además, en los delitos dolosos, según la trascendencia de la lesión jurídica que decidió originar y los motivos que influyeron en esa decisión. Todo ello, de acuerdo con las circunstancias que sean "pertinentes" ("relevantes") a tal efecto, y sólo conforme a esas circunstancias. Además, sin incluir las que sean materia de cualquier presupuesto o elemento del delito que se cometió para evitar la doble agravación y excluyendo conductas precedentes, las que, además, no fueron materia del proceso ni de la acción que se juzga y por la que se fija la pena.

— IV —

Los fines constitucionales de la pena y las penas alternas (Sustitutivos penales)

La impartición de Justicia que conlleva la pena en todo evento se acota por la gravedad de la culpabilidad. Pero, además, la pena se debe limitar como medida estrictamente necesaria para cumplir los fines que le asigna el artículo 18 C. al "sistema penal".

En efecto, ya antes se señaló que el "*sistema penal*"⁹⁸⁹ —y no sólo el penitenciario— de acuerdo con el mismo artículo 18 C. implica en el ámbito penal a un conjunto de instituciones jurídicas penológicas que miran al fin de readaptación social. Es esa garantía la que en mi concepto legítima acudir a vías y medidas alternas a la prisión para procurar o facilitar la socialización responsable. Dichas instituciones jurídicas se sustentan —entre otras— en bases racionales que se orienten «del y hacia el trabajo y la educación» —como promotoras de esa incorporación social responsable—. De ello se sigue que podrá ser lícito quedar incluso por debajo de la pena de prisión adecuada a la culpabilidad. Pues si bien es cierto que para una teoría retributiva consecuente está

⁹⁸⁹ 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, entre otros, a 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. Otros subsistemas relacionados son el de menores infractores y de policía preventiva.

prohibido tal proceder. Ya que significa que se renuncie parcialmente al sufrimiento penal compensatorio. También lo es que esa visión de sumar un mal a otro mal está superada para el Derecho Penal —según los principios de intervención mínima del poder punitivo, el de estricta racionalidad de las penas y el de readaptación social—. Es por éste fin constitucional y esos principios que las alternativas a la pena de prisión están permitidas e incluso son necesarias, aun cuando la ley prevea pena de prisión para el delito de que se trate, si es que en el caso concreto se puede restaurar la paz jurídica con sanciones menos graves adecuadas a la garantía de readaptación social responsable del sentenciado. Es preciso pues, traer de nuevo a colación la idea de prevención positiva: Pero como aquella que tenga la función limitadora que deviene de los ideales del estado de derecho para servir de freno a los excesos de la prevención general y especial. Y que, por ende, puede funcionar en los distintos momentos en los que se manifiesta el poder punitivo del Estado. De tal manera que la garantía de readaptación social —entendida como conjunto de normas jurídicas e instrumentación material que el Estado ha de implementar para que haga posible la integración social responsable del individuo— pueda funcionar no nada más durante la ejecución de la pena de prisión, sino —mucho mejor— antes o en vez de ella mediante otras medidas diversas a la de prisión o a través de los sustitutivos penales.

Los delitos de pena distinta a la de prisión y los de pena alternativa a la de prisión, al igual que la condena condicional y los sustitutivos penales se corresponden directamente con aquella concepción en relación con la evitación de la pena de prisión para el logro de la integración responsable del sentenciado a la sociedad. Más la reparación del daño también puede entrar aquí de nuevo en juego como suficiente para lograr la paz social en delitos no graves y promover un auto-ajuste social responsable del sujeto manteniéndolo libre en sociedad. Más aún si se le emplea como medio y medida para evitar el proceso o concluirlo de manera anticipada. Por lo demás, podrá ser cierto que cuando se aplica la pena alternativa o un sustitutivo penal se prescinde en parte de las implicaciones que trae consigo un principio de culpabilidad que vea a la pena como fin en sí mismo, para en vez de ella verla como un medio que, a la vez que procure la mínima violencia contra los —real o presuntamente— desviados, modifique el conflicto en búsqueda de una solución que permita el ajuste auto-responsable de la persona en sociedad. Y en tal sentido, también es verdad que la pena alterna o el sustitutivo penal igual cumplen con una garantía individual que es la de facilitar la incorporación social responsable del sentenciado. Con lo cual se actúa de manera congrua con el fin que el artículo 18 C. asigna al sistema penal. Sin que a ésta garantía le sea oponible el principio de culpabilidad a efectos de una mera retribución irracional, ni para satisfacer las necesidades de prevención general o especial sin más, toda vez que ellas mismas están limitadas por los cercos garantizadores de la Constitución. Sin embargo, es igualmente cierto que antes que eso, cuando se llega a condenar por delitos de pena alterna a la de prisión o en los que en virtud de la pena judicial impuesta proceda algún sustitutivo penal, para decidir su procedencia no se puede desechar la culpabilidad. Por el contrario, hasta después de declarar su existencia y medir la gravedad de ella en la sentencia y, por ende, en la pena consiguiente, es cuando el juez se puede apartar de las consecuencias de la culpabilidad en aras de la prevención general o especial concebidas positivamente como limitadoras del poder punitivo estatal —y de las cuales, siempre que sea posible, la última debe tener prevalencia en atención a los

finde de "readaptación social" que nuestra Constitución asigna al 'sistema penal'⁹⁰⁰—. Es más, la graduación de la culpabilidad a efecto de la pena de prisión aplicable es la que en muchos casos permite llegar al límite objetivo de la pena judicial que legalmente hace posible que se aplique la condena condicional y los sustitutivos penales en vez de que se ejecute aquella pena de prisión.

De aquí que sea inaceptable que para ponderar la gravedad de la culpabilidad con base en la cual, apenas se ha de individualizar la pena, se traigan a colación motivos preventivos para incrementarla y que tienen que ver con una situación muy distinta a la de ponderar dicha gravedad. En efecto, cuando el artículo 51 del CPF dispone que: *"cuando se trate de punibilidad «alternativa» el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general o prevención especial"*: es claro que dicha previsión legal alude a la opción "motivada" del juez para decidir entre la sanción no privativa de la libertad y la pena de prisión que puede imponer, lo cual supone que ya antes el juez declaró culpable al inculcado y midió el grado de reproche para decidir la pena de prisión que podría imponer. Así pues, una cosa es individualizar la pena de prisión y otra la es decidir motivadamente entre la pena de prisión a imponer y otra menos gravosa. Por ello, el artículo 51 del CPF de ninguna forma autoriza para que *los fines de justicia, prevención general o prevención especial* se introduzcan éstos antes como criterios para aumentar la gravedad de la culpabilidad ni menos para complementar ésta con la llamada culpabilidad de autor y, por ende, para agravar la pena de prisión como erróneamente se ha estimado en algunos criterios recientes de los tribunales.⁹⁰¹ Por lo demás, el mismo tenor del artículo 51 del CPF pone en claro que aquella opción de la pena de prisión se debe ejercer como última razón (*"...cuando ello sea ineludible..."*); por lo que en principio prevalece el derecho constitucional del sentenciado a su readaptación social a través de la pena menos severa que la de prisión, la que lejos de facilitar dicha readaptación la dificulta. Los motivos y la motivación judicial —sean cuales fueren— deberán ser entonces inexpugnables para sostener y poner en claro y sin duda alguna que será preferible la prisión, cuando precisamente ésta es la más irracional de las penas aplicables a efecto de la readaptación social de las personas como su garantía individual y para un beneficio real —y no solo transitorio y aparente— para la comunidad.

Así pues, sí es concebible que interactúen dialécticamente los fines de prevención asignados a la pena. El de prevención general ajustado al principio de intervención penal mínima y que se manifiesta en la estricta necesidad de las conminaciones penales indispensables.⁹⁰² Y el de prevención especial limitado por el fin de la incorporación o reincorporación social responsable del inculcado o sentenciado por la vía que le sea menos gravosa para lograr ese fin con respeto a la paz jurídica.⁹⁰³ Esos mismos baremos limitadores del poder punitivo pueden operar a su vez como cercos racionales de la punición que se pretenda sustentar en la mera retribución. Y donde la culpabilidad misma sólo puede existir como tal, en cuanto su concepción se ajuste a ciertos lindes que manan de los derechos del ser humano como persona. Pues la pena sólo debe imponerse

⁹⁰⁰ Acerca del significado de la expresión "sistema penal", véase Raúl E. Zaffaroni, *Sistemas penales...*, op. cit., pp. 7 a 10

⁹⁰¹ Al respecto ver la tesis CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO, EN TÉRMINOS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 52 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, DE 10 DE ENERO DE 1994 que se transcribe en el número II del Capítulo Décimo Sexto.

⁹⁰² Véase el núm. IV de este CAPÍTULO y el CAPÍTULO CUARTO

⁹⁰³ Véase, además, el CAPÍTULO DECIMOSEXTO

hasta la medida de la culpabilidad por el acto juzgado y aquella pena se puede —y se debe— ajustar, sustituirse o modificarse para promover en lo posible la socialización responsable del inculpaado o sentenciado o al menos evitar en lo posible su desocialización. Ello no es más ni menos que cumplir con la aspiración del fin que le asigna la C. al sistema penal: la readaptación social y a la vez, hacer eficaces los principios limitadores del poder punitivo que eviten la desocialización de los ciudadanos. Y en mi concepto así se debe entender la segunda parte del párrafo primero del artículo 51 del CPF, la cual prevé que: (...) Cuando se trate de punibilidad alternativa el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad «cuando ello sea ineludible» a los fines de justicia, prevención general y prevención especial. Lo mismo se desprende de la fracción III del artículo 78 del CPC, la cual dice que: *“El sustitutivo se estimará más apto que la pena de prisión, salvo que por las circunstancias personales del sentenciado, su comportamiento previo o con relación al proceso: se desprendan motivos razonables graves por los que sea preferible ejecutar la pena de prisión”*.

El juez, por lo tanto, no podrá entonces desatender sin más la aplicación de la pena alterna no privativa de la libertad o bien la aplicación de algún sustitutivo penal cuando se satisfagan las condiciones objetivas para su procedencia con base en la facultad “potestativa” que le concede el artículo 70 del CPF que señala que “la prisión «podrá» ser sustituida”.⁹⁹⁴ Y ello es así, porque esa “potestad” sí se puede vincular en una aplicación por analogía *in bonam partem* con lo que prevé el artículo 51 del mismo CPF con relación a delitos con pena alterna, ya que los mismos sustitutivos penales implican una pena alterna, para que sólo y nada más se nieguen esos sustitutivos cuando ello sea “ineludible” a los fines de justicia, de prevención general o especial. Ello apareja una expresa motivación que se sustente en datos probados y que permitan concluir racionalmente con la necesidad imprescindible de la prisión en vez de aquellos sustitutivos que miran a la garantía de readaptación social como fin del “sistema penal” de acuerdo con el artículo 18 C. Sin que se deba pasar por alto que ni siquiera la ley puede eximir del deber que tiene toda autoridad de “motivar” sus actos que afecten los bienes jurídicos de las personas en acato de lo que dispone el artículo 16 C.

Así pues, es necesario tener presente que la necesaria motivación de lo que se valora —forzosa conforme al artículo 16 C.— no convierte en “potestad arbitraria” el reconocer al sentenciado la prevalencia de la opción a los sustitutivos penales, como tampoco la hay para decidir de igual modo el negar la concesión de la condena condicional o los demás llamados “beneficios”. Eso es pervertir el sentido de una garantía como es la readaptación social a la cual tienden esos sustitutivos. Las opciones de la pena alterna menos onerosa, de la condena condicional y de los sustitutivos penales son derechos de los sentenciados que no están sujetos a un voluntarismo judicial basado en una simple potestad desicionista sin más —supuestamente autorizada por la ley—, sino que es imprescindible que la decisión judicial se tome con base en una valoración racional respetuosa de los derechos de las personas y por tanto de cada persona según su situación de vulnerabilidad personal, las circunstancias del caso y motivando con base en prueba por qué es ineludible la necesidad estricta de la prisión en vez de la sanción alterna o el sustitutivo.

⁹⁹⁴ Los corchetes son míos.

La expresión "puede" contenida en la ley respecto a la facultad de decidir sobre la procedencia o improcedencia de esos derechos, no convierte, pues, a los derechos del sentenciado en meros beneficios "potestativos arbitrarios" que el juez "podría" negar sin más como a veces se ha estimado erróneamente, ya que como cualquier acto de autoridad que incide en la esfera jurídica de los gobernados, tal acto está sujeto a la debida motivación, donde se deba razonar por qué es "ineludible" que se aplique la pena de prisión en vez de la sanción menos severa, más aún cuando la pena alterna, la condena condicional y los substitutivos penales tienden a hacer eficaz en la realidad la garantía de readaptación social del sentenciado. Y porque la potestad del juez siempre ha de sustentarse en aquella motivación amplia y racional para negarlos sólo y si hay evidencia concreta de la necesidad de la prisión a efectos de justicia o prevención asegurativa de internamiento. De otra manera se deja al sentenciado a merced de la pura retórica y del decisionismo judicial y ese no puede ser el sentido de los artículos 51, 70 y 72 del CPF y 70-párrafo segundo y 84, del CPDF, que disponen que en vez de la pena alterna (o el substitutivo o la condena condicional): "...el juez «podrá»..."; y respecto de la pena alterna: (...) el juez «podrá» imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial. Mientras que los artículos 70 y 78-III del CPC omiten la expresión "podrá" y adoptan una postura más clara al respecto, al disponer que: "El substitutivo se estimará más apto que la pena de prisión, salvo que por las circunstancias personales del sentenciado, su comportamiento previo o con relación al proceso: se desprendan motivos razonables graves por los que sea preferible ejecutar la pena de prisión". Sin que se pueda desconocer que en la última fase del poder punitivo aquellas sanciones alternas o substitutivas llevan ya en sí su ingrediente de castigo y prevención general. Pues aunque a éstos componentes de las sanciones alternas y los substitutivos no se le quiera reconocer así por sus implicaciones deslegitimadoras de irracionalidad y de que se debe responsabilizar sólo por los actos propios y no en virtud de que sirvan de ejemplo a los demás: aquellas sanciones alternas o substitutivas siguen siendo afflictivas y ejemplares en la medida que limitan la libertad ambulatoria o afectan otros derechos, pero con las que se previene también —a través de medidas socializadoras— la afectación de otros derechos. De esa manera, los fines del poder punitivo que se expresa a través del "sistema penal" se pueden y deben lograr a la luz de una concepción de prevención positiva de evitar al menos los efectos desocializadores de la prisión. Atendiendo a que «antes» de que opere la prisión como medio tradicional de respuesta del poder punitivo, es factible acudir a medidas alternas, especialmente en aras de una prevención positiva que promueva la resocialización en atención al fin mismo que el artículo 18 C. asigna al 'sistema penaf'.

Sin embargo, no se puede dejar de advertir que es parca la reglamentación de los substitutivos penales en el CPF, lo que favorece la arbitrariedad. Así, el CPF presenta deficiencias incompatibles con un estado de derecho. Pues no dice cuáles son o en qué consistirán las "condiciones" que el juez podrá imponer junto con el substitutivo penal. Las cuales no se pueden sustraer al principio de legalidad de las penas que estatuye el artículo 14 C.; más aún cuando cualesquiera que sean aquellas "condiciones" éstas ya forman parte del substitutivo penal. El que como tal es pena. El CPF tampoco especifica en qué consistirá el trabajo a favor de la comunidad o en semilibertad ni las condiciones, el tiempo y los lugares para su desempeño. Porque ¿dónde y cuántas horas de trabajo a favor de la comunidad? ¿Diarias o en qué días? ¿En qué podrá consistir el trabajo a

favor de la comunidad? ¿Dónde y bajo qué modalidades se cumplirá la semilibertad? El CPF también omite precisar los mínimos y máximos de la multa sustitutiva y los criterios para fijar su monto. Al igual que pasa por alto que la diversa naturaleza de cada sustitutivo conlleva necesariamente parámetros distintos para medir su duración o cumplimiento. Esto es, el CPF no especifica en aquellos casos las equivalencias de los sustitutivos con la pena de prisión que sustituyan. Y pasa por alto, además, que es imposible aplicar equivalencias en todos los sustitutivos. ¿O cómo se podría estimar una "duración" de la multa, para decidir cuánto tiempo se abonaría a la de prisión en caso de impago? Y en los sustitutivos en los que sí es posible la medición "temporal": ¿cómo habría de computarse el trabajo a favor de la comunidad o la semilibertad? En el primer caso: ¿Cuántos días de prisión? ¿Dependerá la equivalencia de los días o de las horas de trabajo? ¿Y cuántas horas o días de trabajo por día de prisión? Igualmente, el CPF deja fuera la posibilidad de la sustitución de los mismos sustitutivos y no vincula a la autoridad judicial para que intervenga modificando las "condiciones" con las que se haya impuesto alguno de ellos. Variación que sólo se permite si se trata de aspectos incompatibles con la edad, sexo, salud o constitución física del reo, pero sin atender los casos en que aquella sustitución del sustitutivo o la modificación del sustitutivo (que esto último es a lo único que se autoriza por el CPF) se haga necesaria por otras circunstancias razonables, como la imposibilidad de pagar la multa o la falta de instalaciones para que se cumpla la semilibertad, por ejemplo. El CPF tampoco señala un trámite específico para la modificación del sustitutivo, ni precisa qué se debe entender por modificación no "esencial" en cuyo caso debe negarse aquella. El CPF omite asimismo prever qué sucede en caso de impago de la multa o en tanto no se pague o no se garantice la reparación del daño o de si aquellas se pueden cubrir una vez que se inicie la ejecución de la pena de prisión para así suspenderla o impedir que la misma continúe, si acaso antes no se pudo pagar. Como tampoco da una alternativa razonable a los casos de imposibilidad de pago total e inmediato de la reparación por insolvencia del obligado.

La regulación de los sustitutivos penales es más completa y satisfactoria en los nuevos CPC y CPDF. Los que se ajustan al principio de legalidad que debe regir en la aplicación y ejecución de cualquier acto de autoridad privativo de derechos de las personas. El CPC concibe a los sustitutivos penales dentro de la condena condicional y les da una perspectiva nueva con una reglamentación ajustada al espíritu de un estado de derecho llenando los vacíos que se anotaron con relación al CPF. Y respecto al nuevo CPDF llama la atención que mientras sigue la tradicional postura de separar la condena condicional de los sustitutivos, el artículo 34 da márgenes muy amplios al tratamiento en libertad pues no precisa cuáles son: (...) *las medidas laborales, educativas, de salud o de cualquier otra índole que autoriza la ley...* ¡Y que precisamente ella no especifica! Mientras que los artículos 84 y 85 del CPC —a diferencia del CPF y el CPDF— prevén que el juzgador al aplicar la condena condicional: (...) determinará qué 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. Por otra parte, de por sí es interesante la novedosa postura del CPDF respecto a la condena condicional: en tanto que el artículo 89 no condiciona la suspensión de la ejecución de la pena de prisión a un tratamiento en libertad, sino simple y sencillamente a que el inculcado cumpla con otros requisitos mínimos. Sin que ninguno de estos se refiera a medidas de tratamiento o vigilancia del sentenciado, lo cual se explica en virtud de que la condena condicional en esa tesitura sólo se aplica cuando no fue necesario aplicar alguna sanción sustitutiva. Pero precisamente esto pone una vez más de manifiesto la urgente necesidad de regular legalmente vías y medidas alternas al mismo proceso penal —y no sólo a la prisión preventiva y a la pena de prisión misma— para cumplir la readaptación social como fin del sistema penal y a la vez procurando justicia y la paz jurídica antes del proceso penal o durante el curso del mismo y antes de su conclusión. Porque aquellas pueden operar antes del proceso penal o durante el mismo proceso penal, como sucede en Coahuila con los sistemas de faltas penales, la conciliación, el perdón y la reparación del daño como causas extintivas de la acción penal en la mayoría de los delitos perseguibles de oficio que no sean graves.⁹⁶⁶

No debe pasarse por alto en lo que atañe a la reparación del daño, que —contra lo que actualmente prevén el CPF y el CPDF— el artículo 87-III-IV del CPC sólo permite hacer efectiva la ejecución de la pena de prisión que se suspenda en virtud de la condena condicional por impago de la reparación del daño, cuando el sentenciado no acredite su imposibilidad para pagar. Lo cual, además, se regula en incidente ante el mismo juez. En ese aspecto son criticables las exigencias de los CPF y CPDF que condicionan la procedencia de la condena condicional y de los sustitutivos penales a la ineluctable reparación del daño. Porque el dejar sin más la procedencia de la condena condicional y los sustitutivos penales a que se repare el daño, sin importar las posibilidades del sentenciado, equivale a condicionar la despenalización de la sanción más severa de que dispone el poder punitivo a un mero factor económico, cancelando así las posibilidades de muchas personas de exiguos recursos. Además, aquella dirección va en desdoro de la garantía de igualdad, al desconocerse las diferencias que refleja nuestra realidad social y sin que provea, por ende, de un mecanismo de equidad que evite que esas desigualdades se reflejen en un trato discriminatorio, dejándose así la procedencia de la condena condicional y de los sustitutivos sólo en manos de quienes puedan pagar. Debiese importar así que el sentenciado hiciese realmente su esfuerzo de reparar el daño de acuerdo con sus posibilidades. Para que así se respeten las garantías de igualdad y de readaptación social, se evite asimismo el riesgo de castigar la pobreza y el desconocer 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 se resuelva sino es que prevalezca la sinrazón. 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 la pena de prisión

⁹⁶⁶ Ver al respecto el número III del Capítulo Tercero.

se hará efectiva 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 que a la vez permitiría al ofendido o víctima acceder siquiera a una parte del importe que le corresponde por reparación del daño que se le causó. Queda así sin solucionarse —o al menos modificarse— el conflicto —mismo que sí se puede paliar al menos a través de la mínima violencia al desviado y la máxima protección al no desviado que sean posibles—. Y porque, asimismo, aquella solución 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'.⁹⁹⁶

Cabe señalar que para la regulación de los sustitutivos penales en el CPC, tuvo una intervención destacada la Comisión Nacional de Derechos Humanos a instancia en ese tiempo de Miguel Sarre y de un entusiasta grupo de colaboradores. De ahí surgió en parte la Propuesta de Reforma Legislativa Integral sobre las Penas Sustitutivas de Prisión por el lado de aquella Comisión Nacional y que luego tomó al CPC como modelo.⁹⁹⁷ Todos los expertos están de acuerdo en que la ejecución de la prisión es el punto más débil de nuestra práctica del sistema penal y que necesita la reforma con mucho más urgencia que el derecho sustantivo, sino es que el procesal también la requiere al menos por igual. Mas la asignatura de un sistema penal con fines readaptatorios se cumple en gran medida no sólo con cursar una profunda reforma legislativa. Sino también con la instrumentación práctica de sus métodos, que en la realidad se limitan por la escasa disponibilidad de recursos. Muy pocos por cierto. Parte de la solución sería más y mejores cárceles. Perfeccionar sus condiciones, cuyo régimen fomente la responsabilidad con base en el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, a la vez que respete la dignidad del sentenciado en promoción de su reincorporación social. Pero por otro lado, quizá más importante y de seguro mucho menos costosa, es la eficacia de los sustitutivos penales y de las medidas de seguridad complementarias. Cuyas condiciones pocas veces se consideran con seriedad. Tan para contribuir a una sana prevención general positiva, como a la especial en aras de la eficaz readaptación social y sin desdoro de la persona. Su casi nula o defectuosa aplicación o supervisión en la práctica se traduce en indirecta negación del orden jurídico que fomenta delincuencia. Es menos costoso, social y económicamente, un delegado de libertad vigilada para cincuenta personas sujetas a condena condicional o sometidas a tratamiento en libertad o a trabajos a favor de la comunidad; que el gasto de cincuenta espacios carcelarios que se ocupan durante años de encierro ocioso y criminógeno. Hay más riesgos para la sociedad comprobables con la reclusión, que los que acarrea una libertad vigilada. Pero las ventajas de estas instituciones disminuyen, se desvanecen o incluso se vuelven desventajas, si el condenado sabe a ciencia cierta que el sustitutivo será mera simulación. El éxito de observar el "hoy no circula" en una proporción mayor al 99%, no radicó en la severidad de las sanciones administrativas en caso de infracción, sino en la certeza de su aplicación si la infracción se cometía. Con todo ello se llega a la última fase en la que

⁹⁹⁶ 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 coahuilense 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 autonce 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 inculpado esté en posibilidad de cubrirlo. Por el otro, la *Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Restrictivas de la Libertad del Estado de Coahuila* no consigna ese requisito para que actualicen los derechos de libertad anticipada, remisión parcial de la pena y libertad preparatoria.

⁹⁹⁷ La regulación surgió en el CPC desde 1995 y desde ese año está la "propuesta" de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. En ella aparecen como colaboradores Fernando Coronado Franco, María Alma Pacheco Peña y Sara C. Tapia Rangel. Asimismo, esa reglamentación se corresponde con las "Reglas de Tokio", aprobadas el 14 de diciembre de 1990 por la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad.

se manifiesta el poder punitivo del Estado: La ejecución penal. Pero antes de hablar de ella, se precisa una acotación importante con relación al fin del sistema penal.

— V —

La readaptación social como fin del "sistema penal"

El fin constitucional del "sistema penal" mexicano es la readaptación social. Así lo dispone el artículo 18 C. De ordinario se asocia a la «readaptación social» sólo con un "tratamiento" durante la pena de prisión. No obstante que el artículo 18 C. se refiere aquella como el fin del "sistema penal". La expresión "sistema penal" que emplea el artículo 18 C. es pues mucho más extensa que la de sistema penitenciario. Éste se reduce a la ejecución de la pena de prisión. Mientras que el «sistema penal» alcanza no solo a la pena de prisión, sino a todas las penas por las que sea posible lograr un fin resocializador. Porque el "sistema penal" —conforme al artículo 18 C.— se habrá de organizar sobre las bases del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación —medios inmediatos— «para» la «readaptación social» del delincuente —que es el fin último de aquél—. Por ende, si a la «readaptación social» se le concibe en nuestra Constitución como el «fin» del "sistema penal": éste «sistema» deberá aparejar al menos un conjunto de instituciones jurídico-penológicas que se sustenten en bases racionales del y hacia el trabajo y la educación que promuevan que el individuo, respetando su dignidad, se adapte responsablemente a los valores de la sociedad reconocidos por el Derecho. *Reitero entonces que ese fin se puede lograr a través de medios y medidas distintas del usual proceso penal y de la pena de prisión y no sólo a través de dicho proceso, de esa pena o de su ejecución, que en la mayoría de las veces son contraindicados por sus resultados desfavorables en lo personal y comunitariamente.* El que la C. se refiera al delincuente no quita nada a lo dicho en último término, porque si está claro que la readaptación social es el fin del sistema penal, nada empece para que esa garantía se amplíe en la legislación a favor de los inculcados dándoles la posibilidad de otras vías y medidas alternas no sólo a la prisión sino al mismo proceso penal si con ellas es suficiente lograr aquel fin con respeto a los derechos de las víctimas u ofendidos y del interés mismo de la sociedad en que así suceda con ciertas condiciones para evitar los efectos nocivos de la prisión. Pues tan los medios alternos, como los sustitutivos penales y la reparación del daño también cumplen fines socialmente readaptadores. Y en muchos casos pueden lograrlo mucho mejor que la prisión, la cual en sí es desocializante. La readaptación social no es el punto de partida para la pena de prisión, ni podría serlo. Sino que dicha readaptación social tiene un espectro mucho más amplio, cuyo propósito o su fin es la incorporación útil y responsable a la sociedad del inculcado o sentenciado.

Por ello hay que insistir en el hecho de que la "readaptación social" se puede cumplir en sí misma con ciertas penas diversas a la de prisión en muchos casos. Y no nada más a través de la pena de prisión. De aquí que en las penas privativas de libertad por tiempo breve haya que enfatizar la necesidad de explorar la reparación del daño como tercera vía. Ya que por una parte la reparación del daño puede entrar en juego como suficiente para lograr la paz social en delitos no graves; y, por la otra, la «reparación del daño» dentro del «sistema penal» —a que alude el apartado B del artículo 20 C.— es de por sí un medio resocializante. La reparación del daño va pues más allá de ser solo una cuestión jurídica-civil. Contribuye también a los fines de la pena porque educa al autor a enfrentarse con las consecuencias de su conducta y a que aprenda a conocer los derechos

legítimos de los demás, en especial los de su víctima. Igualmente, puede conducir a una reconciliación entre el autor y la víctima y facilitar la integración social responsable del culpable (real o presuntamente.)

En suma, aquella puede contribuir al restablecimiento de la paz social y a una asunción social responsable del sentenciado o inculpado en ese contexto. Por lo tanto, si garantizar la readaptación social como deber del Estado, le apareja a éste el deber de instrumentar sistemáticamente métodos jurídicos, materiales y humanos para la readaptación social, ello apareja buscar vías y medidas por las que sea posible evitar la desocialización que conlleva la criminalización innecesaria que quiérase o no traen aparejada los procesos penales y algunas penas; o bien que permita evitar o acortar la pena de prisión a través de instituciones "jurídicas" que se sustenten en bases objetivas y racionales que permitan al inculpado o al sentenciado una integración responsable en la sociedad, conciliando los intereses de aquellos actores y de las víctimas y lograr así la paz social. El Estado debe pues organizar su "sistema penal" con medidas que eviten ser no benéficas para la gente, a la par que promueva con bases jurídicas y racionales la mínima violencia posible en contra del desviado a través de un ajuste auto-responsable de él a los valores de la sociedad plasmados en el Derecho, lo cual no es más que hacer eficaz en la legislación y en la práctica la garantía de readaptación social.

Resumiendo: Se puede decir sobre la tercera manifestación del poder punitivo, que la imposición judicial de la pena sirve para que, previo el juicio de reproche, se fije la pena hasta la medida de la gravedad de la culpabilidad y para que se imponga la pena de prisión sólo de manera subsidiaria si es que no es posible sustituirla con una menos grave que promueva la socialización responsable del delincuente. Esto es, mediante un procedimiento que a la vez que salvaguarde la autonomía de la personalidad, a la pena se le limite hasta la medida de la culpabilidad. Y por el cual se busquen medidas alternas, que aun cuando queden por debajo de la culpabilidad, sean suficientes para lograr la paz social en atención a los fines que el artículo 18 C. asigna al sistema penal.