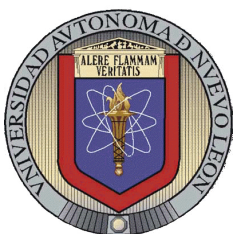


UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN  
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA  
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO  
PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO



TESIS DOCTORAL QUE PRESENTA EL ALUMNO  
GERARDO SAÚL PALACIOS PÁMANES,  
BAJO LA TUTORÍA DEL DR. JOSÉ ZARAGOZA HUERTA,  
PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

EL PROBLEMA DE LA ANTINOMIA DE LOS FINES  
DE LA PENA PRISIONAL COMO OBSTÁCULO  
PARA LA REINSERCIÓN SOCIAL

CD. UNIVERSITARIA  
DICIEMBRE 2009

# ÍNDICE

Página

<b>Introducción</b> .....	5
---------------------------	---

## **0Capítulo Primero**

### Orígenes Históricos de la Cárcel: Una Visión Utilitarista

I. La Necesidad de un Enfoque Sociológico.....	20
II. El Control Social en el Sistema Feudal.....	25
III. Expropiación del Control Social y Capitalismo.....	31
IV. El Encierro ante las Nuevas Formas de Desviación.....	43
V. La Ley como Instrumento en la Lucha de Clases.....	56
VI. Casas de Corrección.....	63

## **Capítulo Segundo**

### El Problema de la Legitimación del *Ius Puniendi*

I. Planteamiento.....	75
II. Discurso Justificacionista.....	83
a. Teorías Absolutas.....	91
b. Teorías Relativas.....	123
c. Teorías Mixtas.....	129
III. Teorías para Orientar las Decisiones Judiciales.....	137
a. Teoría del Margen de la Libertad.....	137
b. Teoría de la Pena Exacta.....	141
c. Teoría del Valor de Empleo.....	142
d. Teoría Unificadora Preventiva Dialéctica.....	144
IV. Discurso Abolicionista.....	148
a. Derechos Humanos como Objetivo y Límite de la Ley Penal. (Alessandro Baratta).....	151
b. Posición Negativa o Agnóstica ante la Pena. (Eugenio Raúl Zaffaroni).....	162
c. Disminución del Reparto del Dolor. (Nils Christie).....	178

## Capítulo Tercero

### La Pena de Prisión en México

I. Planteamiento.....	184
II. Encarcelamiento.....	186
III. El Inflacionismo Punitivo y sus Formas Jurídicas.....	201
a. Marco Penal Legal.....	201
b. Formal Prisión y Delito Grave.....	204
c. La Libertad Anticipada. La Denegación de su Naturaleza Jurídica como Derecho.....	209
IV. La Cárcel y sus Usos.....	219
a. Situación Actual.....	223
b. Algunos Problemas Penitenciarios Generados por el Populismo Punitivo.....	228
V. Definición de “Readaptación Social” y “Reinserción Social”.....	245
VI. El Objetivo “Represión” como Obstáculo para la Reinserción Social.....	248
VII. Legislación y Pena.....	255
VIII. Proporcionalidad y Pena.....	257

## Capítulo Cuarto

### La Dimensión Constitucional y Naturaleza del Derecho a la Reinserción Social

I. Planteamiento.....	267
II. Aspectos Generales del Paradigma Neoconstitucional.....	270
a. Libertad y Constitución.....	270
b. Control Constitucional en una Constitución de Principios.....	272
c. De la <i>One Right Answer</i> a la Ponderación.....	273
d. Elementos Esenciales de un Ordenamiento Jurídico “Constitucionalizado”.....	275
III. Pena de Muerte a la Readaptación Social.....	277
IV. Naturaleza del Derecho a la Readaptación Social.....	289

## **Capítulo Quinto**

De la Equivalencia Penológica. (Bases para un Constructo Teórico)

I. Planteamiento.....	294
II. La Pena en el Poder Legislativo.....	297
III. La Pena en el Poder Judicial .....	300
IV. La Pena en el Poder Ejecutivo.....	321
V. Concepción Dinámica de la Pena.....	333
<b>Conclusiones.....</b>	<b>338</b>
<b>Propuestas.....</b>	<b>349</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>351</b>
<b>Anexo 1.....</b>	<b>372</b>
<b>Anexo 2.....</b>	<b>389</b>

## INTRODUCCIÓN

“Así, la ética de la duda no está contra la verdad, sino contra la verdad dogmática, que es la que quiere fijar por última vez las cosas e impedir o descalificar aquella crucial pregunta: ¿será en verdad verdadero”<sup>1 2</sup>.

Con el presente trabajo de investigación pretendemos concluir el Programa de Doctorado en Derecho que se imparte en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, que iniciamos en el año 2006.

La génesis de la investigación se remonta al mes de abril del año 2002, cuando desempeñamos el cargo de Subdirector Jurídico de la Colonia Penal Federal “Islas Marías”. En el archipiélago, por motivo de nuestro trabajo, tuvimos ocasión de leer, analizar e interpretar más de mil quinientas sentencias condenatorias que justificaban la legal estancia de igual número de internos. Éstas significaban el único documento oficial con el cual computar la pena, para resolver, en su caso, la liberación por compurgamiento o por méritos.

Muchas de estas sentencias incluían en su apartado de “Resolutivos”, una frase común, a saber: “...se considera justo y equitativo imponer al acusado una pena de 10 años de prisión para su readaptación social”. A diferencia del legislador, del policía aprehensor, del juez de proceso, del agente del ministerio público adscrito, nosotros pudimos conocer al hombre que, luego de la condena, quedó reducido a prisionero. Este conocimiento adicional (fundamental, diríamos), nos permitió descubrir una diferencia notable entre el individuo reseñado en la sentencia y el común. Parecía como si se tratara de personas distintas.

---

<sup>1</sup> La traducción es nuestra.

<sup>2</sup> “Così, l’etica del dubbio non è contro la verità, ma contro la verità dogmatica, che è quella che vuole fissare le cose una volta per tutte e impedire o squalificare quella cruciale domanda: sarà davvero vero?”. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contro l’Etica della Verità*. Editori Laterza. Italia. 2008. p. VIII.

Conociendo a los colonos formulamos las preguntas que dieron nacimiento a esta investigación: Si el juez aplicó la pena prisional para que con ésta se readaptara al individuo, ¿por qué le impuso determinados años de prisión? y, en su caso, ¿por qué no menos?

En estas sentencias, a nuestro criterio, existía una *contradictio in adjecto*. Discursivamente la individualización judicial de la pena se fundaba en el fin readaptatorio; pero legalmente el objetivo es la retribución simple. Revisamos y analizamos el contenido de los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, que establecen las reglas para la racionalidad y proporcionalidad de las penas. En ninguno de estos preceptos el legislador dispuso que el juez, para elegir el *quid* y *quantum* de la sanción, tomara en cuenta la readaptabilidad social del acusado o, lo que es lo mismo, el tiempo que éste necesita para su conversión social.

De estas disquisiciones obtuvimos una primera conclusión que, aun cuando parece obvia, ha sido pasada por alto en la doctrina: el sistema penitenciario y la pena prisional no comparten el mismo fin<sup>3</sup>. En efecto, mientras que el artículo 18 de la Constitución Federal Mexicana ordena que el sistema penitenciario se organice sobre la base de la reinserción social del sentenciado, los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal disponen que el juez tome en cuenta, para imponer la sanción, el grado de culpabilidad del agente y la gravedad del delito cometido; circunstancias que nada tienen que ver con el grado de peligrosidad social (readaptabilidad) del encausado.

Así, arribamos a una segunda conclusión, a saber: la pena de prisión cumple fines diversos, que se suceden en el tiempo según la fase en que ésta se desenvuelva. Explicación: la prisión es el lugar donde la pena privativa de libertad ha de ejecutarse. Aquella tiene por fin reinsertar socialmente al delincuente. La pena, en su etapa judicial, se impone con base en criterios retributivos, no

---

<sup>3</sup> Por ejemplo, Octavio Orellana Wiarco considera que el juez, al momento de individualizar la pena, debe tomar en consideración la readaptabilidad del reo. *Vid.* ORELLANA Wiarco, Octavio Alberto. *La Individualización Judicial de la Pena de Prisión*. Porrúa. México. 2003. pp. 194-195.

reeducativos; se aplica buscando la “justicia”, como concepto metafísico (que vale por sí solo). Entonces, la pena, para su estudio, se puede dividir en tres momentos e igual número de fines.

Nosotros consideramos que, en su etapa legislativa, esto es, cuando el creador de la ley prevé o reforma el marco penal legal, la sanción privativa de libertad tiene por objetivo *disuadir*; en su fase judicial, esta sanción tiene por tólos *retribuir*; en su estadio ejecutivo, la pena busca *reinsertar*.

Esta conclusión nos permite ubicar conceptos que han sido confundidos en un sector minoritario de la doctrina mexicana<sup>4</sup>. La pena no puede disuadir, retribuir y reinsertar a un mismo tiempo. Esta imposibilidad obedece a dos razones: (1) los fines anotados se suceden en el tiempo. Antes del delito, la pena legislativa busca desmotivar a quien delibera cometerlo; después del delito, la pena judicial debe orientarse hacia la retribución o castigo; después de la sentencia, la pena ejecutiva pretende reinsertar al individuo. (2) Los fines: disuasión, retribución y reinsertación son antinómicos, es decir, contradictorios entre sí, *per se*.

En efecto, si pretendiendo disuadir, el legislador incrementa la penalidad abstracta prevista en la ley, cuando el juez deba individualizarla, según los criterios de racionalidad y proporcionalidad, no podrá imponer la pena justa, pues a él ésta le llegará desmedida. Así, el juez se verá obligado a abandonar su función esencial de impartir justicia (que en el Derecho penal, frente al acusado, por “justicia” debemos entender la imposición de una pena proporcionada a su culpabilidad y a la gravedad de su delito), para resignarse a imponer la pena menos injusta.

De acuerdo con lo anterior, la exacerbación del fin disuasivo origina un efecto colateral, a saber: la desproporción negativa de la pena judicial. Por

---

<sup>4</sup> Como ejemplo de esta confusión: (1) RAMOS Arteaga, Elena. *La Individualización Judicial de la Pena. Teoría y Práctica*. Porrúa. México. 2009; (2) ORELLANA Wiarco, Octavio Alberto. *op. cit.*

*desproporción negativa* entendemos la acción y efecto de que un acusado reciba una sanción mayor a su grado de culpabilidad y a la gravedad del delito. Contrario a lo que sucede en el caso de la *desproporción positiva*, entendida como una pena judicial injusta a la inversa, es decir, injusta porque se queda corta frente al grado de culpabilidad y gravedad de delito. En el caso primero, la injusticia la sufre el reo; en el segundo, la víctima y/o la sociedad.

El efecto colateral que más nos interesa en esta investigación es el que sucede en la sucesión de las etapas “judicial” a “ejecutiva” de la pena, y en la sucesión de los fines “retribución” a “reinserción”. Aplicada por el juez una pena viciada (*de lege y sententia ferenda*) de desproporción negativa, se sigue la ejecución de una sanción que excede de su fin último: la resocialización. La pena desproporcionada negativamente prevé más años de prisión que los requeridos en la especie para que el personal penitenciario aplique con éxito sus técnicas de reinserción social. Todo lo que exceda del tiempo en cautiverio, una vez logrado el fin de reinserción social, será tiempo muerto para el objetivo readaptatorio; pero tiempo vivo para un objetivo que, aunque desconocido para la Constitución Federal, existente en la realidad: *prevención especial negativa*. La prevención especial negativa se traduce en la evitación de un nuevo delito, no mediante la reinserción social del delincuente, sino producto de la prolongación de su aislamiento social.

Así las cosas, la pena prisional cumple sucesivamente tres fines: disuadir, retribuir y reinsertar. Sin embargo, no existe en la doctrina una teoría que logre armonizarlos de tal suerte que la consecución de uno no afecte la viabilidad del otro o de los otros dos<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Una aproximación al problema, mas no su solución: Vid. ROXIN, Claus. *Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania*. Trad. MORENO Hernández, Moisés y otros. Comentarios de: MORENO Hernández, Moisés y otros. Ubijus. Col. Vanguardia en Ciencias Penales. México. 2008. p. 30.



La falta de esta teoría armonizadora y la libertad absoluta que el legislador tiene para incrementar penas, provocan el fenómeno que nosotros hemos denominado *desequivalencia penológica*. Este problema genera lo que aquí venimos explicando, es decir: la desproporción negativa de la pena legislativa; la desproporción negativa de la pena judicial; y la desproporción negativa de la pena ejecutiva.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en septiembre del año 2005, se pronunció sobre la libertad del legislador para agravar tanto el *quid* como el *quantum* de la pena. Al resolver una controversia constitucional formulada por la fracción minoritaria del Congreso del Estado de Chihuahua, determinó que el legislador no tiene límites constitucionales para fijar y modificar penalidades, más allá de los que impone el artículo 22 del Pacto Federal. Este fallo, como se verá, hace evidente la necesidad de crear la *teoría de la equivalencia penológica*.

Hasta el mes de marzo del año 2008, la Constitución Federal no previó el principio de proporcionalidad en materia penal, como sí lo hace para la cuestión fiscal. En el derecho tributario, los mexicanos tienen la obligación de pagar impuestos, siempre que sean proporcionales y equitativos. En cambio, en Derecho penal, las personas pueden recibir sanciones desproporcionadas negativamente, con tal que no sean inhumanas, inusitadas o trascendentales. Si bien es cierto, el artículo 22 de la Ley Fundamental ha venido previendo el principio de proporcionalidad, éste siempre estuvo circunscrito a la pena de multa, al disponer la prohibición de la pena de “multa excesiva”.

La SCJN pudo encontrar aquí un asidero para declarar la inconstitucionalidad de la prisión vitalicia legislada en Chihuahua e impugnada por la fracción minoritaria del Congreso, pero prefirió realizar una interpretación exegética, cerrando filas a la posibilidad de llevar a cabo una interpretación a *mayoría de razón in bonam partem*. En efecto, lo que el artículo 14 del Código Político Fundamental prohíbe es la interpretación a mayoría de razón *in malam*

*partem*. Haberlo entendido así le habría significado a la SCJN convertirse, en definitiva, en Tribunal Constitucional.

Decíamos que hasta marzo de 2008 el principio de proporcionalidad para materia penal no estuvo previsto en la Constitución Federal. Ahora debemos decir que la incorporación reciente tiene un error de técnica legislativa que conspira contra la idea de considerar que su manto protector envuelve a toda la parcela punitiva. Así, la oportunidad de expandir el principio de proporcionalidad (hasta ahora circunscrito a la etapa judicial de la pena) hacia los tres estadios de la sanción, (la legislativa incluida) se ha disipado.

¿Cuál es la intención que motiva al legislador mexicano a incrementar constantemente el marco penal legal? La respuesta es evidente: la alarma social producida por el incremento de la sensación ciudadana de inseguridad exige la disminución del índice delictivo. Mas en Nuevo León, que es el espacio físico donde esta investigación se ha realizado en su fase empírica, este propósito no se cumple, como se demostrará. De tal manera que con el incremento de las penas en la ley no se logra el fin disuasivo, pero sí se impide el logro del fin retributivo (en su justa dimensión) y se obstaculiza la reinserción social del individuo.

Dijimos que el incremento de las penas en la ley, obedece al propósito evidente pero fallido de disminuir el índice delictivo. Ahora debemos aclarar que en este trabajo nos proponemos demostrar que, en efecto, el marco penal legal de los delitos de mayor impacto social ha sufrido incrementos a lo largo del tiempo. Para este cometido utilizaremos el método comparativo y la técnica documental. En el capítulo tercero confrontaremos la parte sancionadora de ciertos tipos penales como: robo, homicidio, lesiones, violación y contra la salud a través de sus reformas, para comprobar que, en efecto, la penalidad abstracta se ha incrementado.

Aplicando el método inductivo y a través de la técnica de encuesta, en el mismo capítulo demostramos además que el sólo incremento de las penas no disminuye la incidencia delictiva porque el sujeto que delibera cometer un delito no conoce la ley penal, ni antes ni después de la reforma. La encuesta fue llevada a cabo en el año 2007, a más de mil internos del sistema penitenciario de Nuevo León. Los datos, visibles en el anexo 1, revelan que esta parte de la hipótesis está validada para el “aquí” y el “ahora”.

Realizadas estas explicaciones, ahora procederemos a fijar la hipótesis de la investigación:

En México, actualmente, la pena prisional es ilegítima, tanto porque se aleja de sus fines programáticos liberales, como porque ese distanciamiento lo hace pretendiendo disminuir el índice criminal, sin lograrlo en realidad.

Nuestro propósito no es iconoclasta. Intentamos contribuir a la tarea que desde diversas parcelas científicas ha comenzado a realizarse. Esa tarea es la *desmitificación del discurso juridicopenal posmoderno*. Se trata de un sistema de ideas que, presentado en forma de argumentos, construye las vigas “racionales” que sostienen a todo el edificio punitivo.

Para demostrar la falsedad de sus cimientos, tendremos que hacer un recorrido histórico de atrás para adelante. Justo en la intersección de dos tiempos: Medievo tardío y Modernidad, se ubica el nacimiento del mito. Ese mito es considerar que a partir y por virtud de la monumental obra de Cesare Beccaria, el Derecho penal comenzó a dibujar una curvatura hacia la benevolencia<sup>6</sup>. Sin embargo, nos limitaremos a demostrar la ilegitimidad de la pena prisional, no del

---

<sup>6</sup>“*Quanto la pena sarà piú pronta e piú vicina al delitto commesso ella sarà tanto piú giusta e tanto piú utile*”. (En la medida en que la pena sea pronta y proporcionada al delito será también justa y, por lo tanto, útil). Cfr. CESARE BECCARIA. *Dei Delitti e Delle Pene*. Editore Einaudi. Italia. 1994. p. 47.

Derecho penal entero. Ésta, es una tesis sobre la pena privativa de libertad, no sobre Derecho penal.

El problema consistente en falsar un dogma, es relevante científicamente y necesario en el trabajo nuestro por una razón, a saber: sobre ese dogma, tenido como fundamento, se han erigido proposiciones descriptivas (especulativas) legitimantes de un Derecho penal (empíricamente) ilegítimo. Tales proposiciones son hijas de un mito. Para distinguir las entre sí, llamaremos a la principal *proposición fundamental*; a las seis que le siguen, *proposiciones derivadas*.

La *proposición fundamental* es:

“La pena de prisión sustituyó a la de muerte gracias a que en el momento histórico en que esta sucesión se verificó el valor “dignidad” subió de tono en la conciencia ilustrada. A partir de entonces, nació el Derecho penal liberal”.

Las *proposiciones derivadas* son:

Primera: “El Derecho penal tiene por objeto cumplir el valor *justicia*, dando a cada cual lo que merece según sus actos”.

Segunda: “El Derecho penal existe para lograr la convivencia armoniosa de los individuos con igualdad jurídica, supliendo además la *vindicta privata* por la moderación de los castigos”.

Tercera: “El *ius puniendi* se legitima por los fines programáticos, democráticos, elevados e imparciales, que el Estado busca con su ejercicio”.

Cuarta: “La pena de prisión es legítima por el hecho de que la cárcel donde ésta ha de ejecutarse, funciona para procurar la reinserción social de un semejante”.

Quinta: “La reinserción social del condenado es un derecho humano de máxima jerarquía”.

Sexta: “El Derecho penal se limita con principios liberales, entre otros, el de proporcionalidad”.

Si demostramos la ilegitimidad de la pena prisional en el México actual, justificaremos el propósito final de este trabajo, que es proponer bases para un constructo teórico que le imprima legitimidad. No podemos iniciar el trabajo sin demostrar la ilegitimidad de la pena privativa de libertad porque, como hemos dicho, hoy día su legitimidad es considerada apblemática.

El capítulo primero, denominado *Orígenes Históricos de la Cárcel: Una Visión Utilitarista*, tiene por objeto falsar la proposición “fundamental”. Para tal cometido, estudiaremos la evolución de la cárcel en Europa. Adoptaremos una posición epistemológica jussociológica y emplearemos el método historiográfico. Así, demostraremos que la cárcel, como instrumento de control social formal, no nació para la humanización del Derecho penal, la dulcificación de las penas y la consecución del fin readaptatorio.

Los partidarios de la versión *beccariana*, para defender su postura, recurren a una supuesta prueba historiográfica. Esa prueba es considerar que Europa continental, paulatinamente, se movió del uso moderado de la pena de muerte, al uso inmoderado y con suplicios de ésta y, habiendo llegado al paroxismo, fue descendiendo el nivel de crueldad, hasta que se estacionó en la pena prisional.

Hasta aquí no tendríamos objeción, pues esta afirmación sólo nos otorga un dato empírico. El problema se presenta con la interpretación que de ese dato fáctico hacen los “clásicos”. Ellos encuentran la fuerza del cambio en la obra de Beccaria, la filosofía de Voltaire y en general la relevancia que el valor “dignidad” tuvo en pensamiento ilustrado. Fuerza que primero contuviera el ascenso de la

violencia y después hiciera descender el puntero de la aflicción hasta estacionarlo en la prisión.

Nosotros, siguiendo los pasos de Karl Marx<sup>7</sup>, George Rusche y Otto Kirchheimer<sup>8</sup>, Dario Melossi, Massimo Pavarini<sup>9</sup>, Elías Neuman<sup>10</sup>, Alessandro Baratta<sup>11</sup>, Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>12</sup>, Nils Christie<sup>13</sup> y otros, sostenemos una tesis diferente. Pensamos que la contemporaneidad del encierro como forma de control social y el paso del feudalismo al capitalismo, no es fortuita. Por el contrario, al inicio de la primera Época Industrial, se prefirió encerrar que matar porque no se internó a los disidentes para lograr fines preventivos, sino para explotarlos laboralmente. Y la disidencia de los socialmente desviados no tuvo una explicación en términos de crímenes cometidos en perjuicio de otros, sino en su negación para trabajar en las fábricas de los burgueses o su fracaso para conseguir un empleo fabril, aun deseándolo. Así, la cárcel en su realidad se descubre como instrumento de dominación y no como medio de reinserción social.

Esto es importante aún en nuestro tiempo, porque permite un punto de mira desde el cual formular la pregunta que dice: ¿por qué si la Constitución Mexicana establece como una garantía individual la reinserción social, el Código Penal prevé penas que minan la consecución de ese fin? En todo caso, la teoría de la equivalencia penológica aspiraría a establecer, además de una armonización entre los fines de la pena prisional, una regla adicional al conjunto de reglas del juego

---

<sup>7</sup> KARL MARX. *El Capital*. Trad. ROCES, Wenceslao. Fondo de Cultura Económica. L.I. Sección Séptima. Cap. XXIV. México. 1959.

<sup>8</sup> RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y Estructura Social*. Trad. GARCÍA Méndez, Emilio. Temis. Colombia. 2004.

<sup>9</sup> MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo. *Cárcel y Fábrica. Los Orígenes del Sistema Penitenciario. (Siglos XVI-XIX)*. 4ª ed. Trad. MASSIMI, Javier. Siglo Veintiuno Editores. México. 2003.

<sup>10</sup> NEUMAN, Elías. *La Ausencia del Estado*. Porrúa. México. 2007.

<sup>11</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal. Compilación in Memoriam*. ELBERT, Carlos Alberto. (Dir.). BELLOQUI, Laura. (Coord.). Editorial B de F. *Memoria Criminológica*. Argentina. 2004.

<sup>12</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimación y Dogmática Jurídico-Penal*. Editorial Ediar. Argentina. 2003.

<sup>13</sup> CHRISTIE, Nils. *La Industria del Control del Delito. ¿La Nueva Forma del Holocausto?* 2ª ed. Prolog. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Editores del Puerto. Argentina. 2003.

que rige la lucha de clases. Esa regla sería: no utilizar el *ius puniendi* como medio de control y dominación (visión optimista) o, al menos, limitar su empleo como medio para la hegemonía (visión realista).

El capítulo segundo, titulado *El Problema de la Legitimación del Ius Puniendi*, está destinado a falsar las proposiciones derivadas 2 y 3. Analizaremos críticamente las principales teorías que sobre la legitimación del *poder de castigar* se han construido. Este ejercicio es necesario, pues nos permitirá conocer cuál es la teoría que México acoge en su Constitución (programáticamente) y cuál es la teoría que, en su caso, adopta en la realidad (empíricamente). La dicotomía entre ser y deber ser, entre *facticidad* y *validez*<sup>14</sup>, será problematizada. El conocimiento obtenido de este estudio nos facilitará la labor interpretativa durante el resto de la investigación.

Debemos aclarar que en el tema de la legitimación del *ius puniendi* existen dos corrientes de pensamiento: justificacionismo y abolicionismo. La primera es heredera de la dogmática penal, y por tanto forma parte de un discurso legitimador de corte jurídico-penal. La segunda, es producto del discurso criminológico crítico, ya sea que derive de enfoque marxista, estructuralista, fenomenológico o fenomenológico-historicista. Aunque ésta es una investigación jurídica, consideramos estrictamente necesario introducir el discurso criminológico pues, aunque nacido en disciplina diversa, se ocupa del objeto de estudio idéntico al de nuestro interés, sólo que visto desde otra cumbre.

El estudio de las teorías desarrolladas para la legitimación del *ius puniendi* y de los discursos abolicionistas, es necesario porque nos permitirá deducir (a falta de norma señera): (1) cuál es la teoría justificacionista que acoge el sistema jurídico mexicano. Si, por ejemplo, en este país la pena prisional se justifica deónticamente en el fin “resocialización”, pero ónticamente ese objetivo no es

---

<sup>14</sup> Vid. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. Trad. JIMÉNEZ Redondo, Manuel. 4ª ed. Trotta. España. 2005.

buscado por el Estado, entonces la pena real, confrontada con su propósito-justificación, carecerá de legitimidad y de sentido; (2) si en México actualmente existe aquello que denuncia el discurso abolicionista (falta de identidad entre el discurso jurídico-penal y la realidad) de modo que la pena quede sin legitimación real a falta de la consecución efectiva de sus fines programáticos, este estudio podrá enfocarse hacia su propósito último, que es responder a la pregunta que dice: ¿cómo reorientar en México la pena hacia la consecución de sus fines, de tal suerte que ésta sea utilitaria y legítima?

El capítulo tercero se titula *La Prisión en México*. Está destinado a falsar la proposición derivada número 4. Aquí realizaremos un estudio crítico de la situación del sistema penitenciario nacional, confrontando sus condiciones de funcionamiento históricas y actuales con el fin que la Constitución le otorga. En este capítulo partimos del supuesto de que las condiciones de operación del sistema penitenciario no permiten la consecución del fin readaptatorio. Pero lo más importante: sostenemos que esas condiciones que obstaculizan la readaptación social tienen por causa, precisamente, la falta de equivalencia penológica, que permite la existencia de sobrepoblación carcelaria, por mucho tiempo, en espacios reducidos, con personal insuficiente y con penas tan prolongadas que desaniman al reo a participar en su propio tratamiento de repersonalización.

El capítulo cuarto se denomina *La Dimensión Constitucional de la Reinserción Social en México*. En éste tenemos como propósito falsar la proposición número 5. Partiendo del estudio de una ejecutoria dictada por la SCJN, actuando como Tribunal en Pleno, y adoptando la posición epistemológica *neoconstitucional*, aspiramos a demostrar: (1) que en México, actualmente, el derecho a la reinserción social no es reconocido como derecho de máxima jerarquía; y (2) que en el sistema jurídico actual, es debido reconocerle la máxima jerarquía. Este (re)dimensionamiento nos permitirá sentar las bases de lo que nosotros consideramos debe contener la *teoría de la equivalencia penológica*.



Finalmente, el capítulo quinto lleva por nombre *De la Equivalencia Penológica*. En éste pretendemos falsar la proposición derivada número 6. Lo haremos demostrando que el principio de proporcionalidad se circunscribe a la etapa judicial de la pena. También, que con ese limitado ámbito de influencia no es posible cumplir con los fines diferentes a que la pena prisional sirve. Adoptaremos el método analítico, dividiendo la pena en las etapas en que se desenvuelve cronológicamente y en los fines a que sucesivamente sirve. En una frase: ubicaremos a la pena prisional en un ámbito *tempoespacial*. Demostraremos que la pena tiene, en efecto, tres etapas, y que sirve a tres fines diferentes. Demostraremos además que estos fines son contradictorios *per se*, y que por ende resulta necesario colocarlos en ámbitos distintos.

En este mismo capítulo propondremos lo que hemos llamado *concepción dinámica de la pena*. Se trata de un modelo de pensamiento tridimensional que rompe la visión unidimensional con la que se ha estudiado la relación “pena-fines”. Sólo pasando de un esquema unidimensional a otro tridimensional permitiremos que los tres fines orbiten en torno al núcleo sin colisionarse.

Este trabajo contiene, asimismo, un apartado de *Conclusiones*. Esta investigación no culmina con un constructo teórico acabado. Nuestras pretensiones son modestas. Pero sí termina con un conjunto de principios que podrían ayudar a la empresa que aquí queda inconclusa y con una serie de propuestas.

Tiene además dos anexos. En el Anexo 1 exponemos a detalle la metodología, la técnica de investigación, el plan de trabajo y conclusiones de la investigación empírica que llevamos a cabo en las prisiones de Nuevo León, para comprobar que el incremento de las penas no disminuye los delitos.

El Anexo 2 consiste en una gráfica conformada por dos variables: (1) comportamiento histórico del índice de delitos denunciados en México; y (2)

comportamiento histórico del índice de presos en México. Este anexo sirve para demostrar que las variables son independientes. Es decir, que el incremento de delitos no es consecuencia del incremento de presos y que el incremento de presos no es consecuencia del incremento de delitos.

Debemos hacer dos aclaraciones. Primera: hemos dicho que el fin del sistema penitenciario es la reinserción social. Aunque la Constitución no lo establece, es fácil arribar a la conclusión de que el sistema también se organiza para custodiar a los individuos sujetos a prisión preventiva, o formal prisión. Aquí no incluimos ese fin porque en esta investigación estudiamos una sanción, que es la prisional, esto es, la prisión punitiva. Dicho de otra manera: este trabajo es de penología, es decir, versa sobre la reacción estatal ante la conducta desviada<sup>15</sup>, no de penitenciarismo, que incluye el análisis del régimen y tratamiento carcelarios.

Segunda: en esta introducción hemos alternado, con sinonimia, los términos: readaptación, reinserción, reeducación y repersonalización. Sin embargo no significan lo mismo. La alternancia tiene por objeto evitar redundancias. Por lo demás, en el trabajo proponemos la definición de *reinserción* social y de *readaptación social*. Esta diferenciación nos resulta importante porque la reforma constitucional del mes de marzo del año 2008 intercambió la palabra “readaptación” por la de “reinserción”. Ya veremos qué diferencias existen y qué repercusiones produce esta modificación.

Es nuestro deseo agradecer a los profesores: José Luis Prado Maillard, Ismael Rodríguez Campos, María del Carmen Baca Villarreal, Germán Cisneros Farías, James Alexander Graham, Rafael Enrique Aguilera Portales, Michael Gustavo Núñez Torres, Luis Geraldo Rodríguez Lozano y Mario Alberto Garza Castillo, por compartirnos, generosamente, sus conocimientos.

---

<sup>15</sup> Sobre este tema, *vid.* (1) RODRÍGUEZ Manzanera, Luis. *Penología*. 4ª ed. Porrúa. México. 2004. pp. 37 y ss. (2) RAMÍREZ Delgado, Juan Manuel. *Penología. Estudio de las Diversas Penas y Medidas de Seguridad*. 3ª ed. Porrúa. México. 2000. pp. 31 y ss.

Deseamos agradecer, especialmente, la esmerada, dedicada, paciente y atinada tutoría de tesis que recibimos del profesor José Zaragoza Huerta, a quien dedicamos este esfuerzo.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **ORÍGENES HISTÓRICOS DE LA CÁRCEL: UNA VISIÓN UTILITARISTA**

“Las raíces del sistema carcelario se encuentran en el mercantilismo, su promoción y elaboración teórica fueron tarea del Iluminismo”<sup>16</sup>.

#### **I. La Necesidad de un Enfoque Sociológico**

En este capítulo tendremos como hilo conductor la evolución histórica, en parte de Europa, de la privación de la libertad desde una perspectiva de control social formal, así como la búsqueda de las motivaciones reales, no formales, de la pena y del sistema penal a que ésta pertenece.

Buscar en la historia la génesis de aquellas verdades que hoy se nos presentan como dogmas o, al menos, estados de cosas dados, nos permite desmitificar postulados arraigados en el pensamiento posmoderno. A través de argumentos basados en teorías revisionistas, pretendemos cuestionar la práctica carcelaria. Esta labor demarcadora resulta imperiosa: no pretendemos seguir la línea trazada hábilmente por quienes primero se movieron al ritmo de la necesidad y después construyeron una teoría justificadora de tal desplazamiento. Por el contrario, intentamos demostrar la falsedad de proposiciones descriptivas basadas en un conocimiento tenido actualmente como aporético. Ese conocimiento se refleja en la siguiente proposición: “A partir y por virtud de la monumental obra de Cesare Beccaria, el Derecho penal comenzó a dibujar la curvatura hacia la benevolencia”.

Sobre esta proposición “fundamental” se han erigido otras que en su conjunto delimitan el discurso juridicopenal al uso. Entre éstas figuran:

---

<sup>16</sup> Cfr. RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto. op. cit. p. 67.

Primera: “El Derecho penal tiene por objeto cumplir el valor *justicia*, dando a cada cual lo que merece según sus actos”.

Segunda: “El Derecho penal existe para lograr la convivencia armoniosa de los individuos con igualdad jurídica, supliendo además la *vindicta privata* por la moderación de los castigos”.

Tercera: “El *ius puniendi* se legitima por los fines programáticos, democráticos, elevados e imparciales, que el Estado busca con su ejercicio”.

Cuarta: “La pena de prisión es legítima por el hecho de que la cárcel donde ésta ha de ejecutarse, funciona para procurar la reinserción social de un semejante”.

Quinta: “La reinserción social del condenado es un derecho humano de máxima jerarquía”.

Sexta: “El Derecho penal se limita con principios liberales como, entre otros, el de proporcionalidad”.

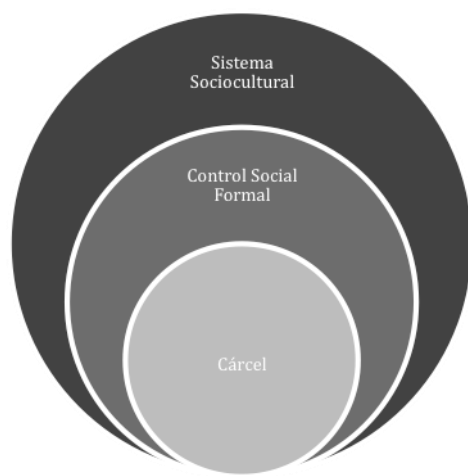
Para falsar estas proposiciones es debido aplicar la visión histórica. Paolo Grossi da los motivos:

La visión histórica consuela porque quita su carácter absoluto a certezas actuales, las relativiza poniéndolas en fricción con certezas distintas u opuestas ya experimentadas en el pasado, desmitifica el presente, induce a un análisis crítico liberando los fermentos modernos de la inmovilidad de lo vigente y estimulando el camino para la construcción del futuro<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Cfr. GROSSI, Paolo. *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Trad. MARTÍNEZ Neira, Manuel. Trotta. España. 2003. p. 23.

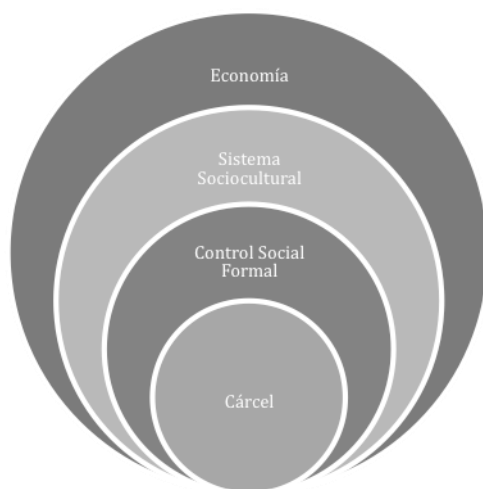
Un estudio historiográfico de la pena privativa de libertad nos permite renunciar a la tentación de examinarla desde el exclusivo y limitado punto de vista formal; es decir, como un instituto de cuño jurídico. Por el contrario, su irrupción en la realidad social y su regulación en la legislación, evidencian ya una decisión. Toda decisión está antecedida por la existencia de al menos dos opciones entre las cuales el agente delibera. La cárcel es producto de una decisión, adoptada en un contexto más amplio que constituye el exosistema dentro del cual un modelo de control social formal tiene lugar<sup>18</sup>. Así, tenemos: (1) la cárcel, como decisión (causa) y resultado de esa decisión (efecto); (2) el control social, dentro del cual la cárcel surge; y (3) el ámbito sociocultural o ecosistema. Si lo exponemos gráficamente, lucirá así:



Entre los elementos anotados existe una relación lógica lo mismo que una vinculación de texto y contexto. La relación es lógica en la medida en que la naturaleza del sistema sociocultural determina la del control social formal, y la naturaleza del control social formal determina la del tipo de sanciones. El sistema sociocultural es para el control social lo que el contexto es para el texto. A su vez, el control social formal es para el tipo de sanciones lo que el contexto es para el texto. En cambio, la relación que existe entre sistema sociocultural y sanciones, es la de supertexto y texto. Entre éstos hay un contexto que necesariamente los une.

<sup>18</sup> Vid. BERGALLI, Roberto, BUSTOS Ramírez, Juan y MIRALLES, Teresa. *El Pensamiento Criminológico. Un Análisis Crítico*. Temis. T. I. Colombia. 1983. pp. 148 y ss.

La mayoría de los estudios historiográficos sobre la cárcel explican el fenómeno de la “dulcificación de las penas” a partir del pensamiento ilustrado. Dicho en segunda oración: escasean los estudios sociológicos<sup>19</sup>; predominan los jurídicos<sup>20</sup>. En efecto, la opinión dominante explica que el nacimiento de la cárcel tiene como supertexto un sistema sociocultural organizado bajo el signo del humanismo. Mas esta “vuelta” a los presocráticos y a la Escolástica del Medievo, con la que el hombre recupera una filosofía antropocéntrica reivindicadora de la dignidad, tiene un “hipertexto” económico que no podemos dejar de lado. Al modelo ecosistémico que expusimos líneas arriba, debemos agregar un elemento periférico, abarcador, totalizador, que podemos representar de la siguiente manera:



Esta innovación es autoría de George Rusche y Otto Kirchheimer, aunque inspirados en Karl Marx.<sup>21</sup> Sobre las huellas de aquellos anduvieron Michel Foucault<sup>22</sup>, Dario Melossi y Massimo Pavarini<sup>23</sup>, entre otros. Alejar el punto de mira les permitió descubrir, por ejemplo, las verdaderas motivaciones que tuvo el agente al momento de tomar la decisión de implementar la privación de la libertad,

---

<sup>19</sup> Por todos: KARL MARX. *op. cit.*

<sup>20</sup> Por todos: CESARE BECCARIA. *op. cit.*

<sup>21</sup> KARL MARX. *op. cit.*

<sup>22</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*. Trad. GARZÓN DEL CAMINO, Aurelio. Siglo Veintiuno Editores. Argentina. 2002.

<sup>23</sup> MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo. *op. cit.*

justo en el momento histórico en que la pena capital, ejecutada públicamente y con suplicios, semejaba ya una hecatombe. Cuando la decisión se tomó, las voces de Cesare Beccaria y Voltaire ya se escuchaban (quienes abogaban por el fin de los tormentos y el inicio de una tasación de los castigos); pero también existieron factores económicos que hicieron preferible dejar de matar a los “aptos para el trabajo”, cuya mano de obra se echaba de menos en fábricas con más demanda de productos que capacidad de producción<sup>24</sup>.

Tampoco es gratuito que en tiempos de guerra el condenado haya ejercido el rol de “preso-remero”, ante la necesidad de desplazar grandes navíos utilizados en combates marítimos a lo largo del Mediterráneo; o que en el avance galopante del capitalismo, el recluso se hubiere convertido en “esclavo-obrero”. La relación entre factores como: “guerra-navío-remero”; “capitalismo-fábrica-obrero”, demuestra la ventaja de introducir, en un estudio historiográfico, al texto en su contexto. Fue la necesidad (como siempre) el motor del cambio o, lo que es lo mismo, la motivación del agente que tomó la decisión de introducir la prisión en el elenco punitivo.

Con lo expuesto hasta aquí pensamos haber justificado el empleo del método historiográfico. Mas esta justificación no estaría satisfecha si omitimos mencionar cuál es la proposición descriptiva que nos servirá de guía. Esa proposición es:

La prisión, contrario a la opinión dominante, no nació del reclamo iluminista en contra de la pena capital ejecutada en público y con suplicios. El tránsito del sistema feudal al capitalista, la deflación demográfica producto de guerras y pestes, el nacimiento de la libertad como derecho hasta entonces inédito en una sociedad estamental, la necesidad de mano de obra por parte de la burguesía emergente, fueron factores todos que hicieron conveniente inclinar la balanza a favor del encierro y no de la muerte, más que por compasión, por avaricia. El

---

<sup>24</sup> Vid. MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo. *op. cit.* p. 24.



humanismo en realidad fue utilitarismo, y el valor “dignidad” que los conservadores han querido izar en el primigenio mástil carcelario, se descubre como valor “mercantil”. Así se explica por qué la prisión, desde su inicio, estuvo asociada con el trabajo forzado<sup>25</sup>.

## II. El Control Social en el Sistema Feudal

Con el nacimiento del Estado Moderno el control social informal se “expropió”. En los albores del capitalismo, en el campo se emplearon nuevas técnicas para labrar la tierra; al mismo tiempo, el auge de la industria textil motivó el cercamiento de los predios para pastoreo de las ovejas. La adopción de nuevas técnicas de arar y la transformación de las tierras de cultivo en praderas ocasionaron la desocupación masiva de siervos, quienes se vieron obligados a emigrar hacia las ciudades. Las formas de producción que acompañaron al capitalismo naciente exigieron técnicas fabriles que el siervo de la gleba no poseía. Fueron tantos los campesinos que se desplazaron hacia las ciudades y tan pocos los que lograron conseguir empleo en las fábricas, que las calles se inundaron de ejércitos de desocupados, echados por el campo y rechazados por la ciudad. Los desempleados se dedicaron a la mendicidad o a la delincuencia, y a la burguesía naciente cualquiera de estas opciones le resultó ofensiva por igual. Así, no debe extrañarnos que ambos problemas: mendicidad y delincuencia, hayan recibido igual solución. En este contexto histórico, el control social informal se formalizó; la sanción pecuniaria se sustituyó por la de muerte, y ésta, con el tiempo, fue mitigada por la privativa de libertad.

La situación política existente en Europa durante la Edad Media y hasta antes de la Modernidad, se caracterizó por una relación de disputa por poder entre

---

<sup>25</sup> En este sentido: *Vid.* (1) RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto. *op. cit.*; (2) PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación. Teorías Criminológicas Burguesas y Proyecto Hegemónico*. 8ª ed. Trad. MUÑAGORRI, Ignacio. Siglo Veintiuno Editores. México. 2003; (3) MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo. *op. cit.*; (4) MELOSSI, Dario. *El Estado del Control Social. Un Estudio Sociológico de los Conceptos de Estado y Control Social en la Conformación de la Democracia*. Trad. MUR Ubasart, Martín. Siglo Veintiuno Editores. México. 1992.

rey, nobles, señores feudales y clero Así lo explica Michael Núñez Torres, cuando dice que una de las generalidades del largo periodo conformado por diez siglos, llamado “Edad Media”, fue la existencia de:

...reinos con sus respectivos reyes como gobernantes, los cuales veían su poder seriamente limitado en el exterior por el Papa y el Emperador e internamente por los propios señores feudales. El Estado, por poco inexistente (se encontraba fraccionado en feudos), no intervenía directamente en la vida social, marcada por relaciones de vasallaje, ni en la economía que se desarrollaba a través de los distintos gremios y corporaciones... Al mismo tiempo que la soberanía estaba asociada a la idea de la propiedad territorial<sup>26</sup>.

En esta época el debate acerca de la frontera entre las jurisdicciones del papa y del rey fue muy enconado. El clero afirmó que la Iglesia nació por designio de Jesucristo, quien encomendó a Pedro su fundación. Si el papa (como sucesor de Pedro y vicario de Cristo) tiene potestad para juzgar a los hombres por sus pecados, cualquier violación a la ley humana puede caer dentro de sus dominios. Si la Iglesia tiene territorio y poder allí donde resida un feligrés, su imperio se extiende por todo el reino, causando un conflicto competencial con la autoridad terrenal. Al rey corresponde, según la doctrina cristiana, el despacho de los asuntos temporales; mientras que al papa incumbe la atención de los asuntos espirituales.

En esta lucha de poder, ambos bandos se defendieron con sus propias armas. La Iglesia blandió la excomunión y el interdicto; el rey amagó con la fuerza física. Aquella doctrina cristiana de las dos espadas, una para el rey y otra para el representante terrenal de Dios, terminó por virar a favor de la concentración de

---

<sup>26</sup> Cfr. NÚÑEZ Torres, Michael. *La Capacidad Legislativa del Gobierno desde el Concepto de Institución. El Paradigma de Venezuela y España*. Porrúa. Universidad Autónoma de Nuevo León. Universidad Iberoamericana. 2006. pp. 7-8.

ambos fueros en la persona del segundo<sup>27</sup>.

Para dar un ejemplo de la magnitud del poderío eclesiástico, basta saber que el Papa Inocencio IV depuso a Federico II en 1245. El emperador de Alemania estaba realmente debilitado ante la Iglesia porque era coronado por el Sumo Pontífice<sup>28</sup>. El cultísimo monarca fue removido apenas 16 años después de haber logrado una victoria sin precedentes a favor del cristianismo.

Tomemos en cuenta que esta historia se entreteje dentro de un contexto continental de localismos que no giran en torno a la fuerza gravitacional de una autoridad central. Es decir, que acudimos a una época donde Europa no es una extensión geográfica políticamente unida. El poderío de la autoridad en turno (siempre susceptible a un derrocamiento) se ejerció sobre una localidad, aislada del entorno y conformada por un pueblo relativamente pequeño. Europa fue un continente con muchas autoridades, muchos pueblos y sin unidad ni identidad de grupo. Su geografía política era fragmentada y se dibujaba bajo el signo de la inestabilidad. El rey debió confiar en la fidelidad de los feudatarios, a quienes según Max Weber les entregó: "...una investidura a cambio de servicios específicos, primariamente militares, pero también administrativos"<sup>29</sup>.

Pero si la gente del Medievo no tuvo cohesión política, sí tuvo cohesión religiosa. A los pueblos no los convocaba una sola bandera ni les inspiraba obediencia una sola corona; en cambio los hermanaba la fe cristiana. De esta manera el rey aspiró a gobernar (con competidores internos) un pequeño palmo de terreno relativamente poblado; en cambio el papa contó feligreses prácticamente en todos los pueblos. Esta ventaja del papa sobre los reyes fue capitalizada sagazmente. No existió una cosmópolis alejandrina, pero sí una *Res*

---

<sup>27</sup> Vid. BLACK, Antony. *El Pensamiento Político en Europa, 1250-1450*. Trad. CHUECA Crespo, Fabián. Cambridge University Express. España. 1996. pp. 65 y ss.

<sup>28</sup> Vid. BLACK, Antony *op. cit.* p. 65.

<sup>29</sup> Cfr. WEBER, Max. *Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva*. 2ª ed. Trad. MEDINA Echavarría, José y otros. Fondo de Cultura Económica. México. 1964. p. 204.

*Publica Christiana*<sup>30</sup>.

La teoría dualista fue ideada para zanjar los ámbitos jurisdiccionales en disputa; pero era autoría del Papa Gelasio I. Si Cristo había delegado su jurisdicción a dos autoridades distintas de las que sólo una era su representante terrenal, aparece claro que desde el inicio la relación entre ambos recipiendarios estuvo marcada por la desigualdad.

Si el único representante divino en la Tierra reclamó para sí la jurisdicción ordinariamente secular (es decir la relativa al despacho de asuntos temporales), además de investirse en el caso concreto de una doble personalidad, también hizo uso de una suerte de facultad “devolutiva”. En esta lógica forzada, era el mismo Cristo quien recuperaba su potestad a través de la persona del papa. Peor aún: si Cristo otorgó a Pedro la facultad de juzgar a todos los pecadores sin importar su rango, el mismísimo rey se volvía súbdito del clero.

En 1296 otro conflicto semejante se suscitó, ahora entre Bonifacio VIII y Felipe el Hermoso; sólo que en esta ocasión los papeles cambiaron: la Iglesia estuvo a la defensiva y el rey fue quien atacó. El problema se presentó cuando Felipe impuso tributos al clero de Francia. Bonifacio declaró ilegal tal determinación al tiempo que prohibió al clero que la cumpliera sin autorización papal. Bonifacio VIII no tuvo el mismo éxito que Inocencio IV porque: (1) no logró persuadir a los señores feudales para agitar el reino; (2) la decisión de gravar las propiedades del clero obedeció a una necesidad evidente de recursos; (3) la Iglesia se encontró entre la espada y la pared, pues ¿cómo negar la facultad de quien detentaba la jurisdicción para asuntos temporales para gravar propiedades sin admitir que la propiedad es un tema temporal, no espiritual?; (4) la Iglesia no pudo explicar sus pretensiones de propiedad sin contradecir la pobreza de que había hecho profesión; y (5) el rey contaba con la aprobación del pueblo<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Vid. BLACK, Antony. *op. cit.* p. 12.

<sup>31</sup> Vid. SABINE, George H. *Historia de la Teoría Política*. 3ª ed. Trad. HERRERO, Vicente. Fondo de Cultura Económica. México. 1994. pp. 216-220.

Si estudiamos cada concepto dentro de su contexto histórico, entenderemos las motivaciones de los cambios que de otro modo llegarían a nosotros como si fueran un estado de cosas dado. Así es posible comprender por qué en el Renacimiento Bodino, Maquiavelo, Hobbes y otros insistirán en el concepto “soberanía”<sup>32</sup>.

Si la propia Iglesia intentó trazar la línea divisoria entre los poderes en pugna con la pluma de Gelasio I, los artífices de la teoría política moderna lo hicieron con la espada del soberano. A la teoría hierocrática (papista o teocrática) se le opuso la democrática del contrato social<sup>33</sup>.

Maquiavelo separó moral y política porque “el fin justifica los medios”<sup>34</sup>. Pero esta frase sea acaso bastante para ilustrarnos no tanto de la importancia *per se* del fin como de su importancia histórica. Es decir, de la relevancia que en los tiempos de Maquiavelo tuvo fortalecer al debilitado príncipe.

Mientras el conflicto por el poder no se resolvió con el triunfo del rey, el Estado Moderno, tal como hoy lo conocemos, no existió, de modo que el poder monopolizado aún no se hacía presente en la historia. En cambio, el reino se dividió en localidades conocidas como “feudos”, que fueron regentadas por “señores feudales”, quienes adoptaron una figura patriarcal dentro de un contexto de control social informal.

Durante el siglo XIII la densidad demográfica se recuperó de una merma significativa provocada por la peste que azotó a Europa<sup>35</sup>. Sobre dicho incremento

---

<sup>32</sup> Sobre este tema, *vid.* CASSIRER, Ernst. *Filosofía de la Ilustración*. 3ª ed. Trad. ÍMAZ, Eugenio. Fondo de Cultura Económica. México. 1972. pp. 261 y ss.

<sup>33</sup> “Democrática” en el sentido etimológico del término.

<sup>34</sup> Aunque no lo expresó en estos términos, la idea se deduce del capítulo VIII de *El Príncipe*, titulado “De los que llegaron al Principado Mediante Crímenes”. *Vid.* MAQUIAVELO. *El Príncipe*. 3ª ed. Trad. s.n. Editorial del Valle de México. México. 1997. pp. 49 y ss. También retomado por: BOBBIO, Norberto. *La Teoría de las Formas de Gobierno en la Historia del Pensamiento Político*. 2ª ed. Trad. FERNÁNDEZ Santillán, José F. Fondo de Cultura Económica. México. 2001. pp. 71-72.

<sup>35</sup> *Vid.* RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto. *op. cit.* p. 10.

poblacional, Eugenio Raúl Zaffaroni señala: “Entre los años 1700 y 1800, la población inglesa y galesa pasó de menos de seis millones a más de nueve millones”<sup>36</sup>.

A comienzos de este período la clase baja vivió en condiciones relativamente favorables, especialmente la de zona rural. La colonización de Europa oriental por los germanos trajo bienestar, pues al provocar una importante demanda de la fuerza de trabajo permitió que los siervos de otras latitudes emigraran de su región en busca de mejores condiciones laborales y de trato, ya que en esa época los señores feudales oprimieron casi sin límites legales a sus dependientes económicos<sup>37</sup>.

En el feudalismo los índices de criminalidad, característicos del capitalismo, fueron impensables. El control social informal funcionó para evitar la venganza de sangre. Una querrela entre vecinos representó un riesgo para la estabilidad, porque en este tiempo el delito fue entendido como personalísimo acto de guerra. Para evitar el derramamiento de sangre y la proliferación del conflicto, existió la *Penance*, que constituía un derecho regulador de relaciones entre iguales en posición social y patrimonio<sup>38</sup>. En la Alta Edad Media esta clase de sistema predominó, y se caracterizó por la intervención de iguales, quienes determinaban, sin intervención de la autoridad formal, la pena a aplicar, que fue siempre pecuniaria. Sin embargo, cuando el delincuente era insolvente, la sanción pecuniaria se sustituía por una corporal. Así, el Derecho penal propiamente dicho fue aplicado a la minoría, mientras que la *Penance* prevaleció para el resto de la población<sup>39</sup>. Esta característica fue propia del feudalismo. Max Weber lo explica:

“Los poderes domésticos (dentro de la propia hacienda: poder de disposición sobre dominios, esclavos, siervos), los poderes fiscales y

---

<sup>36</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología. Aproximación desde un Margen*. Temis. Colombia. 2003. p. 101.

<sup>37</sup> Vid. RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto. *op. cit.* pp. 8-9.

<sup>38</sup> Vid. RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto. *op. cit.* p. 7.

<sup>39</sup> Vid. RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto. *op. cit.* p. 9.

los políticos (dentro de la “asociación política”: poder jurisdiccional y de leva militar, poder sobre hombres “libres”) fueron objeto de parejo enfeudamiento”<sup>40</sup>.

El rey pagó lealtades con la distribución de feudos donde un hombre, revestido como caballero, ejerció una suerte de autoridad delegada, imponiendo la “ley y el orden”. Dentro de este intercambio de pleitesías el poder de castigar se trasladó del rey al señor feudal, quien lo aplicó para la conservación de la estabilidad. Lo que un rey de la época menos deseó fue un reino agitado. Si bien el poder jurisdiccional se entendió como originario de la corona, el beneficiario lo hizo valer de manera casi personal, pues aunque el monarca conservó una especie de facultad devolutiva, casi no la utilizó, de manera que podemos afirmar la existencia en el Medievo de un Derecho penal privado y descentralizado.

### III. Expropiación del Control Social y Capitalismo

Con el nacimiento del Estado Moderno, es decir, con el triunfo del rey sobre los demás competidores internos, el Leviatán hobbesiano reclamó para sí muchas actividades y múltiples servicios que antes estaban en manos de los particulares<sup>41</sup>. Como en el Derecho penal medieval predominaron las penas pecuniarias, el monarca pronto encontró en este sistema de economía punitiva una fuente de recursos con la cual costear a la burocracia incipiente y cada vez más numerosa. El Derecho penal se “estatalizó”, y con esto el control social informal se “formalizó”. Aquí nació también la “expropiación del conflicto”. Así lo explica Eugenio Raúl Zaffaroni:

“La característica diferencial del poder punitivo es la *confiscación del conflicto*, o sea, la usurpación del puesto del damnificado o *víctima* por parte del señor (poder público), degradando a la persona

---

<sup>40</sup> WEBER, Max. *op. cit.* p. 206.

<sup>41</sup> *Vid.* BOBBIO, Norberto. *Estado, Gobierno y Sociedad. Por Una Teoría General de la Política*. Trad. FERNÁNDEZ Santillán, José F. Fondo de Cultura Económica. México. 1989. pp. 90-91.

lesionada o *víctima* a la condición de puro *dato* para la criminalización”<sup>42</sup>.

Recordemos que en la Edad Media al delito se le consideró como un acto personal de guerra y que el Derecho penal privado existió para evitar el derramamiento de sangre entre ofendido y ofensor. En esta época las prácticas e instituciones de guerra también sufrieron modificaciones. Como sostiene Michel Foucault, unas y otras se concentraron en manos de un poder central, de modo que poco a poco el rumbo de las cosas llevó a que, de hecho y de Derecho, sólo el Estado pudiera declarar y hacer la guerra y manipular los instrumentos de la guerra<sup>43</sup>.

Así, la guerra particular, personal (privada) y la guerra impersonal, entre pueblos de distintos países (pública), se estatalizaron y tanto el *ius puniendi* como el *ius bellum* fueron absorbidos por el monarca. En el caso de la primera, es decir, de la que genera la comisión de un delito, la consecuencia de la confiscación del conflicto fue el despojamiento del ofendido de su propio rol de víctima y por consecuencia del derecho “natural” que de éste se deriva.

La expropiación del conflicto, derivada de la previa expropiación del *ius puniendi*, surtirá efectos aún en nuestro tiempo. Ya entrados en el siglo XXI, a la víctima, desplazada del centro de atención, despojada de su rol protagónico dentro del procedimiento penal, se le reubicará en una orilla de éste, atribuyéndole el papel de “parte coadyuvante” del ministerio público.

George Rusche y Otto Kirchheimer señalan que los tres factores más relevantes para la eliminación del carácter privado del Derecho penal, fueron:

---

<sup>42</sup> Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El Enemigo en el Derecho Penal*. Editorial Ediar. Argentina. 2007. p. 30.

<sup>43</sup> Vid. FOUCAULT, Michel. *Defender la Sociedad*. 2a ed. Trad. PONS, Horacio. Fondo de Cultura Económica. México. 2002. p. 53.



“El primero, el incremento de las funciones disciplinarias de los señores feudales en relación con aquellos que se encontraban en estado de sujeción económica... El segundo factor fue la lucha de las autoridades centrales por incrementar su influencia extendiendo sus derechos jurisdiccionales... El tercero y más significativo factor lo constituían los intereses de tipo fiscal... La administración de la justicia criminal... lejos de representar una carga como en nuestros días, significaba una fuente considerable de ingresos”<sup>44</sup>.

El rey, o lo que es lo mismo, la autoridad central, luego de vencer a sus competidores, amasó una gran cantidad de poder. Antes ejercido entre varios actores políticos (clero, señores feudales, nobles de sangre), el poder se concentró todo en las manos del soberano, dando origen a lo que hoy denominamos “Estado absoluto”. La ausencia de competidores y de un diseño político de pesos y contrapesos hará con el tiempo que el absolutismo signifique despotismo, y que el soberano se vuelva un tirano. Éste será el contexto sociocultural en el que el Derecho penal público generará terror, y donde las penas llegarán a ser tan crueles que su ejecución se asemeje a la puesta en escena de una obra teatral abominable. Gabriel Ignacio Anitua:

“El fin de estas luchas y el accionar conjunto de un único poder soberano en áreas uniformizadas artificialmente permitirían realizar el importante proceso de centralismo que iría a contradecir el ejercicio de los poderes locales que sustentaban el modelo feudal. La práctica punitiva fue quizá la más importante para poder reemplazar los ejercicios de “justicias” y “poderes” locales. En todo ello intervino un proceso de racionalización. A diferencia de lo que señalan algunos manuales de derecho penal al uso, ello no implicó una reducción de las violencias, sino por el contrario un ejercicio más visible de la represión y menos efectivo de la disuasión”<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Cfr. RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto. *op. cit.* p. 9.

<sup>45</sup> Cfr. ANITUA, Gabriel Ignacio. *Historias de los Pensamientos Criminológicos*. Prol. ZAFFARONI, E. Raúl. Editores del Puerto. Argentina. 2005. p. 16.

En el siglo XV, en lugares como Italia, Alemania, Flandes y Francia, se suscitaron circunstancias que generaron un caldo de cultivo para el incremento abrupto de la delincuencia. Una de éstas fue la infertilidad de la tierra. El fin de la caída de la curva poblacional provocada por la peste, estuvo seguido por un ascenso vertiginoso que orilló a la sobreexplotación de las tierras amén de una mayor demanda de alimentos. Si antes había sido fácil conseguir predios cultivables aplicando métodos como la transformación de los bosques o el drenado de pantanos, ahora el suelo productivo estaba consumido. El agotamiento de los nutrientes de la tierra exigió la adopción de un nuevo método, conocido como “sistema de los tres campos”. Consistía en cultivar sólo un tercio del terreno, dejando descansar los otros dos<sup>46</sup>. Naturalmente, la producción bajó y por lo tanto el número de siervos desocupados aumentó, al tiempo que las condiciones de vida de los que conservaron su trabajo, así como de su familia, empeoraron.

Debemos recordar que los labradores tenían ya de por sí un estilo de vida basado en la economía de subsistencia, no de acumulación, y que eran dependientes económicos del terrateniente, quien ejercía sobre ellos un señorío que podía rayar en la crueldad, sólo limitado por la posibilidad legal de que un igual a él apelara ante la jurisdicción de la lejana autoridad central, para que ésta interviniera y pusiera fin al abuso.

Otro factor criminógeno de la época fue resultante del auge de la industria textil. Con el incremento del comercio de ovejas, los predios, antes destinados al cultivo, se cercaron, transformándose en praderas. Tomás Moro así lo denunció:

“Pero todo esto no es la única razón de por qué existen necesariamente tantos ladrones. Hay otra, y mayor, a mi parecer, que es propia de vuestro país.

—¿Cuál es?— preguntó el cardenal.

—Las ovejas, monseñor —le respondí—. Vuestras ovejas, que tan mansas suelen ser y que con tan poco suelen alimentarse, ahora,

---

<sup>46</sup> Vid. RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto. *op. cit.* p. 11.

según he oído decir, han empezado a mostrarse tan feroces y hambrientas que hasta enguellen a los hombres, y devastan y destruyen campos, casas y ciudades. En efecto, en todos los lugares del reino donde se obtiene la lana más fina, y por consiguiente la más apreciada, los señores, los caballeros y aun los santos varones de los abades, no se contentan con las rentas y beneficios que sus antecesores solían obtener de sus tierras, y no contentándose con poder vivir holgada y perezosamente, sin hacer nada por el bienestar de los demás, antes bien les hacen daño a estos (sic), ya que no dejan ninguna parcela para el cultivo; todo se reserva para pastos...<sup>47</sup>.

Karl Marx sostiene que por virtud de la política del cercamiento, los siervos fueron expulsados del campo, primero, y despojados de sus bienes comunales, después: “El florecimiento de las manufactureras laneras de Flandes y la consiguiente alza de los precios de la lana, fue lo que sirvió de acicate directo, en Inglaterra, para estos abusos”<sup>48</sup>.

El Reino Unido sufrió una serie de acontecimientos que amenazaron con arruinar su economía. Adam Smith la reseña:

“Entre otros acontecimientos podemos citar el incendio y la plaga de Londres, las dos guerras con Holanda, las cuatro tan costosas con Francia en los años 1688, 1702, 1742 y 1756, conjuntamente con las dos rebeliones de 1715 y 1756”<sup>49</sup>.

Por estas razones, Smith se sostiene que la acumulación de capital se logra más con la sobriedad o parsimonia que con la laboriosidad. Para él la parsimonia consiste en el aumento del capital que se destina a dar ocupación a más manos

---

<sup>47</sup> Cfr. MORO, Tomás. *Utopía*. Trad. RUTIAGA, Luis H. Editorial Tomo. Col. “*Filosofía*”. México. 2000. p. 38.

<sup>48</sup> Cfr. KARL MARX. *op. cit.* p. 611.

<sup>49</sup> Cfr. SMITH, Adam. *Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones*. 2ª ed. Trad. FRANCO, Gabriel. Fondo de Cultura Económica. Libro II, Cap. III. México. 1958. p. 312.

productivas. Distingue para esto entre empleos productivos e improductivos, siendo los primeros aquellos que agregan un valor a la materia trabajada (artesano, por ejemplo) y éstos los que no lo hacen (sirviente en casa del amo)<sup>50</sup>. Advierte además que mientras duraron las guerras el costo gubernamental fue excesivo (el costo del aparato de gobierno) e infértil para la acumulación de capital, pues significó la manutención de muchas manos improductivas<sup>51</sup>.

Estos sucesos históricos de Gran Bretaña y la interpretación económica que Adam Smith realiza sobre los mismos, delinea la construcción de un nuevo estila de vida, acético y laborioso, necesario para la nueva actividad que marca el tránsito del sistema feudal al capitalista: la acumulación del capital. El estilo de vida protestante encontrará cabida en las nuevas formas de comportamiento, y la necesidad de manos productivas volverá al siervo obrero y a la fuerza de trabajo mercancía.

La ética protestante hacía apología de un estilo de vida acético, donde el máximo de ahorros en gastos de voluptuosidad permitiera al aceta una mayor inversión de dinero en la acumulación de capital: en una frase, poner el capital a producir más capital era la regla fundamental del capitalismo inaugurado. Este nuevo sistema económico se basó así en la disciplina. El dueño de los medios de producción debía llevar un estilo de vida austero si su intención era producir más capital. Además de guardarse bien de no mantener manos inproductivas, debía procurar hacerse de más manos productivas. “El mayor de los beneficios al menor costo posible” es una máxima capitalista que aún resuena en las oficinas ejecutivas de las empresas del siglo XXI.

La disciplina, como motor de la acumulación de capital, no podía limitarse al caso de los patrones; tenía que extenderse a los obreros. Mas el cambio de *modus vivendi* no fue inmediato ni llano. Los exsiervos de la gleba tenían que ser

---

<sup>50</sup> Vid. SMITH, Adam. *op. cit.* pp. 306, 299.

<sup>51</sup> Vid. SMITH, Adam. *op. cit.* p. 312.

“disciplinados” si con el trabajo de ellos se pretendía obtener la acumulación añorada. La cárcel en sus inicios modernos se pareció bastante a una fábrica, acaso porque ésa era la finalidad. El disciplinarismo de Jeremy Bentham y el utilitarismo de que hizo eco con sus acciones y publicaciones fueron la ideología perfecta para perfilar a la cárcel, como gran maquinaria disciplinadora de muchedumbres, hacia una fábrica de obreros. En efecto, si en las fábricas se necesitaron hombres productivos, con cuyo trabajo transformar la materia prima en bienes de consumo, la cárcel habría de transformar al siervo de la gleba en obrero al servicio de los intereses de la clase hegemónica.

La acumulación de capital dará pronto a la burguesía su posición hegemónica en la naciente lucha de clases, generando una injusticia social palmaria, entendida como la desigual distribución de la riqueza, producto de su acumulación en las manos de quienes poseen los medios de producción. Esta circunstancia dará lugar a la instauración de un control social muy severo, diseñado para la protección de los intereses de los aventajados, como veremos más adelante.

Eugenio Raúl Zaffaroni, por su parte, anota que en el siglo XVIII inglés se generó el incremento de los productos agrícolas y un excedente de la población rural que se reunió en los centros urbanos, debido a la “racionalización” de la producción rural, mediante la disminución de la forma de producción agrícola “a campo abierto” a través de las leyes de *enclosures* o de cercados (*Enclosure Acts*, sancionadas a partir de 1727). Estas leyes obligaron a los propietarios rurales a cercas sus predios, eliminándose así a los *cottagers*, es decir, a los campesinos sin tierra<sup>52</sup>.

Dario Melossi y Massimo Pavarini anotan una circunstancia más en contra de la condición de los labradores. Siguiendo la tesis clásica de Dobb, afirman que, producto de la ineficiencia misma del modo de producción feudal, la carga de

---

<sup>52</sup> Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminología... *op. cit.* p. 102.

trabajo que el campesino llevaba a cuestras pesó cada vez más, instándolo a liberarse de la misma a través del vagabundaje por el campo o emigrando hacia la ciudad<sup>53</sup>. Nosotros debemos agregar que como el incremento de la carga laboral, en perjuicio del siervo, obedeció a las necesidades de la producción, es plausible pensar que el maltrato por parte del señor feudal también empeoró, dando lugar a la desertión.

Instados por los cambios desfavorables registrados en el campo, los siervos emigraron a la ciudad. Allí tampoco encontraron mejores condiciones de vida, debido a que el gran éxodo del área rural a la urbana propició mayor demanda de trabajo que oferta; también porque, como dijimos, la actividad fabril exigía técnicas desconocidas para los labradores de la tierra. Además, el siervo de la gleba, habituado a laborar por jornadas delimitadas con base en fenómenos naturales como la puesta de sol y su ocaso, así como por estaciones del año, difícilmente pudo acostumbrarse al estilo de trabajo en fábrica, ajustado a las necesidades de producción establecidas por un mercado en expansión más que a la luz y la oscuridad, o al clima para la cosecha. Pero también porque, como apunta Karl Marx:

“Los contingentes expulsados de sus tierras al disolverse las huestes feudales y ser expropiados a empellones y por la fuerza de lo que poseían, formaban un proletariado libre y privado de medios de existencia, que no podía ser absorbido por las manufacturas con la misma rapidez con que se le arrojaba al arroyo”<sup>54</sup>.

De modo que la transformación del campesinado en proletariado fue sufrida, lenta y conflictiva. El resultado: un gran número de mendigos indigentes pululando por las calles, lo mismo que de personas reclutadas por bandas criminales.

---

<sup>53</sup> Vid. MELOSSI, Dario y PAVARINI, *op. cit.* p. 30.

<sup>54</sup> Cfr. KARL MARX. *op. cit.* pp. 624-625.

Dichas transformaciones socioeconómicas no se registraron sin conflictos entre las clases nacientes (burguesía y proletariado). Las desavenencias fueron el signo distintivo de la transición al capitalismo, acaecida entre los siglos XIV y XV. Massimo Pavarini lo expone magistralmente:

“Si el infringirse de la original relación de *corvée* entre soberano y súbditos libera a estos últimos de las cadenas de su sujeción – haciendo así libre al siervo– simultáneamente la acumulación del capital en manos de pocos despoja de los medios de producción a las masas productoras –liberando de este modo al siervo de los medios para su propio sustento (sic). Si la libertad adquirida, los derechos civiles, los nuevos espacios de autonomía fueron para la clase burguesa *condiciones necesarias* para su propia actividad comercial e industrial, para las amplias masas de campesinos y pequeños productores liberados de los vínculos feudales y expulsados de las tierras o en cualquier modo privados de sus medios de producción, estas mismas condiciones constituyeron el presupuesto para su transformación en fuerza de trabajo asalariada”<sup>55</sup>.

Al siervo de la gleba se le otorgó su libertad cuando fue expulsado del campo; pero se le convirtió en dependiente económico de la burguesía porque su liberación vino acompañada del despojamiento de sus bienes comunales. Se le volvió, en efecto, dependiente económico de la nueva clase dominante, porque ésta amasó todos los medios de producción. Aquél no tuvo nada más que su libertad, que en el capitalismo se transformó entonces en mercancía. La relación de trabajo dibujó así los primeros contornos de aquello que la teoría jurídica calificaría como “contrato civil de arrendamiento”. En Michel Foucault encontramos la ejemplificación clara de la fuerza de trabajo interpretada como un objeto que se arrienda:

---

<sup>55</sup> Cfr. PAVARINI, Massimo. *op. cit.* p. 29.

“Uno de los rasgos característicos de los contratos de obreros que se firmaban –y hay algunos de épocas bastante tempranas, en los siglos XV y XVI– era que el obrero debía terminar su trabajo en tal o cual fecha o dar tantos días de trabajo a su patrón”<sup>56</sup>.

La fuerza de trabajo se volvió mercancía de la que el empresario también se adueñó, primero bajo el amparo de ninguna ley; después con el apoyo de muchas. Así, desde el principio de este nuevo estado de cosas, los manumitidos estuvieron destinados a convertirse en asalariados. Por las razones ya apuntadas, los siervos no sólo se vieron privados de los medios de producción, sino en muchos casos también de la oportunidad de acceder a los medios de subsistencia, mediante el arriendo de su fuerza de trabajo. Esto originó que: “...una masa de ellos (fuera) convirtiéndose en mendigos, salteadores y vagabundos; algunos por inclinación, pero los más, obligados por las circunstancias”<sup>57</sup>.

Los principales protagonistas de los crímenes pronto fueron identificados como pertenecientes al proletariado. A esta clase social se le asoció con la gente procedente del campo, en remembranza del éxodo masivo de siervos hacia las ciudades. Por tal razón, la palabra *villano*, antaño empleada para referir a los miembros de una condición social determinada, después se utilizó para significar una inferioridad moral. Aquí surgió históricamente la estigmatización, de la que habla Erving Goffman<sup>58</sup>, y el etiquetamiento social del que se ocupan los partidarios del *labelling approach*<sup>59</sup>. En lo sucesivo, cuando el ciudadano común piense en un criminal, traerá a su mente la imagen de un pobre.

---

<sup>56</sup> Cfr. FOUCAULT, Michel. *El Poder Psiquiátrico*. Trad. PONS, Horacio. Fondo de Cultura Económica. México. 2005. p. 72.

<sup>57</sup> Cfr. KARL MARX. *op. cit.* p. 625.

<sup>58</sup> Sobre este tema, *vid.* GOFFMAN, Ervin. *Estigma. La Identidad Deteriorada*. Trad. GUINSBERG, Leonor. Editorial Amorrortu. Argentina. 1970.

<sup>59</sup> Sobre este tema, *vid.* (1) BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico-Penal*. Trad. BUNSTER, Álvaro. Siglo Veintiuno Editores. Argentina. 2002. pp. 83-119; (2) LAMNEK, Siegfried. *Teorías de la Criminalidad*. 5ª ed. Trad. CARRIL, Irene del. Siglo Veintiuno Editores. México. 2002. pp. 56 y ss.



En la ciudad industrializada el “villano” era una persona “diferente”, cuyo origen rural no podía ocultar ni remover, ya por su atuendo, ya por sus formas poco refinadas, ya por su ineptitud para el trabajo tecnificado. Así, el siervo liberado se volvió un individuo estigmatizado, cuando le sucedió lo que el profesor de Berkeley explica: “(en) ...el individuo estigmatizado... su calidad de diferente ya es conocida o resulta evidente en el acto...”<sup>60</sup>.

Los burgueses, al ser el blanco natural de los delincuentes, exigieron un sistema de administración de justicia capaz de proteger la propiedad. En respuesta a tal reclamo, el Derecho penal público (hasta entonces fiel a su origen privado: penas pecuniarias o corporales según la clase social) se modificó. A mayor pobreza hubo más delitos; a mayores delitos penas más severas se impusieron. Las sanciones corporales, antaño empleadas de manera excepcional para “corregir” la incompletitud del Derecho penal expropiado, se convirtieron gradualmente en la regla general. Todavía en el siglo XV la pena capital y las mutilaciones graves fueron aplicadas sólo en casos extremos.

Pero el siglo XVI se distinguió por el incremento de la intensidad de las penas así como de la crueldad en su ejecución. Este encrudecimiento de la pena es un acontecimiento histórico asociado con otro más amplio. En el mismo tiempo los campesinos sufrieron un agravamiento de la opresión ejercida por el terrateniente. A inicios de siglo, Inglaterra puso en práctica su política de cercamiento de los campos, que generó la desocupación de muchos labradores. El puntero de la pena se desplazó rápidamente del centro a la derecha, de la relativa templanza a la inmoderación, de la inmoderación a la carnicería. A partir de entonces, al juzgador no le bastó dictar la pena de muerte; la sentencia debía contener, además, una explicación detallada de la forma en que ésta habría de ejecutarse.

---

<sup>60</sup> Cfr. GOFFMAN, Ervin. *op. cit.* p. 14.

Michel Foucault recuerda la condena dictada en contra de Robert-Francois Damiens, el regicida. Citando fragmentos de la sentencia, el gran pensador francés escribe:

“Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a “pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París”, a donde debía ser “llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano”; después, “en dicha carreta, a la plaza de Gréve, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado (deberán serle) atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometió parricidio<sup>61</sup>, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento”<sup>62</sup>.

La muchedumbre que se agolpaba en torno al cadalso, en la plaza pública, se mostraba cada vez más exigente sobre la forma de ejecutar la pena capital. En la medida en que el pueblo presenció el sangriento ritual que va del descuartizamiento al desmembramiento, del tenaceamiento al enterramiento, de la decapitación a la hoguera, se fue volviendo también sanguinario, insensible, indiferente. Cada vez fue más difícil sorprender al espectador, por lo mismo cada vez fue más complicado cumplir con el fin originario de la ejecución pública: ejemplaridad por medio de la intimidación. La pena misma (la muerte) dejó de ser la estrella de la función teatral; lo más importante fueron los suplicios.

---

<sup>61</sup> Parricidio porque atentó contra la vida del rey, a quien se le consideraba un padre.

<sup>62</sup> Cfr. FOUCAULT, Michel. *Vigilar... op. cit.* p. 11.

#### IV. El Encierro ante las Nuevas Formas de Desviación

En nuestra opinión existen dos versiones tendientes a explicar el fenómeno de la “dulcificación de las penas”. A una la llamaremos “versión beccariana”, a la otra “versión marxista”. Según la primera, la curvatura hacia la benevolencia de las penas obedeció al incremento que el valor “vida humana” tuvo en el ideario colectivo, gracias a la reivindicación que de la dignidad del hombre hiciera el pensamiento ilustrado. Según la segunda, el freno del ímpetu punitivo se debió, en efecto, al incremento que el valor “vida humana” tuvo en el ideario colectivo, pero esto último gracias a y sólo a la importancia que la fuerza de trabajo adquirió en el inaugurado sistema capitalista.

En la versión beccariana el triunfo de la civilidad se coronó bajo el pendón del humanismo; de acuerdo con la versión marxista, el lábaro que ondeó sobre la cabeza de los indultados fue el del utilitarismo. Para la versión “clásica”, la vida triunfó sobre la muerte; para la versión “alternativa”, no importó la vida como un fin en sí mismo, sino sólo en cuanto medio necesario para que los dueños de los medios de producción obtuvieran la fuerza de trabajo que necesitaban para amasar más capital. En una frase: la necesidad de los burgueses por más mano de obra triunfó sobre la necesidad del pueblo por entretenimiento dominical.

George Rusche y Otto Kirchheimer:

“La necesidad de remeros fue particularmente aguda hacia fines del siglo XV, a causa de la existencia de guerras navales entre las potencias cristianas y mahometanas del Mediterráneo. Estas guerras provocaron un ímpetu de las viejas prácticas de reclutar remeros entre los prisioneros. El número de individuos necesarios para un solo barco era realmente extenso: 350 para las grandes galeras llamadas *galéasse* y 180 para las pequeñas”<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Cfr. RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto. *op. cit.* p. 63.

Elías Neuman narra que con cierta simultaneidad algunos estados de Europa, entre los siglos XVI y XVII, optaron por conmutar penas de muerte por servicios específicos. Uno de estos servicios fue el trabajo en *galeras*. Los galeotes manejaban los remos de los grandes navíos y el Estado, gracias a ellos, mantenía la hegemonía militar y económica en la región. Atados unos a otros por cadenas que pendían de muñecas y tobillos, pasaron sus llagas por todos los mares conocidos. Según lo dice el autor en consulta, se ha expresado que las galeras fueron presidios flotantes<sup>64</sup>.

El trabajo forzado en galeras fue disminuyendo con el paso del tiempo, no doblegado por los golpes redoblados del humanismo; más bien por los avances técnicos en el arte de la navegación. En vez de obligar a los galeotes a remar bajo amenaza de azotes y al ritmo del tambor, se les empleó para el *bagno*. Se trató de un trabajo forzado menos exigente y de necesidad menos frecuente, que consistió en construir y dar mantenimiento a los puertos. Un decreto austriaco de 1724, por medio del cual se procuró extender la práctica del trabajo en galeras, provocó exceso de la mano de obra. En consecuencia, el gobierno dispuso que el trabajo forzado se ejerciera en las minas, pero el consejo municipal de Breslavia se opuso, al temer que resultara de esto una afectación al nivel de vida de los trabajadores libres. No teniendo otro remedio, mediante decreto de 1762 se abolió la servidumbre en galeras<sup>65</sup>.

En Inglaterra, durante el siglo XVIII, la deportación al Nuevo Continente fue una alternativa a la pena de prisión. Pero a esta práctica se le interpuso la guerra colonial, que culminó con la independencia de Estados Unidos de América. La imposibilidad de continuar con las deportaciones produjo el incremento del uso de la pena de galeras, aunque la demanda de mano de obra provocada por la guerra

---

<sup>64</sup> Vid. NEUMAN, Elías. *Prisión Abierta. Una Nueva Experiencia Penológica*. Porrúa. México. 2006. p. 19.

<sup>65</sup> Vid. RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto. *op. cit.* p. 67.

generó que los jueces prefirieran la leva militar como alternativa, de modo que el incremento de la sanción de galeras terminó por atenuarse<sup>66</sup>.

En La Nueva España se recibieron galeotes de la Madre Patria. Así lo demuestra *La Recopilación de las Leyes de Los Reynos de las Indias*, que en su Libro VII, ley xiiij dispuso:

“ORENDAMOS, Que los Galeotes enviados a deftos Reynos para fervir en las Galeras de nueftras Indias, acabado el tiempo de condenacion, no se confienta ni permitá quedar en aquellas partes, y fean luego remitidos á Efpaña”.

Podemos falsar la versión beccariana atendiendo al factor tiempo. Primero se comenzó a preferir el uso de los trabajos forzados sobre la pena de muerte, y después irrumpió en el Derecho penal el pensamiento ilustrado. Como vimos, la necesidad de remeros surgió a fines del siglo XV, mientras que la obra *Dei Delitti e delle Pene*, de Cesare Beccaria vio la luz en el lejano año 1776. Por eso Lenin Méndez Paz afirma:

“(Beccaria) ...propone moderar la pena de prisión, quitar la suciedad y el hambre de las cárceles, promover la compasión y humanidad en las mismas, con ideas contractualistas y utilitaristas. (Mientras que John Howard)... con *El estado de las prisiones*, sacude la conciencia social del momento y pone en alerta sobre un derecho punitivo más humanitario y menos represor... propone adelantos como higiene y alimentación, separación de detenidos y encarcelados, educación, supresión del carcelaje, trabajo, separación por sexo y edad, aislamiento nocturno”<sup>67</sup>.

¿Cómo iba a ser que Beccaria y Howard abogaran el uno por moderar el uso de la prisión y el otro por humanizar el trato a los presos si la pena de prisión

---

<sup>66</sup> Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología...* op. cit. pp. 106-107.

<sup>67</sup> Cfr. MÉNDEZ Paz, Lenin. *Derecho Penitenciario*. Oxford. México. 2008. p. 93.

no fuera para ese entonces una realidad? Según veremos más adelante, fue en la patria del primero, a inicios del siglo XVI, que la autoridad arremetió contra los menesterosos, dictando una ley que ordenó el aislamiento de éstos en hospicios, comenzando así el uso del encierro y el abuso en perjuicio de los cautivos; mientras que la obra cumbre del milanés se dio a la estampa en el último cuarto del siglo XVIII.

Si Cesare Beccaria con *Dei Delitti e delle Pene* pretendió moderar las penas, John Howard intentó, con *State of Prisons*, moderar el régimen carcelario. Y alzar la voz para exigir una moderación sólo es una acción lógica cuando la inmoderación es una realidad. La crueldad tanto de las penas como de las cárceles fue el resorte que impulsó al italiano y al inglés a escribir las obras aquí citadas. Por esta razón, debemos descartar la versión becarriana, pues contiene un error cronológico elemental. Sin dejar en el olvido que Howard fue el iniciador de la corriente conocida como “reforma carcelaria”<sup>68</sup>.

Si Inglaterra tuvo sus *rogues and vagabonds*, Francia tuvo su *royaume des truands* (reino de rufianes). A mediados del siglo XVII París se vio literalmente invadida por un ejército de vagabundos. Todavía en los primeros años del reinado de Luis XVI, mediante la Ordenanza de 13 de julio de 1777, se dispuso el envío a galeras de todos aquellos que contaran con una edad entre dieciséis a sesenta años, gozaran de buena salud, carecieran de medios de vida y no ejercieran profesión alguna<sup>69</sup>.

En este estudio debemos incluir la consideración de que el tránsito del sistema económico feudal al capitalista no sólo modificó las formas de producción, sino también la moral de la época. Aunque la transición no fue inmediata, finalmente echó raíces en la configuración del pensamiento, hasta convertir lo que antaño era calificado como avaricia, en algo socialmente aceptado. La nueva

---

<sup>68</sup> En sentido semejante: NEUMAN, Elías. Prisión Abierta... *op. cit.* p. 40.

<sup>69</sup> *Vid.* KARL MARX. *op. cit.* p. 627.

forma de vida que impuso el capitalismo es aquello que Max Weber denomina “espíritu capitalista”. Se trata de una nueva ética que para instalarse en el ideario colectivo tuvo que desplazar primero a la moral medieval que el autor alemán llama “tradicionalismo”. Así lo dice:

“Muy a menudo, coexistían el desenfreno absoluto y consciente de la voluntad de lucrarse y la fiel sumisión a las normas tradicionales. Cuando la tradición se derrumbó y la libre concurrencia penetró con mayor o menor intensidad incluso en el interior de las organizaciones sociales, no se siguió de ordinario una afirmación y valoración ética de esta novedad, sino que más bien se la toleró prácticamente, considerándosela o como algo indiferente desde el punto de vista ético o como cosa reprobable, aun cuando inevitable, por desgracia, en la práctica... El adversario, pues, con el que en primer término necesitó luchar el “espíritu” del capitalismo” –en el sentido de un nuevo estilo de vida sujeto a ciertas normas, sometido a una “ética” determinada– fue aquella especie de mentalidad y de conducta que se puede designar como “tradicionalismo”<sup>70</sup>.

El burgués pronto se embebió en el “espíritu capitalista”, introyectando la nueva ética que le recomendaba asumir ciertos modos de pensar y de actuar para que el capital le produjera más capital. Pero el siervo convertido en obrero siguió inmerso en el modelo de vida tradicional. Esta diafonía fue como una partitura escrita en dos pentagramas diferentes: con la de “arriba” se entonaba un pasaje musical al compás de cuatro cuartos y con la de “abajo” otro totalmente arrítmico con respecto de aquél, dando como resultado una pieza contrapuntística inoperante. Mientras el patrón quiso incrementar la producción, el obrero no participó del mismo interés, pues su estilo de vida tradicional (y por lo tanto ascético) se lo impidió.

---

<sup>70</sup> Cfr. WEBER, Max. *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*. Trad. LEGAZ Lacambra, Luis. Terramar Ediciones. Col. Caronte Ensayos. Argentina. 2006. p. 49.

En el trabajo de campo, el único momento en que al señor de la tierra le convino que los siervos laboraran presurosamente, fue durante el levantamiento de la cosecha. La economía agrícola depende sobremanera de ese decisivo momento, pues la inseguridad del tiempo hace que una recolección lenta del producto represente altas probabilidades de pérdidas. Por esta razón y exclusivamente para el tiempo de levantamiento del cultivo, el terrateniente recurrió al pago a destajo. En la economía capitalista el empresario paga a destajo, buscando incidir en la producción de sus obreros. Con esta fórmula, a mayor rendimiento mayor producción y a mayor producción mayor retribución, léase: a mayor producto generado por el obrero, mayor salario paga el patrón.

Esto mismo hicieron los burgueses del capitalismo temprano, pero se enfrentaron al problema de que, según lo dijimos, el trabajador siguió embebido en el tradicionalismo. Así, cuando el empleado se dio cuenta de que para vivir le bastaba terminar dos productos, dejaba de laborar, aún cuando el empresario esperara de él un rendimiento equivalente a seis productos. El pago a destajo resultó contraproducente para el burgués, porque el obrero se percató de que haciendo poco obtenía lo necesario<sup>71</sup>.

No bastó, pues, con que la clase dominante expropiara a los trabajadores de los medios de producción; fue necesario además introyectar en ellos una “cultura por el trabajo”. Como los campesinos fueron expulsados de sus tierras, el adoctrinamiento, en sus formas más feroces, se redujo a dos sentencias: (1) “Trabajas o te mueres de hambre”; (2) “Trabajas o te encierro”.

En la cosmovisión medieval la pobreza había sido adminiculada a la idea cristiana de la “bienaventuranza”; pero el Sermón del Monte fue opacado por la sombra de aquel “espíritu capitalista” que años más tarde Benjamin Franklin encapsulará en un manuscrito que denominará “*Necessary hints to those that*

---

<sup>71</sup> Vid. WEBER, Max. La Ética... *op. cit.* pp. 49-50.



*would be rich*<sup>72</sup> (“Advertencias necesarias para aquellos que quieren ser ricos”)<sup>73</sup>. La miseria se secularizó, pasando de ser una experiencia religiosa a un estigma social. Pedro José Peñaloza lo explica:

“En adelante, la miseria ya no está enredada en una dialéctica de la humillación y de la gloria, sino en cierta relación del desorden y el orden, que la encierra en su culpabilidad. De una experiencia religiosa que la santifica, pasa a una concepción moral que la condena”<sup>74</sup>.

Después de todo, la ética cristiana siempre ha sido una ética de la caridad. Como dice Gustavo Zagrebelsky: “*L’á etica cristiana é etica della carità o della verità? Per Gesù di Nazareth, non c’è dubbio, la carità predomina. La sua predicazione é l’amore concreto*”<sup>75</sup>. (¿La ética cristiana es ética de la caridad o de la verdad? Para Jesús de Nazaret no hay duda, la caridad predomina. Su predicación es el amor concreto)<sup>76</sup>. Pero si en la Modernidad la Iglesia perdió fuerza política frente al Estado, la ética predicada por Jesús también cedió su sitio privilegiado a la ética laica del capitalismo. La avaricia se volvió virtud y la pobreza vicio. Si el siervo se transformó en obrero y el campo en fábrica, el monte, desde cuya cima se predicó, con el tiempo se volverá edificio corporativo. El pobre, el de “abajo”, estará en el infierno; el empresario, el de “arriba”, acariciará el Paraíso, desde el *penthouse* de su “rascacielos”.

En la primera mitad del siglo XVII la población disminuyó en países como Inglaterra y Francia, pero fue en Alemania donde se registró la deflación demográfica más drástica, seguramente por el índice de mortalidad que dejó la “Guerra de los Treinta Años”. Como resulta obvio, a menor población hubo también menor número de personas aptas para laborar, de modo que las nuevas

---

<sup>72</sup> Max Weber reproduce el texto en: *La Ética... op. cit.* pp. 36-37.

<sup>73</sup> La traducción es nuestra.

<sup>74</sup> Cfr. PEÑALOZA, Pedro José. *Pena de Muerte. Mitos y Realidades*. Porrúa. México. 2004. p. 85.

<sup>75</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *op. cit.* p. 98.

<sup>76</sup> La traducción es nuestra.

reglas del mercado libre ocasionaron pérdidas cuantiosas a los dueños del capital, quienes lejos de poder imponer un salario acorde a sus expectativas de ganancia tuvieron que elevar la paga para que los trabajadores optaran por laborar en su negocio y no en cualquiera de los demás. La disminución de la mano de obra y el aumento de la necesidad de fuerza de trabajo dieron ocasión a los obreros para elegir la mejor oferta. Los burgueses renegaron de su infortunio, pues afirmaron que la situación era tan extrema que sus empleados vivían mejor que ellos<sup>77</sup>.

Para resolver este problema, pidieron la intervención del rey, quien en la naciente lucha de clases siempre estuvo dispuesto a ponerse del lado de los dueños del capital. En consecuencia, la autoridad central fijó un tope máximo para los salarios, e incluso promulgó decretos mediante los cuales dispuso que era obligación del desocupado laborar en el primer lugar donde le hicieran un ofrecimiento. Eduardo VI dictó, en el primer año de su reinado (1547), un estatuto represivo contra la mendicidad y la vagabundez. Karl Marx:

“...ordena que si alguien se niega a trabajar se le asigne como esclavo a la persona que le denuncie. El dueño deberá alimentar a su esclavo con pan y agua, bebidas flojas y los desperdicios de la carne que crea conveniente. Tiene derecho a obligarle a que realice cualquier trabajo, por muy repelente que sea, azotándole y encadenándole si fuere necesario. Si el esclavo desaparece durante dos semanas, se le condenará a esclavitud de por vida, marcándole a fuego con una S<sup>78</sup> en la frente o en un carrillo; si huye por tercera vez, se le ahorcará como reo de alta traición”<sup>79</sup>.

En la lucha de clases, los patronos siempre vencieron, pues tuvieron a la autoridad de su lado. Adam Smith así lo afirma:

---

<sup>77</sup> Vid. RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto. *op. cit.* 29.

<sup>78</sup> “S” Inicial de la palabra inglesa *slave*, que significa “esclavo”.

<sup>79</sup> Cfr. KARL MARX. *op. cit.* p. 625.

“Los patronos, siendo menor en número (que los obreros) se pueden poner de acuerdo más fácilmente, además de que las leyes autorizan sus asociaciones o, por lo menos, no las prohíben, mientras que, en el caso de los trabajadores, las desautorizan. No encontramos leyes del Parlamento que prohíban los acuerdos de rebajar el precio de la obra; pero sí muchas que prohíben esas estipulaciones para elevarlo”<sup>80</sup>.

Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que los obreros, ante las condiciones de trabajo infrahumanas, encontraban en la sindicación la mejor forma de defensa, pero por considerar que ésta afectaba las condiciones de libertad “natural” del mercado, las asociaciones sindicales fueron prohibidas rigurosamente. Así, el parlamento inglés derogó en 1809 el viejo *Statute of Artificers* de 1563, y en 1799 se había prohibido la asociación, al tipificarla como delito de “coalición”. Mientras que en Francia, la ley *Le Chapelier*, de junio de 1791, prohibió el derecho de sindicación y el *Code Napoleón* estableció que el pago de salarios se probaba con la palabra del empleador, manteniéndose esta disposición hasta 1868. La huelga dejaría de ser delito hasta 1864, al discriminarse la coalición, pero la libertad sindical se reconoció finalmente en 1884<sup>81</sup>.

Este momento histórico estuvo definido por la unión de circunstancias, como: (1) deflación demográfica; (2) crecimiento de la demanda de fuerza laboral; (3) incremento de los salarios producto de la desnivelación entre oferta y demanda laborales; (4) inclinación del rey a favor de la protección de los intereses de la burguesía; (5) inexistencia de una lucha de clases organizada e institucionalizada por parte de los trabajadores; y (6) un Derecho penal público que convirtió a la pena de muerte en la reina de las penas.

Como podremos caer en la cuenta, éste fue el momento preciso para que la pena de muerte se destronara, y en su lugar se colocara la de trabajo forzado. Ya

---

<sup>80</sup> Cfr. SMITH, Adam. *op. cit.* p. 65.

<sup>81</sup> Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología... op. cit.* p. 104.

no porque las voces ilustradas hubieran hecho mella en el corazón, eco en los oídos, conciencia en el espíritu de los dueños del poder, sino porque así fue conveniente a los intereses de la influyente burguesía. Por estas razones Oscar Báez Soto afirma:

“La pena de prisión como tal evolucionó lentamente hasta la revolución industrial durante la segunda mitad del siglo XVI, que favoreció el uso reiterado de ésta. Ahora, la utilidad del individuo en la producción era fundamental, el incipiente capitalismo requería de la reproducción de la fuerza de trabajo, la cárcel se constituía en esa cantera aún no explotada y para ello habría de cambiar el fin en que se sustentaba...”<sup>82</sup>.

Coincidimos con Báez Soto, a no ser porque en este tiempo aún no es lícito hablar de una pena de prisión que evoluciona, pues como tal todavía no existe. En la época que reseñamos la sanción privativa de libertad todavía no es agregada al elenco punitivo del derecho medieval, como tampoco al propio de la Modernidad temprana. Lo exacto es hablar del encierro, que pronto alcanzará estatuto jurídico.

En la Inglaterra de 1530 apareció una primera política social tendiente a contrarrestar los problemas identificados como mendicidad e indigencia. El estatuto ordenó la creación de un padrón de vagabundos. Dispuso además que en el registro se especificara si el menesteroso era *impotent*, es decir, incapaz de trabajar. A la luz del padrón, al *impotent* se le permitió pedir limosna, pero al resto se le prohibió bajo amenaza de recibir azotes hasta sangrar<sup>83</sup>. Karl Marx recuerda el sentido de esta ley, dictada por Enrique VIII, en el año 27 de su reinado:

“Los mendigos viejos e incapacitados para el trabajo deberán proveerse de licencia para mendigar. Para los vagabundos jóvenes y

---

<sup>82</sup> Cfr. BÁEZ Soto, Oscar. *Inflación Penal, Determinismo Criminal y Segregación. La Inutilidad de la Propuesta Readaptadora ante la Nueva Emergencia del Criminal Genéticamente Determinado*. Editorial Ubijus. México. 2008. p. 26.

<sup>83</sup> Cfr. MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo. *op. cit.* p. 32.

fuertes, azotes y reclusión. Se les atará a la parte trasera de un carro y se les azotará hasta que la sangre mane de su cuerpo, devolviéndolos luego, bajo juramento, a su pueblo natal o al sitio en que hayan residido durante los últimos tres años, para que “se pongan a trabajar”<sup>84</sup>.

En México, el Código Penal Federal de 1871, de estirpe clásica, consideró la vagancia y mendicidad como delito “contra el orden público”. Al vago lo definió en su artículo 854 como: “El que careciendo de bienes y rentas, no ejerce alguna industria, arte ú oficio honestos para subsistir, sin tener para ello impedimento legítimo”. Mientras que el artículo 857 describió el delito de “mendicidad” como pedir limosna de manera habitual sin licencia de la autoridad política. El artículo 858 dispuso:

“Mientras no se establezcan hospicios y talleres especiales para mendigos, la autoridad política podrá conceder licencia para pedir limosna á aquellos que le acrediten hallarse impedidos para trabajar y carecer de recursos para subsistir, por sólo el tiempo que duren esas causas”.

La política social inglesa estuvo inspirada en la “Primera Ley de los Pobres”, dictada en Venecia cuando corría el año 1527. Ésta, igual que aquella, ligó la represión con la caridad y ordenó el aislamiento de los menesterosos en hospicios, y la prohibición a los renuentes de estacionarse en las calles y plazas bajo pena de azotes o expulsión. Al año siguiente prohibió la mendicidad a los foráneos (hoy inmigrantes ilegales) y dispuso que se les enrolara forzosamente en la marina, donde habría de pagárseles la mitad del estipendio<sup>85</sup>.

En Lyon se creó, en 1534, la “Limosna General”, con el propósito de atender el significativo incremento de pordioseros mendicantes. Se trató de una

---

<sup>84</sup> Cfr. KARL MARX. *op. cit.* p. 625.

<sup>85</sup> Vid. NEUMAN, Elías. *La Ausencia...* *op. cit.* p. 46.

institución con facultades policiales. Tuvo a su cargo el deber de hacer conservar el orden, distribuir limosnas, combatir el ocio y la mendicidad. Contó con seis servidores, conocidos como “atrapa vagabundos”. La tarea consistió en detener a los menesterosos y conducirlos a una casa de trabajo forzado, con apariencia de fortaleza y enclavada en las murallas de la ciudad<sup>86</sup>.

La pena capital se sustituyó, en efecto, por la de trabajo forzado, y no por la privativa de libertad. La privación de la libertad fue consecuencia necesaria para poder imponer el trabajo obligatorio, pues de otro modo el condenado simplemente evitaría la labor. No es gratuito que a los empleados “no libres” se les haya encadenado del tobillo y obligado a arrastrar consigo la bala de cañón. Así como en este tiempo el Derecho penal público se secularizó, en nuestra época la privación de la libertad se vació de contenido aflictivo como fin *per se*. El trabajo forzado quedó abolido de las cárceles, sin que por ello podamos afirmar que nunca haya existido parentesco histórico entre las dos formas de afligir.

En España, cuando corría el año 1566, el rey accedió a que un número determinado de personas, previamente condenadas a la pena de galeras, fuera enviado a la mina de Almadén. Una de las casas de banca propuso a la Corona esta medida, por razones eminentemente económicas. La explotación del mercurio se volvió muy codiciada en la medida en que este mineral fue alcanzando mayor demanda en el mercado. La mina de Almadén tuvo un lugar relevante en el sistema punitivo del Antiguo Régimen, y contó con un juez visitador a partir de 1591, cuyo nombramiento recayó en la persona de Mateo Alemán. La introducción de un juez visitador se debió a la preocupación del Consejo de las Órdenes por el trato que allí se daba a los galeotes<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> Vid. NEUMAN, Elías. *La Ausencia... op. cit.* p. 47.

<sup>87</sup> Vid. RIVERA Beiras, Iñaki. *La Cuestión Carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*. Prólogo I: PAVARINI, Massimo. Prólogo II: BERGALLI, Roberto. Editores del Puerto. Argentina. 2006. pp. 12-13.

Incardinando el texto en su contexto, podemos distinguir las motivaciones del tomador de decisiones. Cuando el Derecho penal privado se expropió, la motivación del rey fue económica; recordemos que el sistema de sanciones informales era pecuniario. Cuando la autoridad incrementó hasta el extremo la severidad del Derecho penal, lo hizo motivada por razones de control; no olvidemos que en el tránsito del feudalismo al capitalismo, vagabundez, mendicidad y pillaje fueron problemas que significaron un verdadero dolor de cabeza para los burgueses. Cuando la pena de muerte se sustituyó (o al menos se atemperó) por la de trabajos forzados en reclusión, las motivaciones fueron, una vez más, respaldar a la burguesía; tomemos en cuenta que ante la escasez de mano de obra, los oferentes de empleo se vieron obligados a pagar altos sueldos, arriesgando con ello sus sueños de ganancia.

En la actualidad, la pena de prisión se ha elevado en uso y duración hasta el paroxismo, pues los dueños del capital exigen a la autoridad mayor seguridad para sus negocios y para no perder competitividad en un mercado mundializado que califica a las naciones según el “grado de inversión”; también, porque hoy, como ayer, ellos son el principal blanco de la delincuencia (secuestro, robo, extorsión). Así, las motivaciones son cíclicas, como podemos ver en el cuadro siguiente:

Interés económico	• El derecho penal privado se "expropia".
Interés de control	• La pena pecuniaria se sustituye por la de muerte.
Interés económico	• La pena de muerte se sustituye por la de trabajo forzado en reclusión.
Interés de control	• La pena de reclusión se eleva hasta convertirse, de hecho, en cadena perpetua.

En ninguna de estas motivaciones, aun en la actualidad, caben ideas como: dignificación, derechos humanos, compasión, amor al prójimo, o tolerancia. Nosotros consideramos que la pena de prisión, una vez instaurada, ha sido adosada a diversos fines que la ideología humanista encumbró, pero no por eso es verdadera la afirmación de que la sanción privativa de libertad haya nacido para readaptar; como tampoco que el trabajo en reclusión haya visto la luz con el objetivo de reinsertar socialmente al criminal. Esto último, a no ser que por “reinsertar socialmente” entendamos convertir al siervo en proletario, incrementar su jornada laboral, (antes fijada por la puesta y ocaso del sol), vencer la tendencia natural del ser humano hacia el ocio, para inculcarle que el trabajo dignifica, y así convertirlo en un medio para la acumulación de riqueza. Ni siquiera podemos sostener la idea de que la prisión surgió como remedio al problema en que (para el pensamiento ilustrado) se había convertido la pena de muerte, con todo lo “inhumana” que ésta fue y sigue siendo hasta nuestros días.

## **V. La Ley como Instrumento en la Lucha de Clases**

Durante toda la Edad Media la asistencia a los pobres fue una acción llevada a cabo por ordenes religiosas, a través de los hospitales que, como dice Ezquiél Ander-Egg, aparecieron casi simultáneamente con los monasterios. En este tiempo predominó en el ideario colectivo la convicción de que la limosna era un deber religioso<sup>88</sup>. Sin embargo, a partir de la *Poor Law Act* de 1601, la atención a los vagabundos y mendigos se organizó desde el centro, disponiéndose que en cada localidad se recabaran impuestos con los cuales ejecutar acciones para paliar el creciente problema de la desocupación masiva. El fracaso de esta política para frenar el incremento del problema orilló al Estado a transformar, paulatinamente, su política social en política criminal, cambiando la compasión por la represión.

---

<sup>88</sup> Vid. ANDER-EGG, Ezequiel. *Introducción al Trabajo Social*. 2ª ed. Siglo Veintiuno Editores. España. 1996. p. 49.



Robert Castel señala que el encierro, como forma de atender el problema de la mendicidad, se dirigió en un primer momento sólo a los mendigos domiciliados. Excluyó a los extranjeros, los vagabundos, quienes debían abandonar la ciudad y continuar, entre tanto, sujetos a medidas policiales:

“Los individuos considerados más desocializados, los más indeseables, los más peligrosos, quedaban así excluidos del encierro (y no por el encierro). El edicto de 1662 que preconiza el establecimiento de un Hospital General en “todas las ciudades y todos los pueblos grandes del reino”, precisa de nuevo que se refiere a los mendigos “nativos de los lugares o que hayan permanecido en ellos durante un año, así como a los niños huérfanos o nacidos de padres mendigos”<sup>89</sup>.

El tema de la pobreza genera en el hombre compasión lo mismo que repudio, cuando las deprivaciones mueven a quien las sufre a comportarse como un marginado social o, mucho menos, a adoptar la apariencia que concuerda con el estereotipo del criminal. Por igual razón no nos debe extrañar que a lo largo de la historia del delito y la reacción social el hecho criminoso sea siempre aborrecido, pero el criminal genere en el tercero conmiseración o abominación, y en ocasiones ambos sentimientos.

Robert Castel sigue narrando que una nueva declaración real de 1687:

“...reitera la exigencia del encierro, pero condena a los vagabundos a galeras a perpetuidad desde el primer arresto. Los mendigos domiciliados sólo son condenados a galeras en el tercer arresto, es decir después de haberse mostrado dos veces rebeldes a la solución “caritativa” del encierro, que no se ofrece a los vagabundos. En su intención profunda, el encierro es al principio un instrumento de

---

<sup>89</sup> Cfr. CASTEL, Robert. *La Metamorfosis de la Cuestión Social. Una Crónica del Salarizado*. Trad. PIATIGORSKY, Jorge. Paidós. España. 1997. p. 56.

gestión de la mendicidad, en el interior de un marco urbano, para los indigentes autóctonos”<sup>90</sup>.

Con el fin del estilo de vida medieval, la atención caritativa brindada a los pobres se modificó. En la época del feudalismo las parroquias se encargaban de brindar ayuda a las clases desvalidas. Se trató de un acto de conmiseración emanado de la libre voluntad, fomentado por los religiosos. Pero con el declive de los monasterios, acaecido en 1536 y derivado de la redistribución de funciones a la luz del triunfo del rey sobre el clero, la atención a los pobres se centralizó, siendo financiada con impuestos. Dario Melossi y Massimo Pavarini sostienen que fue sólo con la *Poor Law* (Ley de los Pobres) de la Reina Isabel que la atención al problema tuvo una dirección definida. En 1601 se dictó la *Poor Law Act*, de cuyo texto consideramos oportuno transcribir lo siguiente:

*“...for setting to work the Children of all such whose Parents shall not by the said Churchwardens and Overseers, or the greater Part of them. be thought able to keep and maintain their Children: And also for setting to work all such Persons, married or unmarried, having no Means to maintain them, and use no ordinary and daily Trade of Life to get their Living by : And also to raise weekly or otherwise (by Taxation of every Inhabitant, Parson, Vicar and other, and of every Occupier of Lands, Houses, Tithes impropriate, Propriations of Tithes, Coal-Mines, or saleable Underwoods in the said Parish, in such competent Sum and Sums of Money as they shall think fit) a convenient Stock of Flax, Hemp, Wool, Thread, Iron, and other necessary Ware and Stuff, to set the Poor on Work : And also competent Sums of Money for and towards the necessary Relief of the Lamé, Impotent, Old, Blind, and such other among them being Poor, and not able to work, and also for the putting out of such Children to be apprentices, to be gathered out of the same Parish, according to the Ability of the same Parish, and to do and execute all*

---

<sup>90</sup> Cfr. CASTEL, Robert. *op. cit.* p. 56.

*other Things as well for the disposing of the said Stock, as otherwise concerning the Premises, as to them shall seem convenient...*<sup>91 92</sup>.

En Inglaterra fue a partir de esta ley que la atención a los pobres se organizó desde el centro, aunque su aplicación se delegó a las localidades. Se dispuso una organización generalizada para cada *parish*: cada parroquia debía hacerse cargo de sus menesterosos, considerándose como tales los lisiados, inhábiles para laborar, viejos, otros entre ellos que siendo pobres estuvieran incapacitados para laborar así como los niños hijos de padres que se encontraran en tales condiciones, de modo que no pudieran mantenerlos. Se ordenó que, para financiar esta empresa, cada locatario contribuyera con el pago de un impuesto. El objetivo fue poner a trabajar a los pobres aptos para la labor, utilizando las contribuciones para comprar lino, aceite, lana, utensilios, hierro y demás provisiones para elaborar bienes comerciables.

Pero por lo que atañó a los impedidos para trabajar, el texto decía: “*And also competent Sums of Money for and towards the necessary Relief<sup>93</sup> of the Lame, Impotent, Old, Blind...*”. (“...Y también sumas de dinero suficientes para y hacia el necesario alivio de los lisiados, inhábiles, viejos, ciegos...”)<sup>94</sup>.

Pagar impuestos para financiar el *relief* de los indigentes fue obligación de todo aquel que estuviera en posibilidad de hacerlo. Pero lo más interesante es que para los desocupados con aptitud para trabajar, también fue obligatorio recibir el *relief*, entendido éste como suministro de materias primas. La contumacia dio lugar al encierro en la *common gaol* (cárcel común). Dario Melossi y Massimo Pavarini:

---

<sup>91</sup> La transcripción es literal.

<sup>92</sup> Cfr. <http://www.workhouses.org.uk>

<sup>93</sup> En el lenguaje vulgar, la palabra “*relief*” es polisémica; en el contexto puede adquirir los significados: alivio, socorro, auxilio, relevo. Pero en el lenguaje formal tiene un significado que invoca la recepción de prestaciones de la seguridad social. Ésta es la connotación que debemos darle, pues estamos leyendo el texto de una ley de seguridad social.

<sup>94</sup> La traducción es nuestra.

Negarse a trabajar parece haber sido el único acto que se consideraba de intención criminal, pues en la ley de 1601... se facultaba al juez para enviar a la cárcel común... a los ociosos testarudos<sup>95</sup>.

Veamos la fuente directa:

*“IV. And that it shall be lawful... and the said Justices of Peace or any of them, to send to the House of Correction or common Gaol, such as shall not employ themselves to work, being appointed thereunto as aforesaid: and also any such two Justices of Peace to commit to the said Prison every one of the said Churchwardens and Overseers, who shall refuse to account, there to remain without Bail or Mainprize, until he have made a true Account, and satisfied and paid so much as upon the said Account shall be remaining in his Hands”<sup>96</sup>.*

A la muerte de la Reina Isabel I, Jacobo I asumió el trono de Inglaterra. Instalado en el poder, dictó una ley cuyo sentido es recordado por Karl Marx:

“Todo el que no tenga empleo fijo y se dedique a mendigar es declarado vagabundo. Los jueces de paz de las Petty Sessions quedan autorizados a mandarlos azotar en público y a recluirlos en la cárcel, a la primera vez que se les sorprenda por seis meses, a la segunda vez por dos años. Durante su permanencia en la cárcel, podrán ser azotados tantas veces y en tanta cantidad como los jueces de paz crean conveniente... Los vagabundos peligrosos e incorregibles deberán ser marcados a fuego con una R<sup>97</sup> en el hombro izquierdo y sujetos a trabajos forzados; y si se les sorprende nuevamente mendigando, serán ahorcados sin misericordia”<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> Cfr. MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo. *op. cit.* p. 33.

<sup>96</sup> Cfr. <http://www.workhouses.org.uk>

<sup>97</sup> Probablemente “R” en alusión a la palabra inglesa *rouge*, que tiene una connotación despectiva, y puede traducirse al español como “pillo”, o “bribón”.

<sup>98</sup> Cfr. KARL MARX. *op. cit.* pp. 626-627.

Los criminólogos consultados aseguran que la Ley de 1601 ha sido considerada, equivocadamente, como el estatuto principal de la *Old Poor Law*, cuando de hecho no es más que un complemento de la legislación anterior<sup>99</sup>. Y tienen razón, pues ya en 1572 una ley había dispuesto la organización del sistema general de *relief* que tuvo como base la parroquia<sup>100</sup>. Sus habitantes pagaron un impuesto para los pobres, con el cual mantener a los *impotent poor* que vivían en su localidad, mientras que a los *rogues and vagabonds* se les debía suministrar trabajo. Sin embargo, los autores italianos apuntan que como únicamente el dinero restante de la manutención a los inútiles podía ser aplicado para darle oficio a los ociosos, este segundo fin no se consiguió, por lo que los desocupados continuaron siendo objeto de represión<sup>101</sup>.

Aquí advertimos una contradicción entre lo dicho por Robert Castel y lo sostenido por Dario Melossi y Massimo Pavarini. El primero afirma que el trato otorgado a los desocupados se diferenció a la luz del origen, llamándose “mendigos” (*rogues* o *beggars*) a los desocupados oriundos de Inglaterra, y “vagabundos” (*vagabonds* o *vagrants*) a los desocupados extranjeros estacionados en suelo británico, y que con base en esta diferenciación a los primeros se les sujetó a reglas de caridad y a los segundos a medidas policiales. En cambio, los autores italianos sostienen que los beneficiarios del *relief* fueron aquellos considerados *impotent*, o inútiles para el trabajo, mientras que quienes debieron ser recipiendarios de trabajo no recibieron tal “beneficio” porque el dinero de los impuestos destinado a ese efecto fue insuficiente, pues la mayor parte se aplicó a la manutención de los inhábiles.

La diferencia radica en que para Castel el trato discriminatorio se fundó en la condición de extranjería, pero para Melossi y Pavarini la discriminación en el trato fue una circunstancia de hecho derivada de la insuficiencia de los fondos, orientados en su mayoría hacia la manutención de los mendigos. La contradicción

---

<sup>99</sup> Vid. MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo. *op. cit.* p. 33.

<sup>100</sup> Entendida como distrito.

<sup>101</sup> Vid. MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo. *op. cit.* pp. 32-33.

es sólo aparente. Mientras Melossi y Pavarini se refieren al estado de cosas que prevaleció hasta antes y poco después de la promulgación de la *Poor Law Act* de 1601, Castel se posiciona en el año 1687, cuando ya se había promulgado la *Settlement Act de 1672*, bajo circunstancias históricas diferentes, marcadas por el agravamiento “agobiante” del número de pobres y las dificultades para llevar a cabo las disposiciones de la *Poor Law Act*.

En la *Settlement Act* se consignaron algunos cambios significativos para la política de *relief*, que alcanzó tintes más represivos que compasivos. El problema que se pretendió resolver fue el desplazamiento de los vagabundos y mendigos de una parroquia a otra, de un distrito a otro. Así lo dice:

*“I. "WHEREAS the Necessity, Number, and continual Increase of the Poor, not only within the Cities of London and Westminster, with the Liberties of each of them, but also through the whole Kingdom of England and Dominion of Wales, is very great and exceeding burthensome, being occasioned by reason of some Defects in the Law concerning the settling of the Poor... That whereas by reason of some Defects in the Law, poor People are not restrained from going from one Parish to another, and therefore do endeavour to settle themselves in those Parishes where there is the best Stock, the largest Commons or Wastes to build Cottages, and the most Woods for them to burn and destroy; and when they have consumed it, then to another Parish, and at last become Rogues and Vagabonds, to the great Discouragement of Parishes to provide Stocks, where it is liable to be devoured by Strangers...”<sup>102</sup>.*

La *House of Lords* (Cámara de los Lores) atribuyó estas dificultades para “auxiliar” a los pobres a “defectos en la Ley”. Tales defectos se resumen en la no restricción de la libertad de los menesterosos, quienes podían trasladarse de una parroquia a otra, sin importar que en la anterior se les dotara, supuestamente, de

---

<sup>102</sup> Cfr. <http://www.workhouses.org.uk>

mejores provisiones (lino, aceite, lana, utensilios, hierro, etc.). Aquí cabe recordar a Max Weber: “El capitalismo no puede utilizar como trabajador al representante práctico del *liberum arbitrium* indisciplinado...”<sup>103</sup>.

La impotencia de la autoridad para someter a esa masa de desocupados “contumaces” hizo que las intenciones supuestamente compasivas se fueran tornando cada vez más represivas. Un estatuto inglés de 1547 ya había establecido que los vagabundos testarudos podían ser reducidos a esclavos por un término de dos años; en caso de reincidencia, esclavizados a perpetuidad, y si incurrieran en segunda reincidencia, condenados a muerte<sup>104</sup>.

La *Settlement Act* obligó a los pobres a permanecer en su lugar de origen aun cuando allí no tuvieran posibilidad alguna de encontrar trabajo. De esta suerte, los desocupados fueron condenados a la pobreza permanente al tiempo que el mismo Estado, sin calcularlo, condenó a los burgueses a sufrir la ausencia de una distribución de la fuerza de trabajo con la cual poder satisfacer la creciente demanda de bienes de consumo proveniente de las también crecientes ciudades ricas<sup>105</sup>.

## VI. Casas de Corrección

El Rey de Inglaterra, a petición del clero, concedió que el castillo de *Bridewell* se utilizara para acoger a vagabundos y ociosos, lo mismo que a ladrones y delincuentes menores. Así surgió la primera *work house* o casa de trabajo, que tuvo por objeto corregir el vicio común denominador de sus huéspedes: la renuencia al trabajo. Esto explica por qué se mezcló indiscriminadamente a desempleados con delincuentes; aunque problemas de complejidad diferente, vagabundez y delincuencia fueron ramas de un mismo árbol, de allí que se les haya pretendido podar con el mismo filo. El modelo de

---

<sup>103</sup> Cfr. WEBER, Max. La Ética... *op. cit.* p. 48.

<sup>104</sup> Vid. RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto. *op. cit.* p. 47.

<sup>105</sup> Vid. RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto. *op. cit.* p. 28.

*Bridewell* cundió a lo largo del país, con réplicas que fueron llamadas “*bridewelles*” informalmente, y “*houses of correction*” (casas de corrección) formalmente<sup>106</sup>.

De esta manera, podemos decir que el objeto pragmático o material de la residencia forzada fue el trabajo obligatorio, en tanto que el objeto ideológico o formal lo constituyó el adoctrinamiento, entendido como inculcación de la disciplina laboral. Así, al escenario dramático del trabajo “no libre” se le cubrió con el telón discursivo; a la finalidad real de los burgueses, que consistió en favorecerse del esfuerzo ajeno, se le ocultó con el manto raído de la caridad, donde los filántropos, lejos de favorecerse con, “favorecían a los marginados”. Con las *work houses* irrumpió en la historia la filosofía “correccionalista” de la que tiempo después abrevarán los primeros criminólogos y harán surgir la disciplina llamada “criminología clínica”.

Aquí debemos hacer una digresión. En este momento histórico la obra caritativa estuvo privatizada, de modo que la participación del Estado se limitó a apoyar las iniciativas de los particulares. Esta información nos permite caer en la cuenta de que la casa de corrección, como antecedente inmediato de la cárcel, en realidad nació privatizada. Por lo tanto, si en nuestra época se discute la privatización del sistema carcelario, debemos tener en consideración que, sea o no conveniente pasar la administración de las prisiones a los inversionistas, implicaría tan sólo volver a los orígenes. George Rusche y Otto Kirchheimer:

La fuerza de trabajo de los reclusos era utilizada de dos formas: o eran las propias autoridades las que administraban la institución, o los reclusos eran entregados en alquiler a un empresario privado. Ocasionalmente, también el establecimiento completo era alquilado a un contratista<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> Vid. MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo. *op. cit.* p. 32.

<sup>107</sup> Cfr. RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto. *op. cit.* p. 51.



También nos permite deducir que la cárcel para ejecución de penas privativas de libertad propiamente dichas, tuvo como antecedente inmediato las casas correccionales. Entre éstas figuraron: la *Rasphuis* de Amsterdam, la *maison de force*, en Gante, la penitenciaría *Gloucester* en Inglaterra, la *Walnut Street*, en Filadelfia<sup>108</sup>. En todas estas instituciones se puso el énfasis en el trabajo y enmienda. De modo que, desde su nacimiento, podemos ver que la pena privativa de libertad y el establecimiento para cumplirla obedecieron a fines programáticos distintos: la pena para disuadir y castigar; la cárcel para corregir, cualquiera que sea el significado que se le atribuya a la palabra “corrección”, según el tiempo que se viva.

Dejando atrás la digresión, debemos hacer notar lo lejos que seguimos estando de lo que nosotros llamamos “cárcel”. Aún no es necesario estar bajo proceso criminal para terminar reducido a trabajador forzado. John Howard así lo constató:

“En Holanda, así como en Alemania, hay celdas privadas en casi todos los reclusorios, en las que jóvenes propensos al vicio y al libertinaje permanecen encerrados, a solicitud de sus padres, mientras no den señales de enmienda<sup>109</sup>.”

La posibilidad de privar de la libertad sin mediar denuncia, acusación o querrela será proscrita del *ius puniendi* con los principios del Derecho penal liberal; pero en el caso de los menores de edad prevalecerá hasta bien entrado el siglo XX, a partir de la vigencia de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> En el mismo sentido: GARLAND, David. *Castigo y Sociedad Moderna. Un Estudio de Teoría Social*. 2ª ed. Trad. RUIZ DE LA CONCHA, Berta. Siglo Veintiuno Editores. México. 1999. p. 174.

<sup>109</sup> Cfr. HOWARD, John. *El Estado de las Prisiones en Inglaterra y Gales*. Trad. CALDERÓN, José Esteban. Estudio Introductorio: GARCÍA Ramírez, Sergio. Fondo de Cultura Económica. México. 2003. p. 218.

<sup>110</sup> Vid. GARCÍA Méndez, Emilio. “Infancia, Ley y Democracia: Una Cuestión de Justicia” En GARCÍA Méndez, Emilio y BELOFF, Mary (Comps.). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina...* 2ª ed. Prefacio: FERRAJOLI, Luigi. Temis Ediciones Depalma. T. I. Colombia. 1999. pp. 10-29.

La historia hasta este momento es demasiado joven para que existan reglas definidas de clasificación de presos. La primera regla, no obstante, sí se satisface: las mujeres están separadas y se dedican a labores distintas, casi siempre de tejido a mano y con telar (*Spinhuis*)<sup>111</sup>. Pero criterios como: situación jurídica (procesados, sentenciados, ejecutoriados), edad (menores y adultos), peligrosidad social (baja, media, alta, máxima), peligrosidad criminal (grado de readaptabilidad), peligrosidad institucional (con base en el nivel de riesgo para la cárcel), son todavía ajenos a esta época.

También debemos recordar que en el tiempo de las casas de corrección todavía no existe la “libertad de trabajo”; ésta será una conquista obtenida con sangre por la clase trabajadora. Tengamos presente que el nacimiento del Estado Moderno no significó la muerte de la realidad estamental, que será motivo de luchas fratricidas, entre las cuales la Revolución Francesa, de cuño ilustrado y espíritu libertario. Sólo cuando el absolutismo llegue a su máxima expresión, la igualdad dará fundamento a un nuevo orden social y jurídico. Por lo pronto el mercantilismo eliminó al régimen feudal, y si con tal eliminación al siervo se le liberó de las cadenas, será sólo para llevarlo de la gleba a la fábrica, donde se le subyugará con otras de mayor espesor.

El sistema inglés se propagó prácticamente por toda Europa, siendo en Holanda donde alcanzó plenitud. A diferencia de lo sucedido en Inglaterra a consecuencia del cercamiento de los campos, Holanda se vio privada de mano de obra de reserva. Esto pudo originar el apogeo de las casas de trabajo, encabezadas por la de Amsterdam, en un tiempo donde Holanda tuvo el sistema capitalista más avanzado<sup>112</sup>. En la historia de la cárcel moderna, la fundación de las prisiones de Amsterdam es considerada por algunos autores como la iniciación del penitenciarismo<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> Algunos autores lo escriben así: *spinnhyses*. Vid. NEUMAN, Elías. Prisión Abierta... *op. cit.* p. 15.

<sup>112</sup> Vid. RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto. pp. 49-50.

<sup>113</sup> Vid. NEUMAN, Elías. Prisión Abierta... *op. cit.* p. 15.

La casa correccional de Amsterdam no figuró entre las más grandes de Europa. Inició con apenas nueve celdas, que después se redujeron a ocho, y sirvieron tanto de dormitorios como de talleres. Las camas tenían colchón, un edredón de lino rústico relleno con paja y una almohada de plumas. Funcionó con sobrepoblación, pues albergó a más de un preso por cama, pero las clases bajas de la ciudad estaban acostumbradas a vivir así. En esta casa la mayoría de los hombres trabajaron maderas provenientes de Brasil, y la madera cepillada era utilizada para obtener tintas<sup>114</sup>.

El trabajo forzado con residencia obligada motivó la necesidad de un constructo ideológico con el cual legitimarlo y potenciar su capacidad multiplicadora. Si bien, tuvo por objeto permitir la explotación del hombre por el hombre, lo más importante fue el adoctrinamiento de las clases bajas, transmigrando en ellos el espíritu capitalista. Thomas Mathiesen transcribe un fragmento del memorándum sobre la fundación de la casa de Amsterdam, firmado por un tal Jan Laurenszoon Spiegel en el año 1589. Según la cita, el propósito del establecimiento no fue la imposición de un castigo doloroso: "... sino el mejoramiento (*beteringe*) y corrección de aquellos que no advierten la utilidad que para ellos reviste dicho mejoramiento y de ese modo intentarían evitarlo"<sup>115</sup>.

El discurso formal encubría con el ropaje "filantrópico" lo que en realidad era opresión y maltrato. ¿Cuáles fueron las técnicas de "convencimiento" que en el encierro se aplicaron a los contumaces? Hans von Hentig responde:

"El que no quería trabajar era colocado en una cubeta provista por dentro y por fuera de una bomba. Si no quería trabajar, entonces el agua iba subiendo. Le llegaba a las rodillas, a los brazos, al final hasta el cuello. El granuja perezoso temía ahogarse. Comenzaba a achicar agua y tenía que trabajar hasta que el agua desaparecía.

---

<sup>114</sup> Vid. MATHIESEN, Thomas. *Juicio a la Prisión. Una Evaluación Crítica*. Trad. ZAMUNER, Amanda. Prol. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Editorial Ediar. Argentina. 2003. p. 68.

<sup>115</sup> Vid. MATHIESEN, Thomas. *op cit.* p. 69.

Estos procedimientos se aplicaban a los falsos tullidos y mendigos mentirosos”<sup>116</sup>.

El trabajo era un bien con el que se favorecía a los desocupados. Los desocupados eran aquellos que carecían de actividad laboral por tener en ellos mismos el vicio de la ociosidad. Para corregir ese “defecto” endógeno, se creó una institución en la cual aplicar una suerte de “tratamiento”. Ese tratamiento fue de aplicación obligatoria (de allí el forzamiento) consistente en el trabajo. Con éste se inculcaría el hábito de la actividad laboral, creando en el hombre una aptitud (destreza) fabril y una actitud (disposición) capitalista. Por su propia naturaleza, el tratamiento debió ser obligatorio, de modo que el encierro, o la residencia forzada, fue la única forma de garantizar su suministro. Si el hombre “libre” no quiso ir a la fábrica, el Estado lo obligó a vivir en ésta, hasta que “hombre y obrero” se volvieran un mismo ente, y este obrero converso viera la fábrica como su “lugar de estar”, su sitio natural.

Así, la “artificialidad” de las reglas capitalistas se asimilaría por el proletario como “naturalidad”. A las leyes artificiales (dadas por el hombre) se les cuestiona, pero a las leyes de la naturaleza se les acepta sin reticencias, por ser inderogables. Aunque las primeras existen para imponer un *statu quo* determinado, las segundas tienen por fin tan sólo explicar un estado de cosas necesario. La incuestionabilidad de las leyes artificiales se logra cuando éstas han sido introyectadas como naturales, necesarias, inmodificables. Karl Marx:

“En el transcurso de la producción capitalista, se va formando una clase obrera que, a fuerza de educación, de tradición, de costumbre, se somete a las exigencias de este régimen de producción como a las más lógicas leyes naturales”<sup>117</sup>.

La casa de corrección, como antecedente inmediato de la cárcel, fue un medio necesario para el adoctrinamiento capitalista. Necesario, en efecto, porque

---

<sup>116</sup> Cfr. HENTIG, Hans von. *La Pena. Las Formas Modernas de Aparición* Trad. RODRÍGUEZ Devesa, José María. T. II. Editorial Espasa-Calpe. España. 1968. pp. 214-215.

<sup>117</sup> Vid. KARL MARX. *op. cit.* p. 627.

el tratamiento consistió en el trabajo, y su obligatoriedad motivó a que éste se suministrara en internamiento. Aquí podemos ver que el antecedente embrionario de la cárcel no tiene vinculación alguna con la noción de prevención general negativa, entendida como la persecución del fin intimidatorio, es decir, de la disuasión. Más bien tiene relación directa con la “cultura del trabajo”, según la cual el trabajo dignifica al hombre y el hombre vive para trabajar.

Abramos una digresión. Hoy día, en algunas latitudes de México, lo mismo que de otros países considerados “en vías de desarrollo”, existen poblaciones enteras (no pocas veces indígenas) que laboran sólo lo necesario para tener con qué vivir. Sus habitantes trabajan para vivir, no viven para trabajar, porque el espíritu del capitalismo no los ha poseído, arrancándoles su libertad. Los conversos juzgan a esos “gentiles” como “ociosos”, ¡tal como la burguesía del capitalismo naciente calificó a los siervos de la gleba expulsados del Paraíso!

En el país nuestro se han contado experiencias frustrantes de gobiernos y empresarios llevando trabajo a los pueblos indígenas de condición paupérrima, pagando a destajo actividades de maquila. En esos sitios, tal como le sucedió a los empresarios del capitalismo temprano, el pago a destajo provocó ausentismo laboral a mediados de semana, porque los indígenas-obreros ya habían ganado lo necesario para vivir. Los empleados de gobierno responsables de este programa fueron a la casa de los “faltistas”, encontrándolos, en muchas ocasiones, durmiendo en la amaca. En este esfuerzo del sector público y de la iniciativa privada, faltó un ingrediente importante: el adoctrinamiento. ¿Por qué no se ha hecho transmigrar el espíritu capitalista a estas zonas del México excluido? La respuesta es evidente: si se inyecta el fármaco estimulante de la ambición al gigante dormido que representan más de cincuenta millones de pobres, éste despertará con hambre de reivindicación.

Un activo protestante publicó un folleto donde ridiculizó los logros de la Iglesia en comparación con los “milagros” realizados en las casas de corrección. A la sierra de doce hojas utilizada para el raspado de la madera la denominó “San

Raspado”, a las actividades forzadas “Santa Pena”, y “Santo Trabajo”. Este documento demuestra la confianza que la clase dominante tuvo en los métodos empleados en las casas de corrección para enderezar el camino de los holgazanes y libertinos: la “Santa Pena” era la medicina adecuada para curar la enfermedad<sup>118</sup>.

Asistimos a un tiempo donde el control social se ejerció desde un margen del Derecho penal, o dicho de otro modo, de forma “para-penal”, recordando a Michel Foucault<sup>119</sup>. Este desestructurador del pensamiento occidental (como lo llama Pedro José Peñaloza)<sup>120</sup>, explica con claridad que la cárcel no floreció en los terrenos de la teoría penal, sino en predio contiguo y por razones ajenas al Derecho. Por el contrario, llegó al palmo jurídico trasplantada por imposición, siendo así que los juristas, para justificar este “extranjerismo”, se vieron obligados a adoptarla mediante ajustes a su marco teórico. Así, en el momento histórico en que la cárcel apareció en escena, al menos en su aspecto inicial (casa de trabajo), ésta desempeñó tres funciones:

“–Interviene en la distribución espacial de los individuos, mediante el encarcelamiento temporal de mendigos y vagabundos... Ahora bien, si se los encierra no es tanto para prohibirles el acceso a las ciudades, sino más bien para desplazarlos: prohibirles que merodeen por la región, en fin, para obligarlos a ir allí en donde se les puede dar trabajo... –Interviene también en el ámbito de la conducta de los individuos. Castiga a un nivel infrapenal maneras de vivir... interviene menos en nombre de la ley que en nombre del orden y de la regularidad. El sujeto irregular... es objeto de encierro. –Por último, si bien es verdad que el encierro es controlado por el poder político... no es el instrumento exclusivo del poder arbitrario y absoluto. El estudio de las órdenes reales de encierro... muestra que éstas eran en su mayoría solicitadas por los padres de familia, por notables

---

<sup>118</sup> Vid. RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto. *op. cit.* p. 62.

<sup>119</sup> Vid. FOUCAULT, Michel. *La Vida de los Hombres Infames*. Trad. VARELA, Julia y ÁLVAREZ-URÍA, Fernando. Editorial Altamira. Col. Caronte Ensayos. Argentina. 1996. p. 44.

<sup>120</sup> Vid. PEÑALOZA, Pedro José. *¿Castigo sin Prevención? Crisis del Modelo de Seguridad Pública en México*. Porrúa. México. 2007. p. 1.

locales, comunidades territoriales, religiosas y profesionales contra individuos que provocaban a su juicio cualquier molestia”<sup>121</sup>.

En Francia la *lettre-de-cachet* fue un claro ejemplo del castigo infrapenal propinado por observar una manera de vivir determinada; también constituyó la prueba preferida de Michel Foucault para sostener su afirmación de que el poder punitivo se ejerció por el rey, pero no exclusivamente por él. Así lo dice:

“La *lettre-de-cachet* no era una ley o un decreto, sino una orden del rey referida a una persona a título individual, por la que se le obligaba a hacer una cosa... Al examinar las *lettres-de-cachet* enviadas por el rey en cantidad bastante elevada notamos que, en la mayoría de los casos, no era él quien tomaba la decisión de mandarlas... eran en realidad solicitadas por diversos individuos...”<sup>122</sup>.

Y en seguida explica las tres principales razones por las que podía solicitarse y obtenerse una *lettre-de-cachet*:

“En primer lugar lo que podríamos denominar conductas de inmoralidad –libertinaje, adulterio, sodomía, alcoholismo, etcétera–... En segundo lugar están las *lettres-de-cachet* enviadas para sancionar conductas religiosas juzgadas peligrosas y disidentes; en esta categoría se clasificaba a los hechiceros que tiempo hacía habían dejado de morir en la hoguera... En tercer lugar... las *lettres-de-cachet* fueron utilizadas algunas veces en conflictos laborales...”<sup>123</sup>.

Por todo lo visto hasta este momento, podemos admitir que la historia del castigo jurídicamente justificado, es la historia del interés de dominación. El tránsito de un sistema de penas a otro se explica a través del cambio de

---

<sup>121</sup> Cfr. FOUCAULT, Michel. *La Vida... op. cit.* pp. 44-45.

<sup>122</sup> Cfr. FOUCAULT, Michel. *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Trad. LYNCH, Enrique. Gedisa. España. 1978. pp. 113-114.

<sup>123</sup> Cfr. FOUCAULT, Michel. *La Verdad... op. cit.* p. 115.

necesidades que, para conservar o incrementar el poder de dominación, han tenido los fuertes. En nuestro entorno, Guadalupe García García así lo sostiene:

Como puede apreciarse, la utilidad de las penas también puede ser analizada desde su sentido económico: cuando la mano de obra no fue necesaria, la pena era la de muerte, cuando la expansión militar y el comercio necesitaron transportación, la pena fue la de galeras, cuando se necesitó colonizar, la pena fue la deportación, cuando hubo que construir ciudades o fortalezas, el presidio en obras públicas y el presidio militar fueron implantados como penal. Más tarde, con el despegue del capitalismo, se requiere de fuerza de trabajo por lo que las penas se purgan en las Casas de Corrección o Casas de Trabajo iniciándose así la cárcel-fábrica<sup>124</sup>.

La asociación mental que en nuestro tiempo llevamos a cabo de los conceptos “delito” y “pena” no es suficiente para considerarlos acción y reacción en un grado ontológico. Desde otro ángulo: la pena no es para el delito lo que el sónido para la fricción de dos cuerpos. Muy por el contrario, la historia del delito y la historia de la pena han corrido separadamente, y sólo después de que a la pena se le quiso encontrar asidero legal, es decir, envolver con el manto de la “legalidad”, ésta se volvió, no en un plano óptico, sino jurídico, una consecuencia de la conducta típica. Tal dicotomía explica por qué en el “vacío” que separa al Derecho penal medieval del Derecho penal moderno y liberal, encontramos actos de autoridad punitivos (muerte por ahorcamiento, trabajo forzado, residencia forzosa, levas, prohibición de traslado de una parroquia a otra) sin conducta delictiva. Esta aclaración es oportuna porque nos permite distinguir entre cárcel como lugar para purgar una condena y casa de trabajo (antecesora de la cárcel) como lugar para cumplir una disposición que, aunque vestida con ropas de política social, estuvo motivada por objetivos de dominación social y acumulación de capital. Con el tiempo, los actos punitivos fueron absorbidos por el Derecho penal, o lo que es lo mismo, reubicados en su marco teórico.

---

<sup>124</sup> Cfr. GARCÍA García, Guadalupe Leticia. *Derecho Ejecutivo Penal. Análisis de la Aplicación de la Pena en México*. Porrúa. México. 2005. p. 40.



El ocio no fue, de Derecho, un delito; aunque sí tuvo un tratamiento, de hecho, como crimen. La diferencia que la Criminología atribuye a los conceptos “delito” y “crimen” nos sirve aquí para hacer esta reflexión. No se trata de una distinción cronológica, de modo que el crimen anteceda al acto legislativo de tipificación. Más bien, se refiere a que el crimen es una conducta desviada negativamente desde el punto de mira de quienes, teniendo el poder, realizan la “criminalización”, entendida ésta como la reprobación de la conducta.

A la luz de la criminología crítica, tal reprobación de la conducta implica la criminalización de la misma; es decir, atribuirle la categoría de conducta desviada negativamente. Así, podemos sostener que en el capitalismo temprano la burguesía criminalizó el ocio, puniendo a quienes lo practicaron, sin que para la criminalización y para la punición haya sido necesaria la previa tipificación del ocio como delito. De esto resulta que la sanción prisional no existió, de *iure*, desde el momento mismo en que la criminalización del ocio y la punición del mismo acaecieron. Lo que existió fue, según dijimos, una represión infrapenal o llevada a cabo desde un margen del Derecho penal. Y la transmigración de esta forma de control social formal hacia el campo del derecho propiamente punitivo determinó el nacimiento de la sanción privativa de libertad.

Con el lenguaje formal que nos permite el grado evolutivo de la ciencia jurídica de nuestro tiempo, podemos decir que el acto de autoridad por virtud del cual una persona fue obligada a laborar en encierro tuvo naturaleza administrativa; en tanto que el acto de autoridad por cuyo efecto a una persona se le condena a vivir sin libertad de tránsito es de naturaleza penal. No obstante, según hemos advertido, en el tiempo que antecede al nacimiento de la sanción prisional esta diferenciación aún no es posible.

México no es del todo ajeno al uso histórico de la pena de prisión para fines diversos a los contenidos en el programa jurídico-penal. En nuestro país, aunque con contextos distintos a los que predominaron en buena parte de Europa durante el Medievo y la Modernidad, la privativa de libertad a funcionado en ocasión de:

(1) explotar la mano de obra (interés económico); (2) atemperar el impacto de la criminalidad derivada del despojamiento de la tierra a sus propietarios ancestrales y de la histórica concentración de la riqueza (interés de control); (3) anular a los adversarios políticos en lugares como Islas Marías y Lecumberri (interés de control); y (4) una vez más, contener la escalada de la sensación de inseguridad, producto de la alza en la violencia (interés de control).

Hemos falsado la *proposición fundamental*, que dice: “La pena de prisión sustituyó a la de muerte gracias a que en el momento histórico en que esta sucesión se verificó el valor *dignidad* subió de tono en la conciencia ilustrada. A partir de entonces, nació el Derecho penal liberal”.

¿La falsación de la *proposición fundamental* trae como consecuencia la falsación de las proposiciones derivadas, al modo como la remoción de las vigas produce el derrumbamiento de todo el edificio?: La respuesta es negativa. Sin embargo, genera una consecuencia: relativiza las verdades que, tenidas como absolutas, encontraron en la tesis falsa su sustento epistémico. Dicho de otro modo: lo que antes fue aproblemático, ahora se descubre como objeto a problematizar.

Siguiendo este hilo conductor, demostraremos que en México, actualmente, el interés de control ha nulificado los fines programáticos del Derecho penal, de modo que las teorías justificacionistas de la pena no tienen sustento en el aquí y el ahora. Si la pena ha sido desviada del camino que la conduciría a la consecución de sus fines legítimos, una sola ruta será posible: la conquista de un Derecho penal mínimo, liberal y valorativo.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### EI PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN DEL *IUS PUNIENDI*

“Yo le dije a Juan Pablo de Tavira: Ya escribiste el libro *¿Por qué Almoloya?*; ahora te falta escribir un segundo tomo, que se llame: *¿Para qué Almoloya?*<sup>125</sup>.”

#### I. Planteamiento

En este capítulo pretendemos falsar las proposiciones derivadas siguientes: (1) “El Derecho penal tiene por objeto cumplir el valor *justicia*, dando a cada cual lo que merece según sus actos”; (2) “El Derecho penal existe para lograr la convivencia armoniosa de los individuos con igualdad jurídica, supliendo además la *vindicta privata* por la moderación de los castigos”; y (3) “El *ius puniendi* se legitima por los fines programáticos, democráticos, elevados e imparciales, que el Estado busca con su ejercicio”.

Antes debemos aclarar que las tres proposiciones giran en torno al tema de la *legitimidad del ius puniendi*. O, dicho de otra forma, en México, actualmente, se considera que el Derecho penal es legítimo porque: “El Derecho penal tiene por objeto cumplir el valor *justicia*, dando a cada cual lo que merece según sus actos; existe para lograr la convivencia armoniosa de los individuos con igualdad jurídica, supliendo además la *vindicta privata* por la moderación de los castigos”; y el *ius puniendi* se legitima por los fines programáticos, democráticos, elevados e imparciales, que el Estado busca con su ejercicio”.

Simplificando la oración, rezaría así: el Derecho penal es legítimo porque su objeto es cumplir con el valor *justicia*; sirve para lograr la convivencia entre

---

<sup>125</sup> TORNERO Díaz, Carlos. “La Noción de Sistema en el Penitenciarismo Mexicano”. 2004. Primer Foro Nacional de Consulta en Materias de Seguridad y Justicia. Hermosillo, Sonora.

iguales, moderar los castigos y sus fines están contenidos en un programa democrático e imparcial que protege valores de la más alta jerarquía e incumbencia social.

Si demostramos la ilegitimidad del Derecho penal mexicano actual, justificaremos el propósito final de este trabajo, que es proponer bases para un constructo teórico que le imprima legítimidad. No podemos iniciar el trabajo sin demostrar la ilegitimidad del Derecho penal porque, como hemos dicho, hoy día su legítimidad se considera aporoblemática.

Sobre el problema de la legítimidad del *ius puniendi* existen dos corrientes de pensamiento: justificacionismo y abolicionismo. La primera da nacimiento a teorías que proponen un constructo teórico con el cual fundamentar, desde un punto de vista ético, el diseño del sistema con y a partir del cual el Estado ejerce la violencia jurídicamente organizada. Estas teorías “finalistas” han sido clasificadas como: *absolutas, relativas y mixtas*<sup>126</sup>. Desde distintos ángulos, todas justifican el uso de la violencia estatal, pero de forma distinta.

La segunda desemboca en un discurso de réplica, esgrimido desde diversos enfoques, como: marxista, estructuralista, fenomenológico, fenomenológico-historicista. Confrontando los fines programáticos de la pena con sus efectos reales, el abolicionismo denuncia la ilegitimidad de aquella a partir de su ineficacia para la conquista de los objetivos a cuya consecución, se dice, fue destinada. Pero no culmina con la desautorización del discurso legitimante. Aunque ésta sería ya una aportación útil, aterriza propuestas más o menos estructuradas y viables para articular un nuevo discurso con apego a la realidad y para legitimar verdaderamente la pena en ocasión del replanteamiento de sus fines.

---

<sup>126</sup> Sobre esta clasificación, *vid.* ÁLVAREZ Ramos, Jaime. *Justicia Penal y Administración de Prisiones*. Porrúa. México. 2007. p. 67.

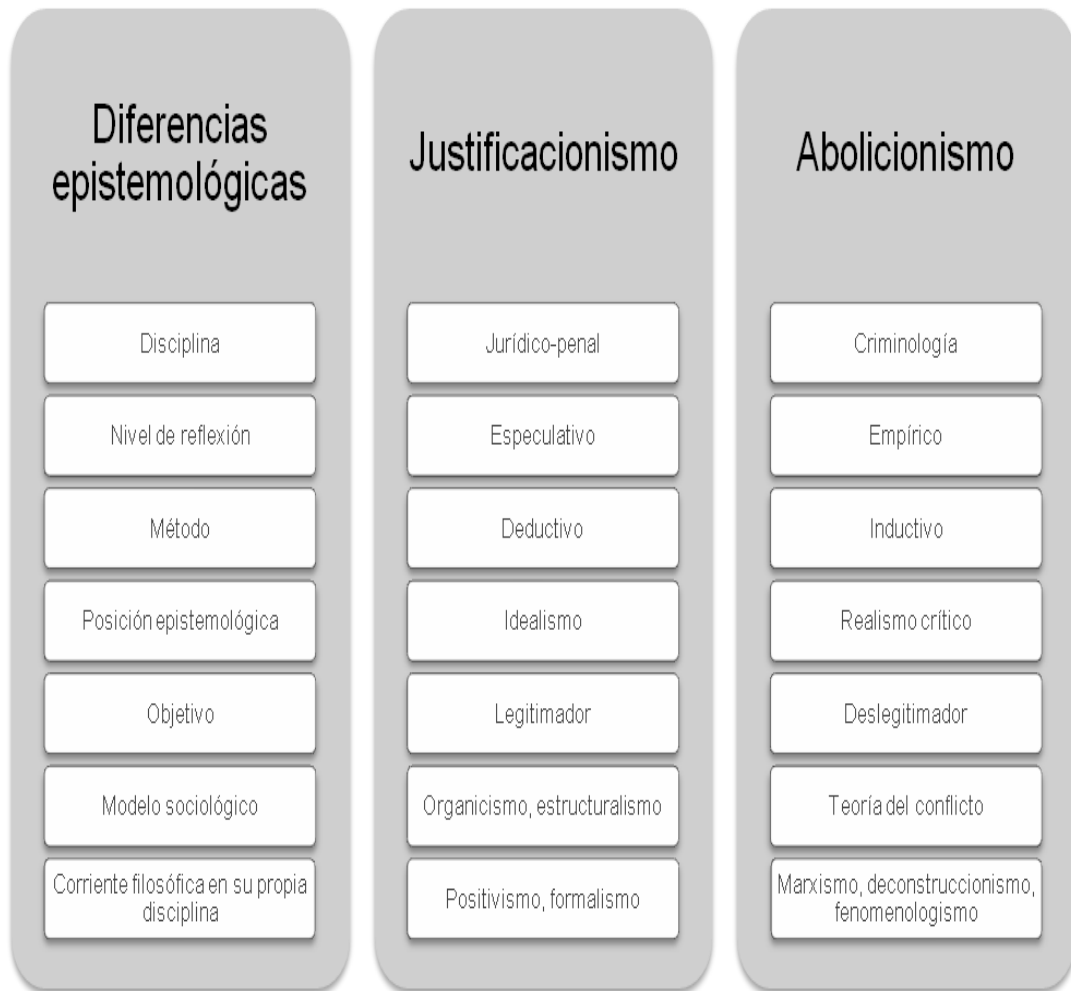
En este trabajo de investigación resulta necesario estudiar, al lado de las teorías positivas o justificacionistas, las negativas o abolicionistas. Esta pertinencia obedece a una verdad irrefutable: el Derecho penal, como sistema autopoietico (que se define a sí mismo)<sup>127</sup> representa un discurso siempre legitimante. No puede ser de otra manera, pues el Derecho penal busca legitimarse a sí mismo, mediante un constructo *racional*. Obrar en sentido opuesto sería incongruente, y esa incongruencia imposibilitaría su racionalidad: presupuesto esencial para lograr la legitimidad pretendida.

Si nuestro objetivo es confrontar la pena (la pena programática) con su realidad, para dilucidar si en México aquella cumple los fines que discursivamente (deónticamente) se le atribuyen, resultaría un error metodológico dejar de lado las teorías que niegan la legitimidad de la pena a partir de su incumplimiento fáctico de los propósitos programáticos que las teorías positivas le adminiculan. Y la única manera de acudir al pensamiento abolicionista es salir del sistema clausurado desde dentro que lo es el discurso jurídico-penal, para adentrarnos en el sistema heteroreferente representado por la criminología.

Como aproximación metodológica exponemos el siguiente cuadro comparativo, que sirve para evidenciar las diferencias existentes entre una y otra corriente:

---

<sup>127</sup> “Que se produce a sí mismo”. Cfr. LUHMANN, Niklas. *Introducción a la Teoría de los Sistemas*. Trad. s.n. Universidad Iberoamericana. Col. Teoría Social. México. 1996. pp. 118 y ss.



El discurso justificacionista es jurídico-penal, pues pertenece a la dogmática del Derecho criminal. En cambio, el abolicionismo forma parte del discurso criminológico desarrollado en su vertiente conocida como “criminología liberal”.

El discurso justificacionista adopta un nivel de reflexión especulativo. Parte del deber ser para llegar al ser. Esto significa que su método consiste en diseñar un sistema de ideas que defina cómo debe ser la realidad, buscando que ésta se adapte a tales lineamientos.

El abolicionismo, por el contrario, se vale de un nivel de reflexión empírico. Observa cómo es la realidad para después confrontarla con la “idealidad”, o sea, con aquel sistema de ideas que define cómo aquélla deba ser. De esta

comparación obtiene su conclusión: el Derecho penal no cumple los fines programáticos que el discurso jurídico-penal le atribuye, por lo tanto, es ilegítimo.

El discurso justificacionista adopta el método deductivo. De la generalidad representada por esta afirmación “el Derecho penal debe cumplir los fines programáticos siguientes”, concluye la legitimidad de cualquier sistema jurídico-penal orientado, al menos en diseño, hacia el cumplimiento de las metas trazadas por el discurso mismo. El abolicionismo es inductivo. En vez de bajar de lo general (sistema de ideas) hacia lo particular, sube de lo particular (funcionamiento del sistema jurídico-penal) hacia lo general (sistema de ideas). Luego de concluir que el sistema punitivo es ilegítimo por no cumplir con los fines programáticos diseñados por la dogmática penal, afirma además que la dogmática misma es falsa por no describir la realidad.

El justificacionismo es idealista, mientras que el abolicionismo es realista. El primero tiene por objeto un sistema de ideas que, como tal, no tiene dimensión óptica. Así, la dogmática penal está en el “mundo de las ideas”. Si existe una diferencia evidente entre el deber ser y el ser, ese alejamiento entre fines ideales y resultados reales sale del ámbito de las ideas y la abstracción. Por este motivo, tal circunstancia es considerada como un problema ajeno a la dogmática.

El abolicionismo es realista. No se limita al mundo de las ideas. Observa la realidad, es decir, al sistema punitivo en acción, para valorar, críticamente, si éste cumple o no con aquello que la dogmática ha programado.

El discurso jurídico-penal tiene como propósito legitimar la violencia estatal que el Derecho penal es. Por esta razón, Bernardo Feijoo Sánchez sostiene: “La doctrina dominante suele desarrollar teorías de la pena con un interés legitimante”<sup>128</sup>. Hundiendo sus raíces en la teoría del contrato social, legitima el

---

<sup>128</sup> Vid. FEIJOO Sánchez, Bernardo. *Retribución y Prevención General. Un Estudio sobre la Teoría de la Pena y las Funciones del Derecho Penal*. Editorial B de F. Argentina. 2007. p. 53.

uso de la violencia jurídica porque, dice, ésta se orienta a la consecución de fines útiles que, fincados en valores éticos compartidos por la mayoría, permite la convivencia armoniosa de la sociedad.

El abolicionismo tiene como objetivo demostrar la ilegitimidad de la violencia que el Estado ejerce por medio del Derecho penal. El uso de la violencia, así sea estatal, resulta un mal que, para considerarse necesario, debe ser justo, racional, mínimo, subsidiario e inevitable en cada caso. Del alejamiento del Derecho penal material o real, con respecto al Derecho penal formal o ideal, resulta la ilegitimidad<sup>129</sup>.

El justificacionismo, al ser contractualista, se basa en la teoría del consenso. Todos los hombres, al momento de firmar el contrato social con el que fundaron la vida gregaria y la sociedad misma, aceptaron los derechos y obligaciones que una decisión así genera. De ese consenso se derivan dos afirmaciones: (1) la violación grave de una cláusula contractual, llevada a cabo por quien participó en su redacción y estuvo de acuerdo con su estipulación, es un fenómeno que sólo puede explicarse en términos de disidencia voluntaria y por tanto culpable; y (2) como todos participaron en la redacción del contrato, del tal suerte que nadie quedó fuera de la repartición de beneficios y gravámenes, la sociedad así diseñada es justa, igualitaria, equitativa cuando se requiere, solidaria y armoniosa. La pena aplicada al disidente ratifica el contrato, confirma las reglas fundantes y protege la armonía.

El abolicionismo, al ser marxista, se basa en la teoría del conflicto. La sociedad no es algo así como un gremio fundado a partir de normas para la igualdad. Se distingue por una lucha entre dominadores y dominados, donde los primeros quieren conservar el *statu quo* y los segundos quieren salir de su condición de vencidos. El Derecho como un todo y, particularmente el Derecho

---

<sup>129</sup> Sobre la distinción entre Derecho penal formal y material, *vid.* LUZÓN Peña, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Universitas. T. I. España. 1996. pp. 43 y ss.



penal, no establece normas para igualar fuerzas entre los dos grupos antagónicos y aminorar las diferencias naturales que impiden la igualdad. Al contrario, el Derecho es un instrumento de clase que sirve a los dominantes para: (1) remarcar las diferencias; y (2) conservar el *statu quo*.

Por último, diremos que el justificacionismo adopta la corriente iusfilosófica conocida como positivismo, pero en su vertiente más radical: formalismo<sup>130</sup>. El Derecho es la ley. Lo justo es lo legal. El binomio con que opera esta perspectiva no es “justo/injusto”, sino “legal/ilegal” o, “permitido/prohibido”. En el formalismo jurídico no caben cuestionamientos como: “¿es justa tal o cual prohibición?”. Lo que importe es si la ley prohíbe, pues entonces la prohibición será legal y, entonces, debida. El discurso jurídico es un sistema clausurado desde dentro y autorreferente<sup>131</sup>, porque en su seno se encuentra la referencia que le da legitimidad. La validez del Derecho depende del Derecho mismo, no de otro sistema heterorreferente de ideas. Jürgen Habermas lo explica:

“Para una consideración de tipo empírico, la validez del derecho positivo empieza quedando definida por la siguiente tautología: vale como derecho lo que conforme a procedimientos jurídicamente válidos queda establecido como derecho...”<sup>132</sup>.

Esta tautología, explicada en otros términos, diría: “El Derecho es válido en la medida en que sea Derecho”. Pero mientras el formalista juzga con la ley en mano, el abolicionista juzga a la ley que tiene en sus manos. Para juzgar a la ley se necesita un punto de referencia que éste fuera de ésta. Y como el formalista tiene a la ley por punto de referencia, a su ámbito de conocimiento escapa

---

<sup>130</sup> Sobre este tema, *vid.* ROSS, Alf. *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*. 3ª ed. Trad. CARRIÓ, Genaro R. y otros. Distribuciones Fontamara. Col. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. México. 1997. pp. 8 y ss.

<sup>131</sup> “Con el concepto de autorreferencia se designa... un sistema. ““Para sí misma””, esto significa: independiente del modo de observación de otros”. *Cfr.* LUHMANN, Niklas. *Sociedad y Sistema: La Ambición de una Teoría*. Trad. LÓPEZ Petit, Santiago y SCHMITZ, Dorothee. Paidós. Col. Pensamiento Contemporáneo. España. 1990. p. 89.

<sup>132</sup> *Cfr.* HABERMAS, Jürgen. *op cit.* p. 91.

cualquier posibilidad de medir su propia regla métrica con criterios que vayan más allá del binomio “legal/ilegal” o “permitido/prohibido”. En cambio, el abolicionista, al situarse fuera de ese ámbito formal, encuentra en la realidad misma su punto de referencia con el cual juzgar a la ley-objeto. La ley deja de ser medida de los hechos. Los hechos se vuelven medida de la ley.

Ahora debemos hacer una aclaración. En el discurso jurídico-penal se entiende por *legitimidad* algo distinto a lo que comprenden los politólogos. Legitimar la pena es darle fundamento racional. Así, para Eugenio Raúl Zaffaroni:

El sistema penal es una compleja manifestación del poder social. Por *legitimidad* del mismo entendemos *la característica que le otorgaría su racionalidad*. El poder social no es algo estático, que se “tiene”, sino algo que se ejerce –un ejercicio– y el sistema penal quiere mostrarse como un ejercicio de poder planificado racionalmente<sup>133</sup>.

Así pues, la pena es una expresión de ese poder social a que se refiere Zaffaroni. Sólo lo racional es legítimo. La pena, para ser legítima, debe ser racional. ¿Qué es, en el discurso jurídico-penal, lo racional? El autor lo dice:

“...la expresión ““racionalidad”” requiere siempre de una precisión, por su alta equivocidad. El uso abusivo que se ha hecho de la misma nos obliga a prescindir aquí de la totalidad de la discusión al respecto, para reducir el concepto de racionalidad con que trabajaremos en este caso:

- a) a la *coherencia interna del discurso jurídico-penal*;
- b) a su *valor de verdad en cuanto a la operatividad social*.

El discurso jurídico penal (sic) sería racional si fuese *coherente y verdadero*<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En Busca de... *op. cit.* p. 20.

<sup>134</sup> Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En Busca de... *op. cit.* p. 20.

Si racional es lo coherente y verdadero, la pena, para ser legítima, tiene que estar fundamentada en un discurso coherente y verdadero. La búsqueda de la legitimación de la pena es indirecta: la legitimación o no de la pena se descubrirá midiendo la coherencia y el valor de verdad del discurso que la fundamenta. En esta tesitura, la pena será legítima si el discurso que la fundamenta es coherente y verdadero; en cambio será ilegítima si: (1) el discurso que la fundamenta es (a) incoherente; (b) falso, o (c) incoherente y falso.

Expuesto lo anterior entraremos al estudio crítico de las teorías justificacionistas, para saber cuál es la que acoge el sistema jurídico mexicano. Después estudiaremos las teorías abolicionistas, a fin de conocer si en México se actualizan los requisitos que aquellas exigen para considerar ilegítimo el sistema punitivo de un orden jurídico.

## II. Discurso Justificacionista

El Derecho penal tiene ante sí la necesidad de justificarse. Sus intentos de se basan en la racionalidad de los medios empleados y la importancia de los fines buscados. Como afirma Günter Stratenwerth: "...el derecho penal tiene que justificarse, como instrumento profano de control social, también mediante los fines que debe cumplir"<sup>135</sup>.

Por este motivo, en la teoría de la pena, descuella por su relevancia el problema de la legitimación del *ius puniendi*. No obstante pertenecer al ámbito de la Teoría del Estado y exigir un abordaje filosófico, cuando la venganza privada se convierte en una reacción social jurídico-penalmente organizada, entra en el ámbito de estudio del Derecho penal.

---

<sup>135</sup> STRATENWERTH, Günter. *¿Qué Aporta la Teoría de los Fines de la Pena?* Trad. SANCINETTI, Marcelo A. Universidad Externado de Colombia. Serie: Cuadernos de Conferencias y Artículos. No. 8. Colombia. 1996. p. 10.

La justificación de la violencia estatal, como medio para la conservación de la sociedad, es una cuestión cuya naturaleza filosófica la pone fuera del ámbito del Derecho; pero cuando esa violencia estatal se institucionaliza, racionaliza y encauza hacia la obtención de ciertos fines, pasando de su estado primigenio de instinto vengativo a un estadio civilizado de sanción como expresión valorativa, el tema adquiere toda su corporeidad jurídica.

Por ello, Edmund Mezger señala:

“La justificación de la pena resulta de la demostración de que la pena constituye un medio indispensable para la conservación de la sociedad jurídicamente ordenada. Esta justificación de la pena estatal no constituye un problema jurídico, sino... un problema metajurídico”<sup>136</sup>.

Es un tema metajurídico, en efecto, porque amerita un abordaje lo mismo filosófico que de ciencia política; axiológico que pedagógico. Por lo demás, el Derecho penal se ha ocupado del problema, no sin incurrir por esto en reduccionismo científico. La explicación de que el Derecho penal se ocupe de la justificación de la pena estriba en la necesidad de fundamentarla en el Derecho y así orientar las decisiones judiciales y político-criminales, a partir de un principio político dado.

En este tránsito de la pena como reacción instintiva a la pena como reacción social jurídico-penalmente organizada y orientada hacia ciertos fines, la *legitimación* se convierte en *justificación*. (No decimos que *legitimación* y *justificación* sean una misma cosa sino que, de hecho, la obligación de encontrar una argumentación suficiente para legitimar el uso de la violencia estatal se sustituye con argucias alarmistas basadas en la urgencia de adoptar medidas para la “protección” de la sociedad que en realidad resulta afectada por la disminución

---

<sup>136</sup> Cfr. MEZGER, Edmund. *Teoría de la Pena*. Trad. s.n. Editorial Leyer. Col. Clásicos del Derecho. Colombia. 2005. p. 67.

de sus derechos). Mas la justificación no se obtiene con un criterio meramente formal de modo que sean suficientes los puntos de vista de *competencia* y *procedimiento*.

La pena no queda justificada por el solo hecho de que sea legislada, impuesta y ejecutada por la autoridad competente a la luz del sistema jurídico positivo. Tampoco porque su proceso de creación, esto es, porque la incorporación de la norma respectiva al sistema jurídico, se haya llevado a cabo según los cánones que para la producción de reglas establezca su Constitución.

Adoptar un criterio exclusivamente formal resolvería los problemas de vigencia y validez de la pena como regla jurídica, pero no la justicia de su contenido intrínseco. El tema de la legitimación, que al ingresar al campo de estudio de la teoría de la pena se convierte en el problema de la justificación, adquiere toda su dimensión valorativa, explicándose por qué exige un abordaje filosófico.

La justificación de la pena tiene que ver con las preguntas: ¿por qué castigar? y ¿para qué castigar? Sólo cuando estas interrogantes sean contestadas estaremos en posibilidad de saber ¿cómo, cuánto y cuándo castigar?

Intentar responder a estas preguntas ha originado las discusiones más ricas en vastedad y variedad, dando nacimiento a múltiples teorías que, sin embargo, no logran consenso. Casi todas, no obstante, descansan sobre la base de la teoría del contrato social, cuya veracidad no viene al caso desmentir aquí.

Admitiendo la tesis contractual es factible suponer que el pueblo entrega al Estado una parte de su libertad a cambio de que éste le proteja la libertad residual. El “derecho” arcaico de hacer justicia por propia mano forma parte de aquella porción de libertad que el individuo cede al soberano. Éste lo recibe con el objeto

de ejercerlo a nombre del titular originario, lográndose así la reacción “social”, ya no “individual” ante la afrenta que el delito representa.

Cuando la ley penal se vulnera, el infractor ya no crea un vínculo psicológico entre él y la víctima o sus deudos, sino que el vínculo, antes psicológico y ahora jurídico, se construye entre el delincuente y el Estado. Así se transitó de un realismo sociológico a un formalismo jurídico. En el pasado remoto, la venganza privada estaba legitimada por virtud del nexo entre ofensor y ofendido: el primero era castigado por la ofensa, y el segundo tenía derecho a castigar por haber sido ofendido. Pero con el modelo estadual tal fórmula deja de tener sentido, de modo que el problema de la legitimación-justificación se traslada al Estado, quien sin haber sido receptor directo del agravio debe sin embargo responder contra el agresor a nombre de otro. Así, la “expropiación” de la venganza convirtió al poder de castigar en “derecho a castigar”.

Iñaki Rivera Beiras así lo explica:

“De este modo... el “poder de castigar” se afirmará políticamente sobre la ideología contractual y, jurídicamente, sobre el principio de legalidad del nascente derecho penal liberal. Así ese *poder de castigar*, paulatinamente se transforma en *derecho a castigar*. A partir de ese momento, la historia del poder de castigar se convierte también, en parte, en la historia del derecho penal. Las primeras tentativas por dotar de legitimación plena a la intervención punitiva del Estado, se encuentran en las que han sido denominadas como “teorías absolutas” de la pena<sup>137</sup>.

Pero si antes la ley del talión representaba una forma poco civilizada de corresponder al delito, permitió en cambio una tasación. En efecto, “ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida

---

<sup>137</sup> Cfr. RIVERA Beiras, Iñaki. *op. cit.* p. 185.

por herida, golpe por golpe”<sup>138</sup> significó retribuir mal con mal en igual intensidad. Esta posibilidad de conmensurar la reacción con su causa (la pena con el delito) estribó en que tanto la una como la otra pertenecieron a un mismo género. El golpe recibido facultaba al ofendido a propinar otro golpe igual. Pero cuando el *ius puniendi* se monopolizó la pena se extrajo del género al que el delito pertenece, para ubicársele en otro “civilizado”. Así, delito y pena se convirtieron en entidades inconmensurables por pertenecer a género diferente<sup>139</sup>.

Si la muerte ya no se pagará con muerte, sino con cárcel, ¿cómo saber cuántos años en prisión son equivalentes a una vida aniquilada? El principio de proporcionalidad, cuya antigua fórmula se representó con el “ojo por ojo...”, dejó de tener factibilidad para convertirse en un problema situado, más que en la pregunta “¿por qué castigar?”, en las que dicen: “¿para qué y cuánto castigar?”.

El problema de “¿por qué castigar?” tiene varios intentos de solución: (1) para cumplir el valor “justicia”; (2) para confirmar la vigencia del Derecho; (3) para la defensa social. Estas opciones valdrían lo mismo en la Modernidad que en la Posmodernidad. Pero contestar a la pregunta: “¿para qué castigar?” es un reto que obliga a atender el tiempo, lugar y circunstancias en que se responda. La primera cuestión se refiere únicamente al tema de la justificación; la segunda al tema de la finalidad.

¿La finalidad de la violencia estatal determina su legitimidad? ¿Por qué razón la violencia privada repugna y la violencia pública no? Ésta debe distinguirse de aquella con ciertos elementos de los que se extraiga la legitimación misma. Lo que haga que la violencia pública no sea repugnante, sino aceptada por consenso, será lo que la legitime.

---

<sup>138</sup> Antigo Testamento. Éxodo, 21, 22-24.

<sup>139</sup> En sentido contrario *vid.* BENTHAM, Jeremy. 1975. “De la Medida de las Penas y de las Calidades que deben Tener”. En: *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*. Secretaría de Gobernación. No. 16. México. pp. 161-173.

Julio E.S. Virgolini reflexiona al respecto:

“En cuanto a su expresión social que es el derecho, el concepto de legitimación se refiere al principio por el cual la violencia que ejerce no repugna, porque tiene un matiz de diferencia, la cualifica, respecto de la violencia en sí misma, entendida como puro instrumento o como medio para alcanzar fines prácticos”<sup>140</sup>.

La legitimación tiene que ver con el . Pero aún así el concepto de consenso no otorga una razón unívoca. En tiempos aciagos podrá decirse que el poder estatal se encuentra legitimado en el acuerdo de que sólo el Estado puede amasarlo en una cantidad suficiente como para defender los intereses de los individuos. En tiempos de paz podrá decirse que la monopolización de la violencia garantiza la medida en la imposición de los castigos. La legitimación debe buscarse en abstracto, si se pretende ponerla a salvo de los agitados vientos del relativismo histórico.

Como veremos líneas abajo, durante el primado de la Escuela Clásica, “justificación” y “finalidad” fueron problemas que se resolvieron con la misma fórmula: se castiga para retribuir; la justificación es la justicia y la finalidad es la justicia. Con el auge de la Escuela Positiva y producto de su paradigma etiológico, las cosas cambiaron. La justificación, o sea el problema de “¿por qué castigar?,” se resolvió con la tesis de la defensa social y la finalidad o el “¿para qué castigar?” motivó estos argumentos: (1) para corregir al corregible; (2) para intimidar a quien no necesita corrección; (3) para anular al incorregible.

Negada la existencia del libre albedrío, la graduación judicial de la pena ya no podía descansar en el juicio de reproche. ¿Cómo justificar la imposición de la sanción en la exigibilidad de otra conducta si el libre albedrío no existe? La sanción habría de individualizarse con base en el grado de temibilidad del agente,

---

<sup>140</sup> Cfr. VIRGOLINI, Julio E.S. *La Razón Ausente. Ensayo sobre Criminología y Crítica Política*. Prolog. PAVARINI, Massimo. Editores del Puerto. Argentina. 2005. p. 212.



no a la luz del grado de su culpabilidad. La fundamentación filosófica de la pena como reacción social “expropiada” también se sustituyó. En vez de explicarla como retribución moral por el mal cometido, se basó en la defensa social. De esta manera, el vacío que dejó la eliminación del concepto “culpabilidad” se colmó con el de “temibilidad”.

Este replanteamiento se debe a Raffaele Garofalo, quien lo justificó con los argumentos siguientes:

“...no es el sufrimiento el *fin* de la reacción exigido por el sentimiento popular, sino que, la misma naturaleza de las cosas, se asocia siempre al verdadero fin que aquél se propone, esto es, la *eliminación del individuo no asimilable*”<sup>141</sup>.

Y más adelante complementa:

“Todo delito significa la falta de adaptación a la vida social entera, o a un solo aspecto o parte de la misma; el delito pone de manifiesto la anomalía moral (curable o incurable); en otros términos, indica que el individuo tiene la *capacidad para el crimen*... una vez que se reconozca esta *capacidad*, no puede seguirse tolerándola”<sup>142</sup>.

Vocablos como “anomalía”, “curable”, “incurable” dejan ver el nacimiento de la criminología clínica, por definición realizable en las cárceles como centros para la “regeneración”. De hecho en la criminología clínica de hoy, la “capacidad para el crimen” (capacidad criminal) es uno de los dos elementos que se toman en cuenta para determinar el grado de “peligrosidad” (temibilidad) del individuo.

---

<sup>141</sup> Cfr. GAROFALO, Raffaele. *Criminología. Estudio sobre el Delito y la Teoría de la Represión*. Trad. DORADO Montero, Pedro. Ángel Editor. México. 1999. p. 219.

<sup>142</sup> Cfr. GAROFALO, Raffaele. *op. cit.* p. 224.

Arriba dijimos que la Escuela Positiva<sup>143</sup> propuso: (1) corregir al corregible; (2) intimidar a quien no necesita corrección; y (3) eliminar al incorregible. Si armonizamos estas ideas con las afirmaciones del padre de la tesis del “delito natural”, veremos que, según el positivismo: (1) al corregible se le debe “curar”; (2) al que no necesita “cura”, intimidar; y (3) al “incurable”, eliminar.

Esta nueva visión antropológica del delito originó una reforma penitenciaria cuyo objetivo fue reivindicar los lugares inmundos de la prisión en espacios abiertos para la reeducación de los condenados<sup>144</sup>. Pasados los años el modelo fracasó, no necesariamente por la falsedad de su tesis fundamental tanto como por factores que afectan al presidio, entre los cuales: sobrepoblación, presupuesto insuficiente, personal escaso, etc.

El fracaso vino acompañado de un desencanto social y un pesimismo científico que disminuyeron el interés por la reinserción del delincuente y aumentaron el afán anulatorio. Quien pregunta “¿por qué castigar?” lo hace mirando hacia el pasado (delito cometido); mientras que quien cuestiona “¿para qué castigar?” lo hace mirando hacia el futuro. Y el misterio del futuro siempre nos tienta a intentar resolverlo desde el presente, para sortear los infortunios que nos oculta. Por eso el afán humanista sucumbe ante la seducción de anular los riesgos anticipadamente. ¿Para qué correr el peligro de liberar a un delincuente, si podemos dejarlo allí adentro de por vida?

A pesar de que la pregunta primera mire hacia el pasado y la segunda hacia el futuro, la respuesta que se dé a cada una representará un fin. La pena tiene fines diversos precisamente porque se aplica en el presente por lo hecho en el pasado, y se aplica en el presente para lograr algo en el futuro. Por ejemplo, sí se dice que la pena se aplica a un sujeto por lo hecho en el pasado para cumplir con

---

<sup>143</sup> Vid. (1) LOMBROSO, Cesare. *Los Criminales*. Trad. s.n. Editorial Leyer. Colombia. 2005; (2) FERRI, Enrico. *Sociología Criminal*. Trad. s.n. Valletta Ediciones. Argentina. 2006; (3) GAROFALO, Raffaele. *op. cit.*

<sup>144</sup> Sobre este tema, vid. HOWARD, John. *op cit. passim*.

el valor “justicia”, pero al mismo tiempo para demostrar en el presente la vigencia del Derecho y para evitar en el futuro que ese sujeto vuelva a delinquir, se tendrán tres fines distintos. Por tales razones, las teorías que estudiaremos a continuación son divergentes entre sí: unas miran al pasado, otras al presente, otras al futuro y algunas miran al pasado y al futuro. Haremos mayor énfasis en las teorías “absolutas”, porque pensamos que México vive en la actualidad un regreso al “absolutismo” penal.

Todas las teorías tienen un contexto histórico de incubación y florecimiento. Colocar el texto (teoría) en su contexto (momento histórico) nos será útil para captar su significado exacto.

#### **a. Teorías Absolutas**

*Punitur quia peccatum est.*

Sobre la pregunta “¿cuáles fines buscar con la imposición del castigo?” podríamos decir que el problema no es en primer lugar encontrar su utilidad tanto como encontrar un pretexto para seguirlo aplicando. Si alternamos el ángulo desde el cual miramos la pena, diversas tentativas de respuesta surgirán para dar cuenta de aquella interrogante. Y debemos tener en consideración que la sanción, antes que ser una reacción social jurídico-penalmente institucionalizada, es decir, un instituto jurídico, es un castigo en sí misma. Su motivación deriva de la doctrina de lo que es “bueno” y de lo que es “malo”, de allí que insistamos en que el tema escapa en buena medida del espectro del Derecho.

Friedrich Nietzsche:

“Para que nos podamos representar cuán incierto, sobreañadido, accidental es el “sentido” del castigo, cómo un mismo procedimiento puede ser utilizado, interpretado, plasmado en puntos de mira esencialmente distintos, ved aquí el

croquis que he podido componer, gracias a materiales relativamente poco numerosos y todos fortuitos...”<sup>145</sup>.

El significado que se le otorgue a la noción “castigo” está necesariamente vinculado al significado que se le dé a la noción de “malo”. Se trata, sin dudas, de un relativismo histórico que aunque no viene al caso exponer aquí, sí debemos tener en cuenta. Por eso decimos que el problema de “¿cuáles fines buscar con la imposición del castigo?” está antecedido por este otro: “¿cómo justificar hacer un mal a quien ha cometido un mal pagándole con la misma moneda?”. La cuestión se descubre como una antinomia valorativa, pues en lógica llana, no es congruente reprobado un mal y aplicar un mal como reflejo de tal reprobación. En una frase: no se puede negar el mal con otro mal. Nietzsche expone su “croquis”:

“Castigo, medio de impedir al culpable que haga daño y que continúe haciéndolo”<sup>146</sup>.

Aquí podemos ver fines de prevención especial negativa. Castigando se anula al criminal, de tal suerte que él, aun queriendo, no puede dañar a la sociedad de nuevo.

“Castigo, medio de emanciparse frente al individuo lesionado, y esto bajo una forma cualquiera (incluso la de una compensación bajo forma de sufrimiento)”<sup>147</sup>.

Purgar el castigo libera al delincuente de la atadura que, a partir del daño, lo une al ofendido. *Penitur ne peccetur*. A través del sufrimiento, el condenado recupera su independencia y expía su pecado.

---

<sup>145</sup> Cfr. FRIEDRICH NIETZSCHE. *Genealogía de la Moral*. 7ª ed. Trad. OVEJERO Maury, Eduardo. Porrúa. Col. “Sepan Cuantos...”. México. 2004. p 247.

<sup>146</sup> Cfr. FRIEDRICH NIETZSCHE. *op. cit.* p. 247.

<sup>147</sup> Cfr. FRIEDRICH NIETZSCHE. *op. cit.* p. 247.

“Castigo, en cuanto restricción y limitación de una perturbación de equilibrio, para impedir la propagación de esa perturbación”<sup>148</sup>.

Prevención general negativa, mediante la ejemplaridad de la pena. Impedir la propagación de la perturbación del equilibrio significa evitar que los otros se animen a seguir el mal ejemplo del disidente, generándose así la ruptura del orden social. El castigo al delincuente evita que el mal ejemplo impulse al desorden, pues la pena impuesta a tiempo sosiega a los hombres. Ya Eugenio Cuello Calón había dicho:

“La idea de la intimidación colectiva debe ser mantenida... es muy probable que gran número (de hombres) no sean intimidables, pero es seguro que otros, de características psicológicas diversas, lo son en grado sumo”<sup>149</sup>.

Friedrich Nietzsche sigue exponiendo:

“Castigo, medio de compensación para las ventajas de que el culpable ha gozado hasta ese momento (por ejemplo, cuando se utiliza como esclavo en una mina)”<sup>150</sup>.

*Penitur ne peccetur*, con esencia talionaria. Al criminal se le pena porque ha pecado, no porque sea pecador. Su castigo tiene por fin hacerlo restituir los provechos obtenidos de su delito por medio de actos proporcionales, no a su conducta, sino al provecho<sup>151</sup>.

“Castigo, medio de eliminar un elemento degenerado (en ciertas circunstancias, toda una rama, como lo prescribe la legislación china;

---

<sup>148</sup> Cfr. FRIEDRICH NIETZSCHE. *op. cit.* p. 247.

<sup>149</sup> Cfr. CUELLÓN Calón, Eugenio. *La Moderna Penología. (Represión del Delito y Tratamiento de los Delinquentes. Penas y Medidas. Su Ejecución)*. Casa Editorial BOSCH. España. 1958. p. 25.

<sup>150</sup> Cfr. FRIEDRICH NIETZSCHE. *op. cit.* p. 247.

<sup>151</sup> Para un estudio historiográfico sobre este tema, *vid.* SCHMILL, Ulises. *El Debate sobre Mitilene. La Justificación de las Penas*. Editorial Verdehalago. México. 1998.

por consiguiente, modo de depurar la raza, o, de mantener un tipo social)”<sup>152</sup>.

Prevención especial negativa, por medio de la pena capital. La pena no busca ejemplificar, readaptar o hacer justicia. Es, por el contrario, la forma de eliminar a un indeseable para siempre. En México, actualmente, esta forma de castigo está proscrita del sistema jurídico. Se le ha colocado, como diría Luigi Ferrajoli, en la *esfera de lo indecible*<sup>153</sup>.

“Castigo, ocasión de fiesta para celebrar la derrota de un enemigo, agobiándole a burlas”<sup>154</sup>.

Teoría de la retribución. Prevención general negativa mediante la ejemplaridad de la pena.

“Castigo, medio de crear una memoria, ya en el que sufre el castigo – esto es lo que se llama “corrección”–, ya entre los testigos de la ejecución”<sup>155</sup>.

Prevención especial positiva y prevención general negativa mediante la ejemplaridad de la pena. Aquí conviene tener presente a Anselm von Feuerbach, quien sobre los fines de la pena, señala:

El objetivo de la conminación de la pena en la ley es la intimidación de todos, como posibles protagonistas de lesiones jurídicas. El objetivo de su aplicación es el de dar fundamento efectivo a la

---

<sup>152</sup> Cfr. FRIEDRICH NIETZSCHE. *op. cit.* p. 247.

<sup>153</sup> Vid. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Trad. IBÁÑEZ Perfecto, Andrés y otros. Prol. CARBONELL, Miguel. Trotta. España. 2008. p. 102.

<sup>154</sup> Cfr. FRIEDRICH NIETZSCHE. *op. cit.* p. 247.

<sup>155</sup> Cfr. FRIEDRICH NIETZSCHE. *op. cit.* p. 247.

conminación legal, dado que sin la aplicación la conminación quedaría hueca (sería ineficaz)<sup>156</sup>.

La pena, porque tiene tres momentos, puede cumplir también tres fines diferentes. Con su previsión se busca intimidar a todos; al aplicarse, confirmar esa intimidación; al ejecutarse, intimidar al reo para que se abstenga de reincidir.

“Castigo, pago de honorarios fijados por el poder que protege al malhechor contra los excesos de la venganza”<sup>157</sup>.

En la venganza privada, responsabilidad civil por exceso en la reacción, de *lege ferenda*. En el Estado jurídico, daño moral, de *lege ferenda*.

“Castigo, compromiso con el estado primitivo de venganza, en cuanto este estado primitivo aún es mantenido en vigor por razas poderosas que le reivindicán como un privilegio”<sup>158</sup>.

Venganza privada. Estado de cosas prejurídico.

“Castigo, declaración de guerra y medida de policía contra un enemigo de la paz, de la ley, del orden, de la autoridad, a quien se considera como peligroso para la comunidad, violador de los tratados que garantizan la existencia de esta comunidad, rebelde, traidor y perturbador, y a quien se combate por todos los medios de que la guerra le permite disponer”<sup>159</sup>.

---

<sup>156</sup> Cfr. FEUERBACH, Anselm Von. *Tratado de Derecho Penal*. 2ª ed. Trad. ZAFFARONI, Eugenio Raúl y HAGEMIER, Irma. Editorial Hammurabi. Colección Criminalistas Perennes. V.I. Argentina. 1989. p. 61.

<sup>157</sup> Cfr. FRIEDRICH NIETZSCHE. *op. cit.* p. 247.

<sup>158</sup> Cfr. FRIEDRICH NIETZSCHE. *op. cit.* p. 247.

<sup>159</sup> Cfr. FRIEDRICH NIETZSCHE. *op. cit.* p. 247.

Prevención especial negativa. Derecho penal del enemigo. Estado de excepción. Derecho penal antigarantista.

Desde cada ángulo de acometida podemos obtener un fragmento de verdad, pero siempre con exclusión de los otros. Si Hegel es partidario de las teorías absolutas se debe, en parte, a que rechaza tajante que la pena busque amedrentar, reducir o corregir a un hombre, como si se tratara de un animal bravío, según veremos más adelante<sup>160</sup>. De esta manera venimos explicando anticipadamente que la lucha entre escuelas se debe al ángulo de visión que cada una emplea. Expuesto lo anterior, entraremos ahora al estudio de las teorías absolutas.

Las teorías absolutas gravitan en torno a la idea de que la pena no busca ningún otro fin que la sola sanción del delito. Sobre este tema, Manuel de Rivacoba y Rivacoba reflexiona:

“Su función no traspasa los límites de su intimidad y su entidad, acción y finalidad se agotan en ella misma. A pesar de que entiendan de muy distinto modo la retribución, son todas retributivas... Bajo esta idiosincrasia, la inmortalidad y el pecado no forman parte del concepto de delito y por ello la pena no es un dolor moral ni una condena eterna, sino un sufrimiento corporal cuya causa tampoco es la venganza porque no se pena al delincuente con el objeto de que sufra, sino que sufre porque se le castiga”<sup>161</sup>.

La última oración contiene una perífrasis, porque al penitente le resulta indiferente el fin buscado por el Estado mediante la imposición del castigo. La autoridad sabe que el castigo genera sufrimiento, por eso lo aplica. Sabe que la pena causa infelicidad, por eso la pena le sirve para intimidar. No es que la

---

<sup>160</sup> Vid. HEGEL. *Filosofía del Derecho*. 2ª ed. Trad. MENDOZA de Montero, Angélica. Intro. KARL MARX. Ediciones Casa Juan Pablos. México. 1986. p. 108.

<sup>161</sup> Cfr. RIVACOBA y Rivacoba, Manuel de. *op. cit.* pp. 17 y 21.



autoridad aplique la sanción a pesar de que ésta aflija; la impone precisamente porque lo que aflige intimida.

De acuerdo con las teorías absolutas, se castiga porque se debe castigar. Provocar sufrimiento es la única finalidad. Se castiga porque se delinquiró, no necesariamente para que ya no se delinca.

Esteban Righi así lo advierte:

“Se denominó a esta concepción “teoría absoluta” porque agota el fin de la pena en la retribución, explicada por Kant como un imperativo categórico emergente de la idea de justicia, y fundamentada dialécticamente por Hegel como la negación de la negación del derecho. La pena niega (aniquila) el delito, restableciendo así el derecho lesionado.

Los efectos preventivos, consecuencia de admitir que la pena puede suponer enseñanza además de sufrimiento son desdeñados, pues se aclara que ellos no son el fin buscado. Consiguientemente, la pena debe igualmente aplicarse, aunque no se logre efecto intimidatorio ni exista riesgo de reincidencia”<sup>162</sup>.

Las teorías absolutas son “teorías de la reacción”. Como tales atienden al pasado (hecho cometido) para surtir sus efectos en el presente (retribuir), sin ninguna proyección hacia el futuro (prevenir). Se trata de una visión unidimensional en cuanto que a la pena no se le atribuyen fines diversos; también podemos decir que estamos frente a una concepción unitemporal, porque si bien atienden al pasado el fin único de la pena surte sus efectos exclusivamente en tiempo presente. Así lo explica el autor en consulta:

---

<sup>162</sup> Cfr. RIGHI, Esteban. *Teoría de la Pena*. Editorial Hammurabi. Argentina. 2001. p. 19.

“Esta teoría concibe a la pena como una reacción por lo sucedido y en consecuencia desvinculada del porvenir, pues su fin está vinculado al delito cometido, y no a evitar hechos futuros... En consecuencia, la individualización de la pena depende de la gravedad del hecho realizado y el grado de culpabilidad del autor, enunciándose así un criterio de proporcionalidad entre delito y pena”<sup>163</sup>.

De esta manera la sanción es resultado del cumplimiento de un deber ético de justicia, que no busca otros fines que la consecución a ultranza de tan encumbrado valor. Los fines sociales son rechazados de manera categórica y por lo tanto en las teorías absolutas no cabe noción alguna de readaptación, resocialización, repersonalización, reinserción social o rehabilitación del condenado. Si la imposición del castigo genera efectos ejemplares en terceras personas, tal utilidad será un epifenómeno (efecto colateral) no buscado por el Estado.

Claus Roxin dice que según estas teorías: “... la pena debe retribuir el hecho imponiendo un mal y, con ello, servir a la justicia, independientemente de cualquier efecto social. Aquí se habla de una teoría de la retribución o de una teoría de la justicia”<sup>164</sup>.

La imposición de la pena es una exigencia de justicia desdoblada en forma de retribución. Como veremos, uno de los defectos de estas teorías es que obligan a imponer la pena aun cuando no reporte beneficio alguno a la sociedad, como sería el caso en donde no existieran probabilidades de reincidencia.

Santiago Mir Puig señala:

---

<sup>163</sup> Cfr. RIGHI, Esteban. *op. cit.* pp. 19-20.

<sup>164</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*. Trad. ABANTO Vásquez, Manuel. Editorial Grijley. Perú. 2007. p. 70.

(La teoría retributiva) “Responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo, y el culpable debe encontrar en él su merecido. La función de la pena se centra, según este punto de vista, en la realización de la Justicia impidiendo que la injusticia “triunfe”. La pena no aparece entonces como un instrumento dirigido a la consecución de fines utilitarios de bienestar social, como sería el de protección de la sociedad, sino como exigencia ética derivada del valor Justicia... Sea útil o inútil para asegurar la paz social, la pena debe imponerse si lo exige la Justicia”<sup>165</sup>.

La idea de imponer el castigo por el hecho cometido, sin importar su infertilidad para fines futuros, se deriva del pensamiento kantiano según el cual la justicia penal es un imperativo categórico. Conforme a esta doctrina, la pena es un fin en sí misma, por lo que su imposición resulta exigible más allá de que no reporte provecho en lo futuro.

Günther Jakobs opina al respecto:

“La configuración que Kant y Hegel dieron a la pena retributiva ha ejercido gran influencia histórica. Según Kant, el contenido de la pena es el talión (“Si ha matado, debe morir”). La función de la pena consiste en la realización de la justicia. Ello lo fundamenta Kant así: Por una parte, la pena sólo puede imponerse al autor “porque ha delinquido”, pues de otro modo, si se persigue la prevención general o especial “se trata a la persona... meramente como un medio para los propósitos de otro y se la confunde con los objetos de los derechos reales”. Por otra parte, también debe realizarse la justicia. “La justicia penal es un imperativo categórico”, pues si desaparece “la justicia... ya no tendrá valor alguno que vivan los hombres sobre la tierra”<sup>166</sup>.

---

<sup>165</sup> Cfr. MIR Puig, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. Editorial B de F. Argentina. 2006. p. 38.

<sup>166</sup> Cfr. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. 2ª ed. Trad. CUELLO Contreras, Joaquín y SERRANO González de Murillo, José Luis. Editorial Marcial Pons. España. 1997. p. 22.

Si para Kant la justificación de la pena descansa sobre el principio de justicia, para Hegel la fundamentación se encuentra en el concepto de Derecho. Con su método dialéctico, Hegel sostiene que mientras el delito es la negación del Derecho, la pena es la negación de la negación del Derecho, obteniéndose así la restauración de la norma vulnerada. En sus palabras:

“La superación del delito es el castigo, pues según el concepto es *vulneración de la vulneración* y según la existencia, el delito tiene una extensión determinada cualitativa y cuantitativa; por lo tanto, su negación, como existencia, tiene otra existencia”<sup>167</sup>.

El método dialéctico que confronta ideas como tesis y antítesis respectivamente, deviene en una síntesis donde la tensión entre conceptos antagónicos se disuelve con un producto diferente al representado por las premisas. El delito es la negación del Derecho, y la pena es la negación de la negación del Derecho:

“La superación del delito en la esfera del Derecho Abstracto es principalmente *venganza*, justa, según el *contenido* en cuanto es *castigo o retorsión*... La venganza, por el hecho de que es una acción positiva de una voluntad particular, *viene a ser una nueva vulneración*, incorporándose como tal contradicción en el progreso al infinito y pasa en herencia, de generación en generación, ilimitadamente”<sup>168</sup>.

Desde un ángulo de visión estrictamente formalista, Hegel explica por qué, si bien la pena pública (estatalizada) es venganza, ésta es justa a diferencia de la venganza particular, que se convierte en una nueva vulneración del Derecho. La diferencia la hace el concepto de Derecho. El filósofo alemán considera que la venganza pública es justa porque él equipara justicia con Derecho. Así, sólo es

---

<sup>167</sup> Cfr. HEGEL. *op. cit.* p. 109.

<sup>168</sup> Cfr. HEGEL. *op. cit.* pp. 110-111.

justa la venganza conforme al Derecho. Por el contrario, toda venganza llevada a cabo al margen del Derecho será venganza vulneradora del Derecho mismo. En última instancia, todo lo que el Derecho establezca será justo; o lo que es igual, lo justo será lo legal.

Günther Jakobs continúa:

“El sistema de referencia de Hegel para fundamentar la pena es el concepto de Derecho; el sistema de referencia actual lo forman las condiciones de existencia de la sociedad. Por lo demás, se da la siguiente concordancia: Hegel interpreta el hecho punible como “algo negativo”, es decir, como “vulneración del Derecho” en el sentido de su negación. Esta vulneración alega una pretensión de validez, pero la pena sale al encuentro de tal pretensión, como “vulneración de la vulneración”, y así como “restablecimiento del Derecho”<sup>169</sup>.

Iñaki Rivera Beiras, reflexionando sobre el sistema kantiano del imperativo categórico y el hegeliano dialéctico, llama al primero “retribución moral”, y al segundo “retribución jurídica”<sup>170</sup>.

Las teorías absolutas, al estar influenciadas por el pensamiento filosófico ya de Kant, ya de Hegel, son aquellas que Luigi Ferrajoli llama “formalistas”, en oposición a las “sustancialistas”:

“Son doctrinas formalistas aquellas que consideran “delitos” todos – y solamente– los previstos en una ley válida como presupuestos de una pena según el principio *nullum crimen sine lege*... Son por el contrario sustancialistas las que en la definición del concepto de

---

<sup>169</sup> Cfr. JAKOBS, Günther. *op. cit.* p. 23.

<sup>170</sup> Vid. RIVERA Beiras, Iñaki. *op. cit.* p. 187.

“delito” hacen referencia también a elementos extra-jurídicos de tipo moral, social, natural y en cualquier caso ontológico”<sup>171</sup>.

Para el formalismo jurídico el delito es delito en cuanto está prohibido por la ley. Como está prohibido por la ley, el delito es una contradicción al valor “justicia” en la medida en que la visión formalista iguala “justicia” con “Derecho positivo”. Esta violación al valor “justicia” se repara con la sanción, cuya justificación extiende sus raíces hasta el terreno del concepto de delito, en donde encuentra que la pena debe aplicarse porque el delito está prohibido por la ley. Este círculo argumentativo se encapsula en el principio *dura lex sed lex*.

Igualar justicia con Derecho es, más que fundir conceptos, confundirlos. Si significaran lo mismo, el orden en que se les colocara no afectaría el resultado. Así se podría afirmar que el Derecho es justicia, o que justicia es Derecho.

Por este motivo, Roscoe Pound señala:

“Considerándola como un régimen de control social establecido para crear el derecho en el sentido de un cuerpo de normas ideales de conducta eficaz de acción, se ha dicho que la justicia debe ser la “más fiel realización del derecho”. Pero esto equivale a poner la carreta delante de los bueyes”<sup>172</sup>.

Regresando a Günther Jakobs, él sostiene que mientras en Hegel el sistema de referencia para fundamentar la pena es el concepto de Derecho, en la actualidad lo forman las condiciones de existencia de la sociedad. Esto equivale a decir: “Se pena tanto como sea necesario para la conservación del orden social”. Tal ruta de pensamiento rompe con el principio de proporcionalidad orientado con base en la importancia del bien jurídico protegido (gravedad del delito) y el grado

---

<sup>171</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 7ª ed. Trad. IBAÑEZ, Perfecto Andrés y otros. Prol. BOBBIO, Norberto. Trotta. España. 2005. p. 370.

<sup>172</sup> Cfr. POUND, Roscoe. *Justicia Conforme a Derecho*. Trad. s.n. Editorial Colofón. México. 1995. p. 24.

de culpabilidad del agente (reprochabilidad), dando cabida a actos legislativos inflacionistas de la pena so pretexto de atender al aumento del índice delictivo. Cuando esto sucede, el principio de proporcionalidad desplaza su sistema de referencia, yendo de una dualidad objetiva/subjetiva conformada por el binomio “bien jurídico/culpabilidad”, a otro binomio: “pena como único medio de resolver los conflictos sociales/aumento del índice delictivo como justificación del acto legislativo inflacionista de la pena”. Soltarle al legislador las amarras que le impone el principio de proporcionalidad es tanto como regresar a la antiliberal noción del *legibus solutus*.

El autor de la teoría de los roles en materia penal, sitúa los límites de la pena (en su etapa legislativa) en las necesidades de conservación de la sociedad. Esto es inexacto, porque el Derecho penal es un límite garantista impuesto al *poder de castigar*, no un catalizador para potenciar el ejercicio del *derecho a castigar* en detrimento de las garantías.

A continuación veremos las críticas principales formuladas a esta clase de teorías:

“...es irracional fundamentar el derecho del Estado a imponer penas, en la existencia de una culpabilidad basada en el libre albedrío, pues la libertad de voluntad del autor no es empíricamente demostrable”<sup>173</sup>.

Esta crítica tendría que sostenerse en contra de cualquier clase de teoría de las que hoy siguen vigentes, pues la culpabilidad se traduce en el reproche que a un autor se le formula por su conducta, al considerarse que según las circunstancias particulares del caso le era exigible haber observado otra conducta porque otra conducta era, en efecto, posible. De tal suerte, la culpabilidad, como presupuesto de la pena, se basa siempre en la consideración de la existencia del libre albedrío. Los infortunios del determinismo que rodea al ser albedréico están

---

<sup>173</sup> Cfr. RIGHI, Esteban. *op. cit.* p. 21.

previstos en figuras como: accidente, caso fortuito, fuerza irresistible, error invencible, estado de necesidad.

“...la concepción del deber jurídico con independencia de la sanción, conduce a una confusión del derecho con la ética, que además sólo faculta a considerar obligado por la norma a quien esté convencido de su valor y de la necesidad de cumplirla, lo que no ocurre con el disidente”<sup>174</sup>.

Esta crítica se disuelve si la obligatoriedad de la norma no se supedita a la aceptación o rechazo de ésta por parte del disidente, sino a la firma del contrato social (normativismo penal). Por el contrario, el rechazo por parte del autor al valor que la norma protege es condición lógica y presupuesto indispensable para que el delito y sus consecuencias jurídicas se produzcan. La exigibilidad de otra conducta (culpabilidad) se basa en la aceptación tácita del Derecho por la adhesión simbólica al contrato social. El sujeto responde por la violación del Derecho por el hecho de vivir en sociedad, no por incurrir en la contradicción de aceptar subjetivamente el valor ético que la norma protege y sin embargo romperla.

“...el criterio retributivo no puede ser absoluto, ya que no toda culpabilidad debe ser castigada, pues la pena puede causar efectos contraproducentes. Por ello, la teoría de la retribución si bien fundamenta para qué se castiga, no explica cuándo el Estado debe hacerlo”<sup>175</sup>.

Esta crítica es más poderosa. Basar la justificación y la necesidad del castigo en la sola idea de justicia (entendida ésta como retribuir el bien con el bien y el mal con el mal por ser un valor en sí misma) no permite la existencia de excusas absolutorias ni de figuras procesales como la suspensión de procedimiento a prueba. Tampoco permite el ejercicio de una política criminal

---

<sup>174</sup> Cfr. RIGHI, Esteban. *op. cit.* p. 21.

<sup>175</sup> Cfr. RIGHI, Esteban. *op. cit.* p. 22.



liberal en la que el juez pueda inaplicar la pena arguyendo la no necesidad de prevención especial y la no afectación de la prevención general positiva. Castigar por castigar es más una reacción automática que una conducta racional, moderada y liberal.

Mariano H. Silvestroni apunta otra objeción:

“El primer problema que se presenta con una teoría de este tipo, es el de explicar de dónde surge la facultad del Estado para imponer penas exclusivamente en función del merecimiento individual y con total independencia del logro de determinado objetivo; si partimos de la base de que el Estado no puede hacer nada más que aquello que los individuos podían hacer en el estado de naturaleza, esta teoría exigiría justificar previamente la potestad de los individuos para aplicar una pena por el mero afán retributivo”<sup>176</sup>.

Sobre el problema de justificar la potestad de los individuos que, viviendo en el estado de naturaleza aplican penas por mero afán retributivo, debemos decir que no existe en realidad. Efectivamente, el estado de naturaleza se distingue por la ausencia de normas jurídicas y por la inexigibilidad de patrones de conducta éticamente introyectados. En el estado de naturaleza no hay basamento ético ni jurídico sobre el cual descansar la legitimación de la reacción, a no ser por la legitimación en la causa activa; es decir, porque quien castiga sea, o aquel que sufrió en carne propia el daño o los deudos del muerto.

Si buscamos en el fundamento histórico de la pena, encontraremos un sentimiento más o menos difuso del valor “justicia”; pero ya no podremos dar con el fundamento del fundamento, que lo fue el instinto de venganza, porque ésta dejó de ser para dar vida al instituto jurídico que hoy llamamos “sanción penal”. El “ojo por ojo...” es reacción instintiva, que por serlo pronto se le antepuso un límite

---

<sup>176</sup> Cfr. SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría Constitucional del Delito*. 2ª ed. Prol. VIRGOLINI, Julio. Editores del Puerto. Argentina. 2007. p. 36.

máximo, precisamente por medio de la noción de proporción. El tuerto no podría vengar su lesión sino extirpando el ojo a su victimario, teniendo la obligación de no agregarle a tal lesión, por ejemplo, la mutilación de una extremidad.

La facultad del Estado para imponer penas exclusivamente en función del merecimiento individual y con total independencia del logro de determinado objetivo se explica en la “expropiación” del control social. Cuando el Estado monopolizó la pretensión punitiva, la imposición de la pena y su ejecución, lo hizo ante la necesidad de atemperar las pasiones. De lo anterior se sigue que una exigencia primaria para el ejercicio del poder de castigar es conservar la templanza mediante la observancia del principio de proporcionalidad. Sólo cuando el Estado investiga con eficacia los delitos, persigue con reciedumbre a los presuntos delincuentes e impone los castigos con moderación, explica en el acto su facultad de sanción y su legitimación para hacerlo. Cuando la templanza se pierde, ¿se pierde también la legitimación del *ius puniendi*? Ése es el riesgo de la inflación punitiva, que llama al tribunal constitucional a conservar el Estado Constitucional (Estado democrático, liberal de Derecho) en la medida en que éste puede también ser vulnerado por el propio poder.

“...la pena no borra el mal causado por el delito, sino que en realidad añade un segundo mal. En realidad, el criterio talionario no permite recuperar el ojo de la víctima quitando un ojo al autor. En un sistema penal moderno, tampoco se entiende cuál puede ser el criterio comparativo que permita sostener que la retribución justa de un homicidio, equivale a una cantidad de años en prisión impuestos al responsable”<sup>177</sup>.

Esta crítica es importante, pero tiene que ver más con las posibilidades reales del principio de proporcionalidad que con la justificación del *ius puniendi*. En efecto, la inconmensurabilidad de la pena con el delito se debe a que ya no se castiga la extirpación de un ojo con la extirpación de un ojo. Pero esto no significa

---

<sup>177</sup> Cfr. SILVESTRONI, Mariano. *op. cit.* p. 27.

que la justificación de la pena en la sola noción de justicia sea, entonces, equivocada.

W. Godwin dice: “En todos los casos, delito y pena son incommensurables. Ninguna estandarización (tabla de referencia o escala) ha habido ni podrá descubrirse jamás. Nunca dos delitos serán iguales”<sup>178</sup> <sup>179</sup>. A este autor le asiste la razón cuando advierte la imposibilidad de conmensurar delito y pena; pero no se trata de hermanar al tigre con el dragón, tanto como de admitir que es la diferencia misma la que debe motivar a establecer una tasación.

Es cierto que el mal hecho al malhechor no deshace el daño sufrido por la víctima, pero esto no quiere decir que los partidarios de las teorías absolutas así lo pretendan. Lo que sostienen es que el Estado tiene el poder de castigar porque es recipiendario del derecho de venganza que el pueblo le otorgó con la firma del contrato social, y que ese derecho originario de venganza se basa en el valor “justicia”. Lo que equivale a decir que el fin de la pena “pública”, o lo que es lo mismo “estatalizada”, es suplir la venganza (y con esto eliminar toda su parcialidad) con el castigo (imparcial), pero con la parsimonia que no se le puede exigir a quien sufrió en carne propia el daño, teniendo el Estado la legitimación política primero (convención), y jurídica después (leyes) para hacerlo.

Antonio García-Pablos de Molina señala:

“Los penalistas hemos entonado hace ya tiempo el “definitivo adiós a Kant y Hegel”, aceptando que la pena es solo un “medio”, no un “fin” en si misma. Castigamos, pues, “*ne peccetur*”, no “*quia peccatum est*”, ya que –afortunadamente– la pena ha perdido su aureola mágica, sacra y solo se legitima en cuanto cumpla las

---

<sup>178</sup> “*Delinquency and coercion are, in all cases, incommensurable. No standard of delinquency ever has been or ever can be discovered. No two crimes are ever alike*”. Cfr. GODWIN, W. *An Enquiry Concerning Political Justice, Its Influence, General Virtue and Happiness*. T. I. London. Cap. VI. 1798. Retomado posteriormente por FERRAJOLI, Luigi. *Derecho...* *op. cit.* p. 451. Nota: En la cita del profesor italiano la palabra *coercion* se sustituye por *punishment*.

<sup>179</sup> La traducción es nuestra.

funciones que se le asignan. La historia y la experiencia humana han avalado su eficacia preventivo-general como instrumento al servicio del control y evitación del delito, pues sus fracasos –ciertos y llamativos, como demuestran los índices de criminalidad– no pueden ni deben ensombrecer aquélla. Sabemos que, a pesar de la pena, siguen cometándose delitos. Pero, sin duda alguna, es fácil suponer que se cometerían muchos más, y que devendría imposible la convivencia, hoy por hoy, sin la pena”<sup>180</sup>.

En México no podemos ser tan optimistas. Actualmente la pena sufre un regreso hacia el absolutismo, pues la política criminal pone el énfasis en la prevención general negativa. También se registra un tránsito del sustancialismo al formalismo. Después de que la Escuela Positiva sustituyera a la Escuela Clásica, el optimismo con que se posicionó se fue diluyendo hasta extinguirse en la lapidaria frase “*nothing works*”. Al respecto, Claus Roxin señala:

“El descrédito de la prevención especial se debe, sobre todo, a que la idea de configurar la privación de la libertad como una ejecución resocializadora de pena, hasta ahora no ha tenido ningún éxito destacable. Por todas partes se ve un cuadro similar: falta dinero y, a menudo, también la voluntad de gastarlo en esfuerzos costosos de resocialización”<sup>181</sup>.

Hans von Hentig, en sentido semejante:

“Desde hace ciento cincuenta años la crisis de la nueva pena está ahí. A pesar de algunos experimentos, que nunca se han prolongado lo suficiente para conseguir resultados seguros, a pesar de campos de deportes, escuelas y sala de trabajo, no hemos ido más allá de la custodia mecánica, nunca se han aplicado suficientes esfuerzos humanos ni bastante dinero para experimentar una terapia más seria

---

<sup>180</sup> GARCÍA-PABLOS de Molina, Antonio. *Criminología. Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos*. 5ª ed. Editorial Tirant lo Blanch. España. 2005. pp. 514-515.

<sup>181</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *La Teoría del Delito...* op. cit. pp. 74-75.

y consistente... Para este hijastro ya crecido, nunca hemos tenido, bajo la presión del exceso de población y de la devaluación del ser humano, tanto tiempo y dinero como el que hemos dedicado al cultivo de los animales domésticos y de las plantas útiles”<sup>182</sup>.

En México “no hemos ido más allá de la custodia mecánica”. Efectivamente, aunque el artículo 18 constitucional entronice a rango de derecho humano la reinserción social del delincuente, el acto legislativo refleja un interés acendrado de su artífice por lograr con la pena el fin de la prevención general negativa. Podemos reflexionar que si en estos días la prevención especial positiva ha caído en descrédito por no mostrar resultados significativos, se debe a que la exacerbación de los fines preventivo-generales termina frustrando las posibilidades de la reinserción social.

Expuesto en palabras sencillas: perseguir el fin de la intimidación significa incrementar el uso de la pena de prisión. Incrementar el uso de la pena de prisión significa más presos y por más tiempo. Incrementar el número de presos y la duración de su condena genera sobrepoblación carcelaria. La sobrepoblación carcelaria ocasiona en los centros: falta de espacios para trabajar; falta de espacios para capacitar para el trabajo; menos pupitres disponibles en las aulas de clase; insuficiencia de psicólogos, psiquiatras, médicos, trabajadores sociales, sociólogos, pedagogos, etc.; a mayor desproporción de internos *versus* espacios de talleres, salones de clase, personal técnico y personal de seguridad y custodia, menores probabilidades de prevención especial positiva. Mas esta escasez de probabilidades será en todo caso material, en cuanto que los técnicos penitenciarios no cuentan con las herramientas mínimas necesarias para que su trabajo rinda los frutos calculados por los humanistas del pasado. De esto deducimos que a mayores pretensiones de prevención general menores probabilidades de prevención especial positiva.

---

<sup>182</sup> Cfr. HENTIG, Hans von. *op. cit.* p. 186.

Ahora debemos explicar el significado que en este contexto tiene la frase “*nothing works*”. Autoría de Robert Martinson, esta sentencia nihilista se deriva de su artículo *¿Qué es lo que funciona?* que viera la luz en 1974. Basándose en un informe anterior sobre los resultados de la reforma penitenciaria humanista, caracterizada por la inclusión de programas de readaptación con los cuales se buscó evitar la reincidencia, Martinson concluía que, en efecto, nada funciona para erradicar el delito de la sociedad<sup>183</sup>. Si la meta fuera erradicar el delito de la sociedad, entonces, en efecto, nada funciona. Nosotros consideramos que en realidad no se trata de eliminar el delito tanto como reducir los índices de delincuencia a niveles “tolerables”.

Abramos una digresión. En ciertos contextos sociales altamente conflictivos como el mexicano, el Derecho penal no es suficiente para lograr este propósito. Mientras la política criminal y la política social no se encuentren en el concepto amplio de “política criminológica”, la fidelidad a la norma (prevención general positiva), entendida como cultura de la legalidad, no será posible. Por esta razón, Francisco Muñoz Conde sostiene:

“Dentro del control social, la norma penal, el sistema juridicopenal, ocupa un lugar secundario, puramente confirmador y asegurador de otras instancias mucho más sutiles y eficaces. La norma penal no crea, en efecto, nuevos valores, ni constituye un sistema autónomo de motivación del comportamiento humano en sociedad”<sup>184</sup>.

El Derecho penal es subsidiario de la moral lo mismo que el control social “estatalizado” (intervencionismo) es accesorio del control social privado. Pero en una sociedad altamente conflictiva que no ha construido canales culturales adecuados (no jurisdiccionales) para la solución de diferencias ni desarrollado un espíritu mínimo de solidaridad, el Derecho penal se superpone a la moral y el

---

<sup>183</sup> Vid. ANITUA, Gabriel Ignacio. *op. cit.* p. 475.

<sup>184</sup> Vid. MUÑOZ Conde, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Temis. Col. Monografías Jurídicas. No. 98. Colombia. 2004. p. 26.

control social formal (estatal) se antepone al control social informal (privado).

Frente al escepticismo de Robert Martinson nosotros preferiremos siempre la esperanza de Nils Christie. Con un optimismo realista, el autor de *Una Sensata Cantidad de Delito* apuesta a la reducción simultánea del aparato penal y del índice delictivo:

“En una situación global donde hay continuas presiones dirigidas a la expansión del derecho penal y a la expansión de las poblaciones carcelarias, es claro que el mensaje general debe ser de oposición a este desarrollo. Combatamos las condiciones que facilitan la creación de comportamientos inaceptables, limitemos el tamaño de la maquinaria penal y, particularmente, hagamos nuestro mejor esfuerzo para reducir el volumen de reparto de dolor. En la situación actual, una sensata cantidad sólo puede ser lograda si nos movemos en la dirección opuesta”<sup>185</sup>.

Después de todo, con el optimismo sí podemos modificar el mundo exterior; en cambio el pesimismo se traduce en una derrota anticipada. Es significativo que mientras Martinson se suicidó lanzándose de la ventana de su apartamento, por la tristeza que le produjo alcanzar la celebridad con el “*nothing works*”, Christie sigue siendo uno de los máximos representantes de la criminología escandinava. Fin de la digresión.

La reforma penitenciaria había estado inspirada en el paradigma etiológico resultante de la adopción de la Escuela Positiva (de matriz criminológica) que redirigía la mirada del Derecho penal (enfocado exclusivamente en el delito como fenómeno abstracto) hacia el criminal. La Unión Internacional de Derecho penal (1889), fundada por Fran Von Listz (Berlín), Van Hamel (La Haya) y Prins

---

<sup>185</sup> Vid. CHRISTIE, Nils. *Una Sensata Cantidad de Delito*. Trad. ESPELETA, Celia y IOSA, Juan. Editores del Puerto. Argentina. 2004. p. 158.

(Bruselas)<sup>186</sup>, fue la primera instancia en observar que la crisis de la prisión se debió a su uso desmesurado. Sin embargo, cuando esta agrupación de ilustres penalistas se conformó, se batía ya en retirada la Escuela Clásica y en su lugar vinieron los “tres evangelistas”, quienes con la noción de que el delincuente era un enfermo, la pena la vacuna y la cárcel el hospital, reavivaron el ímpetu por utilizar la prisión, ya no como depósito de maleantes sino como escuela correccional. Por lo tanto, el uso exacerbado del presidio siguió en ascenso.

Conforme el tiempo transcurrió el optimismo se fue diluyendo, reduciéndose cada vez más la importancia de la prevención especial positiva y retomándose los fines preventivo-generales. En Occidente, este “vuelco hacia el absolutismo” explica por qué suele existir hoy día una diafonía entre lo preceptuado por las constituciones nacionales (prevención especial positiva preponderante) y lo prescrito por la ley secundaria (prevención general negativa preponderante).

Las teorías absolutas justifican la pena con la idea de justicia. Porque es justo retribuir bien con bien y mal con mal, la pena tiene en sí misma su justificación. La pena así orientada es justa y por lo tanto es legítima *per se*. No cabe la búsqueda de otros fines fuera de la propia pena, pues ésta se alza como fin en sí misma, en tanto exigencia derivada del valor “justicia”. De allí que se llamen teorías “absolutas”<sup>187</sup>. Así, la pena es autorreferente, pues no es necesario acudir a un sistema ajeno a ésta para encontrar allí su legitimidad. Es un sistema clausurado desde dentro y autopoietico que se define a sí mismo<sup>188</sup>.

Las teorías de la retribución fueron hijas de su tiempo. Cuando salieron a la luz como argumento de legitimación del *ius puniendi*, existía lo que se conoce como “Estado absoluto”. El tránsito registrado en la historia del Estado totalitario al

---

<sup>186</sup> Sobre este tema, *vid.* BERNALDO de Quirós, Constancio. *Lecciones de Derecho Penitenciario*. Textos Universitarios. UNAM. México. 1953. pp. 58 y ss.

<sup>187</sup> *Vid.* SANZ Mulas, Nieves. *Alternativas a la Prisión. Su Viabilidad en las Legislaciones Centroamericanas, Española y Mexicana*. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 2004. p. 59.

<sup>188</sup> *Vid.* LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. 2ª ed. Trad. TORRES Nafarrate, Javier. Herder. España. 2005. p. 69.



Estado de Derecho, primero, y de éste al Estado Constitucional, después, hace que aquellas teorías sean históricas hoy, por lo que cuando se les aplica a la realidad actual se comete un anacronismo, una involución científica y una regresión a regímenes absolutistas.

En los albores de la Modernidad política, con el triunfo del rey frente al clero y los señores feudales en la lucha por el poder, aquél concentró todas las funciones que antaño estaban “privatizadas”, al tiempo que desplazó a la Iglesia del centro de las decisiones reduciendo su campo de acción a los asuntos espirituales. A la “doctrina de las dos espadas”, autoría del Papa Gelasio I, se le respondió con la “teoría del contrato social”, elucubrada por Hobbes.

En esta época el debate acerca de la frontera entre las jurisdicciones del papa y del rey fue muy enconado. El clero afirmó que la Iglesia había sido fundada por Pedro según el designio de Jesucristo. Si el papa (como sucesor de Pedro y vicario de Cristo) tenía potestad para juzgar a los hombres por sus pecados, cualquier violación a la ley humana podía entonces caer dentro de sus dominios. Si la Iglesia tenía territorio y poder allí donde residiera un feligrés, su imperio se extendía por todo el reino, causando un conflicto competencial con la autoridad terrenal.

Al rey correspondía, según la doctrina cristiana, el despacho de los asuntos temporales; mientras que al papa la atención de los asuntos espirituales. En esta lucha por el poder, ambos bandos amagaron con armas propias de su oficio. La Iglesia esgrimió la excomunión y el interdicto; el rey amedrentó con la fuerza física. Aquella doctrina cristiana de las dos espadas, una para el rey y otra para el representante terrenal de Dios, terminaba por virar a favor de la concentración de ambos fueros en la persona del segundo. Por eso el constructo del contrato social fue tan útil en su tiempo: secularizó el poder, permitió que el rey ya no lo compartiera con sus enemigos (la Iglesia incluida) y por consecuencia lo concentró en unas solas manos. Esta concentración del poder originó el nacimiento del

“Estado Moderno”<sup>189</sup>.

El acaparamiento de todo el poder, antes disperso, en una sola persona, dio lugar al absolutismo, con las ventajas que en ese contexto histórico representó y los inconvenientes que relucieron con el tiempo. El rey hizo la ley y no estuvo sujeto a sus disposiciones, de tal suerte que el poder se ejerció sin límites éticos ni jurídicos precisos.

El absolutismo (entendido como concentración del poder) devino en tiranismo (entendido como ejercicio abusivo del poder), lo que demostró la necesidad de someter al rey al imperio de la ley. Pero colocar la ley por encima del monarca implicaba cambiar el paradigma según el cual la soberanía se deposita en la persona del rey. Reubicándola en la ley, él se convertiría en súbdito de ésta, de tal suerte que la fórmula: “El rey hace la ley”, se invierte: “La ley hace al rey”<sup>190</sup>.

El Estado de Derecho (estado intermedio) rindió culto a la letra promulgada, pagando el precio del formalismo jurídico basado en la pureza metodológica que, tomada de Kant, Kelsen llevó a la ciencia del Derecho para dotarla de un objeto de estudio propio, perfectamente delimitado respecto del objeto de estudio de la Moral. El propio jurista, sobre su teoría pura del derecho, explica: “Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica”<sup>191</sup>.

Este iuspositivismo permitió, en efecto, secularizar el objeto jurídico, a cambio de sustituir el concepto “justicia” por las exigencias formalistas de “vigencia” y “validez” de la norma. Ésta sería válida sí y sólo sí: (1) hubiera sido dada por la autoridad competente a la luz del sistema jurídico; y (2) hubiera sido

---

<sup>189</sup> Sobre este tema, *vid.* SABINE, George H. *op. cit.* pp. 167 y ss.

<sup>190</sup> “...no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*”. *Cfr.* ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. 2ª ed. Trad. GASCÓN, Marina. Trotta. España. 2005. p. 21.

<sup>191</sup> *Cfr.* KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 12ª ed. Trad. VERNENGO, Roberto J. Porrúa. México. 2002. p. 15.

dada conforme a los cánones que para la producción legislativa establecía el propio sistema jurídico. El contenido axiológico de la norma no incumbía al Derecho, sino a la Moral. En todo caso, sería materia de la política legislativa, no de la ciencia jurídica.

La Escuela Exegética marcó el método interpretativo de las normas jurídicas. Contradictoriamente, representó la prohibición de interpretar y la ciencia del Derecho se limitó a venerar la letra promulgada. Al respecto, Julien Bonnecase dice:

“El método exegético tiene como carácter maniatar la exposición y la elaboración de la ciencia del derecho, ya no solamente al botolón del Código, sino también al orden mismo de sus disposiciones en todo lo que hay de más riguroso. La justicia tiene así, para su (sic) explicaciones, un marco y un orden predeterminados: los libros, los títulos, los capítulos, las secciones del Código Civil y, en el interior de las secciones, el orden mismo de los artículos que integran su materia. La obra redactada de acuerdo con este método, será un comentario y se reducirá en el fondo a un análisis del contenido de los diversos artículos del Código Civil”<sup>192</sup>.

Esta concepción del Derecho convirtió al científico en glosador, al tratadista en comentarista; la crítica en apología y al juez en autómatas. Alf Ross lo dice mejor: (para este método) “El derecho es la ley; el jurista, un geómetra; la sentencia, un silogismo”<sup>193</sup>.

Sin la existencia de crítica científica ni de democracia crítica, el aforismo *lex dura sed lex* propició también, aunque en menor medida, el ejercicio abusivo del

---

<sup>192</sup> Cfr. BONNECASE, Julien. *Introducción al Estudio del Derecho*. 2ª ed. Trad. GUERRERO, Jorge. Temis. Colombia. 2000. p. 138.

<sup>193</sup> Cfr. ROSS, Alf. *Teoría de las Fuentes del Derecho. Una Contribución a la Teoría del Derecho Positivo sobre la Base de Investigaciones Histórico-Dogmáticas*. Trad. MUÑOZ DE BAENA SIMÓN, José Luis y otros. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Col. El Derecho y la Justicia. España. 1999. p. 97.

poder<sup>194</sup>. Los sucesos de infausta memoria que caracterizaron a la Segunda Guerra Mundial representaron un momento límite en que la humanidad se vio obligada a abandonar el optimismo patrocinado por la idea de *progreso* y exacerbado por el *Sueño Americano*. La ocasión se prestó para hacer un juicio de conciencia acerca de lo que “humanismo” significaba, pues esta palabra, alguna vez empleada para referir la nobleza del género, ahora se escuchaba como un disparo, olía como a piel quemada y lucía como un ejército de esqueletos agonizantes en el cadalso del genocidio. El existencialismo filosófico surgió como resultado de este desencanto del hombre por el hombre, prefiriendo hundir la mirada en la oscura ciencia del *ser* con tal de no ver lo que la criatura más encumbrada de la escala evolutiva había hecho a sus semejantes.

Al término del segundo conflicto mundial resurgió la Organización de las Naciones Unidas. Con la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al iuspositivismo radical, del que se valió el *Führer* para implementar un régimen totalitario, se le superpuso una escala más alta de referencia obligada que marcó el regreso del Derecho natural. Filósofos que habían sido fervientes defensores del positivismo jurídico, indignados por las consecuencias del *dura lex sed lex* hitleriano, se agolparon redimidos en la fuente natural para de ésta abreviar las indulgencias. El famoso “giro de Radbruch” da cuenta de esta ceremonia de conversión en la que junto con él muchos otros aceptaron, reverentes, los sacramentos del naturalismo antaño vituperado<sup>195</sup>.

Antes de este vuelco epistemológico la pena se justificó *quia prohibitum* y no *quia peccatum*<sup>196</sup>. Lo que quiere decir que el único criterio para justificar la sanción era que la conducta cometida estuviera prevista como delito en la ley, y no que esa conducta fuera, además, injusta en sí misma.

---

<sup>194</sup> Sobre este aforismo, *vid.* AFTALIÓN, Enrique R., VILANOVA, José y RAFFO, Julio. *Introducción al Derecho*. 4ª ed. Editorial Abeledo-Perrot. Argentina. 2004. pp. 753 y ss.

<sup>195</sup> Sobre el “giro de Radbruch”, *vid.* WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Derecho Material*. Trad. GONZÁLEZ Vicen, Felipe. Editorial B de F. Argentina. 2005. p. 296.

<sup>196</sup> *Vid.* FERRAJOLI, Luigi. *Derecho... op. cit.* pp. 327 y ss.

El tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional no se dio de inmediato. Reticencias de cubil y discursos nostálgicos de púlpito ultraconservador hicieron de este viaje un recorrido en penumbras a vuelta de rueda que, en el ocaso del siglo XX, terminó clareando con la promesa de un nuevo amanecer que permitía dar la vuelta a la página y comenzar a escribir en la hoja blanca de un milenio nuevo.

La constitución de nuevo cuño tiene una parte iusnaturalista de *lege ferenda* y otra iuspositivista pero limitada por la primera. Aquella es la base ética de lo que ésta es norma programática. Las instituciones se cimientan en la superficie de los derechos humanos, se crean para su protección (obligaciones de dar y de hacer) y se limitan por su dimensión (obligación de no hacer).

En el Estado Constitucional, para tener a una norma como perteneciente al sistema, no bastan los requisitos formales de vigencia y validez. Se exige, además, un juicio de valor sobre la norma misma con la cual realizar el juicio de valor en el caso concreto. En efecto, mientras que en el Estado de Derecho el asunto particular se ponía a contraluz con el contenido de la norma para resolverlo, en el Estado Constitucional, antes de dilucidar la adecuación del hecho a la norma, es necesario que el operador haga un juicio de valor acerca del contenido de ésta. Y tal comparación previa se realiza colocando a la norma secundaria frente a la norma constitucional de la cual brota y a la cual se debe. Así, el concepto de validez, antes unidimensional y referente a la observancia de los cánones legislativos, se desdobra en criterios de forma y de fondo.

Mientras que en el Estado absoluto el Derecho es un instrumento al servicio del rey, ya para conservar el poder, ya para incrementarlo; mientras que en el Estado de Derecho el Derecho es un instrumento lo mismo para proteger al ciudadano que para fustigarlo, en el Estado Constitucional el Derecho abandona

su naturaleza ambivalente para proyectarse en lo sucesivo únicamente como escudo protector de la ciudadanía.

La conquista que con sangre se escribió y el camino que con cadenas se recorrió para transitar del Estado absoluto al Estado Constitucional, convirtieron la bayoneta en escudo y lo cambió de manos. En este sentido, Rubén Sánchez Gil:

“De ser un simple instrumento del poder, el derecho pasó a ser una garantía contra el abuso de su ejercicio, con grados diversos de sujeción para la actividad estatal. Así hemos ido del Estado despótico al llamado Estado de Derecho, y de éste al actual Estado *constitucional democrático*...”<sup>197</sup>.

En el Estado Constitucional no basta responder a la pregunta “¿por qué castigar?”; por el contrario, la legitimación del poder de castigar se obtiene sobre todo de la respuesta que se dé a las interrogantes: “¿para qué castigar?” y “¿cuánto castigar?”. ¿Por qué castigar? se puede responder sacando del baúl de la Modernidad la trasnochada tesis del contrato social. Pero los problemas de “¿para qué castigar?” y “¿cuánto castigar?” son temas que abandonan la arena política para introducirse en el campo amplio de los derechos fundamentales.

Legitimar el uso del poder de castigar respondiendo a las interrogantes de fondo: “¿para qué?” y “¿cuánto?” es, precisamente, Estado Constitucional. En efecto, en el Estado de Derecho la validez (legitimación) se buscaba en la forma, (de allí que fuera formalismo jurídico), mientras que en el Estado Constitucional validez es fondo.

“¿Por qué?” es una pregunta cuya respuesta puede variar según el contexto histórico en que se formule; pero “¿para qué?” depende del paradigma que se encuentre vigente. A esto se refirió Carlos Tornero Díaz, cuando expuso: “Yo le

---

<sup>197</sup> Cfr. SÁNCHEZ Gil, Rubén. *El Principio de Proporcionalidad*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2007. p. 16.

dije a Juan Pablo de Tavira: Ya escribiste el libro *¿Por qué Almoloya?*<sup>198</sup>; ahora te falta escribir un segundo tomo, que se llame: *¿Para qué Almoloya?*<sup>199</sup>.

Si en el Leviatán de Hobbes el Estado se erigió para proteger a los individuos del ataque de otros, rescatándolos del estado de naturaleza caracterizado por la guerra de todos contra todos, en el Estado Constitucional el Derecho existe también para proteger a los ciudadanos de los embates estatales. El Estado protege al ciudadano y el Derecho protege del Estado al ciudadano. Pero eso no es todo; los derechos humanos de última generación imponen al Estado una obligación de dar, colocándolo en una situación activa en la que éste es para que aquellos sean.

El pacto hobbesiano reza como sigue: “Autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferireis a él vuestro derecho, y autorizareis todos sus actos de la misma manera”<sup>200</sup>.

Una vez abandonado el Estado absoluto las teorías absolutas de la pena son inaceptables. Aún en el Estado intermedio asoma su faz la noción de la prevención general tanto positiva como negativa. La prevención general positiva, entendida como el fin que se busca con la pena, consistente en ratificar la fidelidad por el Derecho, es tanto como decir que la ley debe cumplirse por ser la ley. Así, la prevención general positiva se descubre como la motivación a la fidelidad; la prevención general negativa, entendida como la intimidación punitiva, tiene en su esencia la misma finalidad: buscar la ratificación de la fidelidad del ciudadano por el Derecho, sólo que en su sentido opuesto, es decir, intimidando para

---

<sup>198</sup> Vid. TAVIRA, Juan Pablo de. *¿Por qué Almoloya?* Editorial Diana. México. 1984. *passim*.

<sup>199</sup> TORNERO Díaz, Carlos. 2004. *La idea de “Sistema” en el Penitenciarismo Federal*. Primer Foro de Consulta Nacional sobre Materias de Seguridad y Justicia. Hermosillo, Sonora. México.

<sup>200</sup> Cfr. THOMAS HOBBS. *Leviatán. O la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*. 2ª ed. Trad. SÁNCHEZ Sarto, Manuel. Fondo de Cultura Económica. México. 1980. Parte II. Capítulo XVII. p. 141.

contramotivar la infidelidad, obteniéndose en consecuencia la fidelidad como síntesis.

Aun cuando ratificar la fidelidad ante la ley por la ley misma (sin hacer otras consideraciones en cuanto al contenido axiológico de ésta) sea uno de sus propósitos, la prevención general busca ya algo más que sólo castigar. Busca fomentar en los ciudadanos *erga omnes* la observancia de la ley (prevención positiva), al mismo tiempo que intimidar a quien delibera romperla para que se desista por temor (prevención negativa). De allí que otra acepción de la frase “Estado de Derecho” se refiera a la situación en donde la generalidad de los individuos ciñen su comportamiento a la norma sin necesidad de coacción física. Esta otra acepción alude a una realidad en que la fidelidad a la ley se vive día con día, aunque todavía sin hacer juicios de valor sobre la norma misma.

Responder a la pregunta “¿por qué castigar?” diciendo: “porque se ha delinquido”, es *dura lex sed lex*. En el Estado Constitucional esta tentativa de respuesta no legitima al poder de castigar porque no dice qué contenido axiológico mínimo debe contener el tipo penal cuya infracción se reprocha. Lo que es igual a decir: “El delito es delito porque así lo dice la ley”. Tampoco resuelve los problemas de “¿cómo castigar?” y “¿cuánto castigar?”, que en el lenguaje formal del Derecho penal se conocen como *quid* y *quantum* de la pena.

Las variantes de la pena: *quid* y *quantum*, son resultantes del acto legislativo, que debe estar orientado por principios constitucionales tales como: *nulla poena sine crimine*; *nullum crimen sine lege*; *nulla lex (poenalis) sin necessitate*; *nulla necessitas sine injuria*<sup>201</sup>; intrascendencia, humanidad, proporcionalidad mínima, prohibición de la doble punición, culpabilidad o de exclusión de la imputación por la mera causación del resultado y de exigibilidad<sup>202</sup>.

---

<sup>201</sup> Vid. FERRAJOLI, Luigi. Derecho... *op. cit.* p. 93.

<sup>202</sup> Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Porrúa. México. 2001. pp. 119-135.



Recordemos que el mayor mérito de las teorías absolutas fue establecer una exigencia de proporción entre delito y pena. A esto se refirieron George Rusche y Otto Kirchheimer, cuando dijeron:

“La idea de proporcionalidad se concretó en el reconocimiento legal de la graduación de la pena según la gravedad del delito, lo cual se convirtió en el más poderoso de los argumentos en la lucha contra el uso demasiado frecuente de la pena de muerte”<sup>203</sup>.

Cesare Beccaria criticó la práctica de ejecutar la pena capital en la plaza pública para el entretenimiento del pueblo y festín de los cuervos. En el tránsito de la Baja Edad Media a la Modernidad las teorías retributivas contribuyeron a la lenta moderación de los suplicios. El autor de *Dei Delitti e Delle Pene* y Voltaire defendieron la necesidad de hacer una diferenciación entre hurto y hurto sin violencia con la cual propiciar el inicio de una dosimetría punitiva<sup>204</sup>. Dejaron sentadas las bases sobre las cuales edificar un principio de proporcionalidad factible, que sin embargo en nuestros días no ha podido consolidarse, sobre todo en el caso mexicano.

Por lo que concierne al sistema jurídico mexicano, debemos concluir que éste no justifica la imposición de la pena a la manera racional como lo hacen las teorías absolutas. En efecto, los artículos 18 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en lo sucesivo CPEUM) cierran filas a las ideas de retribuir por retribuir, retribuir para el sólo restablecimiento de la norma vulnerada, o para cumplir “puramente” con el deber “justicia”. El artículo 18 ordena que el sistema penitenciario se organice para la reinserción social del condenado; objetivo que nada tiene que ver con la reparación de la norma vulnerada, con su reconfirmación en el sentido de negación de la negación, o con el cumplimiento ético del valor justicia. Ordena que la pena tenga un fin también para el penado, y no sólo para la “justicia” como receptora de agravios y de enmiendas; tampoco la

---

<sup>203</sup> Cfr. RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto. *op cit.* p. 90.

<sup>204</sup> Cfr. RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto. *op cit.* pp. 90-91.

sanción ha de tener un objetivo meramente reparador frente a la norma supuestamente vituperada primero y desagraviada después.

Por su parte, el artículo 22 de la CPEUM impone al Estado varios límites en el ejercicio del *ius puniendi*. Todo lo que vaya más allá de la línea que el Constituyente marcó en el precepto invocado será ilegítimo por excesivo. Prohíbe, por ejemplo, la imposición de penas crueles, inhumanas, trascendentales e inusitadas; impide la absorción de todo el patrimonio del sancionado (a través de la confiscación de bienes) o la afectación gravosa del patrimonio de éste (multa excesiva). Prevé hoy día la obligación a cargo del Estado de imponer penas proporcionales al delito cometido. De modo que el artículo 22 significa una inmunización del gobernado contra los ataques virulentos que el Estado, en retorsión del *ius puniendi*, pudiera dirigir contra los particulares so pretexto de la gravedad del hecho específico o de la ocasión social. Y este límite, propio de un sistema jurídico liberal puede, en determinados casos, sacrificar la proporcionalidad de la reacción social frente la acción individual, léase imposibilitar la “justa” correspondencia entre conducta gravísima y castigo, en el sentido de obligar al Estado a quedarse corto en el ímpetu de su respuesta al delito, con tal de no pagar el costo de soltarle las amarras y permitirle, bajo el argumento de la atrocidad del crimen, cometer uno de igual bajeza.

Así las cosas, el artículo 18 otorga a la pena privativa de libertad un sentido utilitario y humano, al ordenar que ésta reporte un bien para el preso. Mientras que el artículo 22 ordena proporcionar el mal a hacer con base en el mal hecho, para evitarle al malhechor sufrimientos que estén implícita y éticamente negados en el Derecho penal, encontrándose esa negación ni más ni menos que en la pena misma. En una frase, el artículo 18 obliga al Estado a salir del formalismo para adentrarse en el humanismo, mientras que el 22 le prohíbe combatir el crimen convirtiéndose en criminal.

En consecuencia, si el artículo 22 limita la “co-rresponsabilidad” entre el mal hecho y el mal a hacer a favor de la ecuanimidad, parece claro que la justicia, entendida como lo “justo”, es decir, lo exacto, lo que calza a la medida, lo que no es grande ni chico, aquello que no se pasa ni se queda corto frente a una cosa, se sacrifica en aras de la humanidad del Derecho penal, entendida ésta como templanza, moderación, parsimonia, prudencia y respeto al prójimo. Por ello ni el tuerto por su propia mano ni el Estado en su representación pueden ya extirparle el ojo al victimario. Aun ante la imposibilidad de tasar daños con años se ha preferido dejarle el ojo al heridor y quitarle tiempo de libertad. Por el reverso: el valor “justicia” encuentra en el artículo 22 un valladar, desde el momento en que éste jerarquiza por encima de aquel al valor “piedad”. Así, los partidarios de la retribución simple o de la retribución por la mera retribución, lo mismo que los de la retribución para la consecución del valor justicia, encontrarían en la inmunización constitucional un defecto de diseño normativo y una conspiración contra la tarea cuasi mística de reordenar, *ex post delictum*, esa tal “armonía cósmica” presuntamente quebrantada por el disidente.

## **b. Teorías Relativas**

*Penitur ne peccetur.*

El principio de la prevención general parece reclamar su estirpe al contenido utilitario del pensamiento iluminista de fines del siglo XVIII. El castigo aplicado a uno evita que otros delincan. La sanción sirve como ejemplo. El resto de los súbditos de la ley comprende el mensaje porque el ser humano puede aprender en cabeza ajena. El Estado intimida al grupo mostrando el sufrimiento que le provoca a uno de sus miembros. El espectador, salvo que se trate de un facineroso, se abstendrá de cometer delitos al no querer correr con la misma suerte.

La prevención del delito así considerada se obtiene de la intimidación ejemplar. También porque la pena puede producir en quien la sufre el efecto

accesorio del arrepentimiento. El Estado no dirige su punición a conseguir la enmienda del condenado pero reconoce que, adicionalmente, tal regeneración puede suceder.

El fin utilitario de la sanción se obtiene de la ejemplaridad. No sólo se castiga por que se deba castigar; también porque disuade al resto de los hombres. La perspectiva filosófica que adopta el soberano es la *defensa social*. Se trata de conservar la tranquilidad de los habitantes y preservar los intereses del Estado, lo que no guarda relación con la necesidad de expiar pecados.

Dentro de esta gran familia de teorías descuella la denominada “constreñimiento psicológico”, autoría del padre de la política criminal, Anselm Von Feuerbach<sup>205</sup>. En su *Tratado*, el autor alemán afirma que la coacción física no es suficiente para evitar el delito y para repararlo. Fundamenta su afirmación en el hecho de que en los delitos irreparables el Estado no puede evitar su comisión ni conseguir la reposición del bien jurídico. La prevención del delito sólo es posible, sostiene el autor, a través de otro tipo de coacción, llamada precisamente “coacción psicológica”<sup>206</sup>.

Al respecto, Sergio Moccia sostiene: “...a la pena se le confiaba la función de detener, mediante la amenaza, antes de la comisión del delito, y la inflexible aplicación luego, a la generalidad de los consocios para que no cometieran delitos”<sup>207</sup>.

Para Wolfgang Naucke, Feuerbach abandona la idea kantiana de que la pena no puede pretender fines utilitarios para otro ser humano. Afirma que con la

---

<sup>205</sup> Vid. FEUERBACH, Anselm Von. *op. cit.* pp. 59.

<sup>206</sup> Vid. FEUERBACH, Anselm Von. *op. cit.* p. 60.

<sup>207</sup> MOCCIA, Sergio. *El Derecho Penal entre Ser y Valor. Función de la Pena y Sistemática Teleológica*. Trad. BONANNO, Antonio. Editorial B de F. Col. Maestros del Derecho Penal. Argentina. 2003. p. 39.

amenaza de pena no se ofende a nadie: "...no deshonra al individuo ni lo rebaja a medio para finalidades de terceros, pues la sola previsión legal no denigra"<sup>208</sup>.

Con este argumento Feuerbach desmiente lo dicho tanto por Kant como por Hegel en el sentido más o menos parecido de que los fines utilitarios de la pena denigran al individuo, ya porque no se le puede reducir a carácter de medio para fin alguno, ya porque pretender amedrentar, reducir o corregir a un hombre sería tratarlo como bestia indómita.

El mérito de esta teoría es trascendente. Feuerbach refundó la dogmática penal alemana con varios pilares. Uno de éstos consistió en haber concebido al Derecho penal no sólo como un instrumento que institucionaliza la reacción social, agotando sus fines en la reparación de la vulneración jurídica; además como un instrumento que permite la prevención, como medio "positivo" para conservar la cohesión social y la fidelidad a la norma. Si prevenir antes que reprimir es tarea posible, entonces la política criminal debe orientarse hacia ese cometido de manera preponderante.

El problema de la teoría de la coacción psicológica es que, con el afán de lograr el desistimiento a través de la intimidación, la retribución puede incrementarse ilimitadamente. Así lo expresa Adolf Merkel:

"El que quisiera determinar, supongamos, la medida de la pena, según el sentido de la teoría de la intimidación de *FEUERBACH*, exclusivamente en atención a las condiciones mediante las cuales la propensión o estímulo a cometer delitos hubiese de encontrar un contrapeso suficientemente poderoso en el alma de los hombres sensibles a tal estímulo, ese tal no tendría más remedio que llegar a peticiones inadmisibles. En efecto, tendría que pedir, en primer término, una dureza grande en las amenazas penales, porque el

---

<sup>208</sup> Cfr. NAUCKE, Wolfgang y otros. *Principales Problemas de la Prevención General*. Trad. ABOSO, Gustavo Eduardo y LÖW, Tea. Editorial B de F. Argentina. 2004. pp. 24-26.

contrapeso psicológico de estas amenazas se reduce siempre de una manera muy especial, por efecto de la esperanza de poder sustraerse de su aplicación; y en segundo término, tendría que pedir también unas amenazas penales especialmente severas justamente para ciertos delitos minúsculos...<sup>209</sup>.

Por cuanto compete al tema de la coacción psicológica, cabe mencionar que Estados Unidos de América, digno de elogio en tantas cosas, es sin embargo ejemplo de aquello que no se debe hacer cuando de política criminal se trata. Con un afán retributivo abiertamente aceptado, su sistema penal se orienta a la intimidación de los intimidables, castigo de los castigables y eliminación de los definitivamente indeseables. En junio de 2002 los medios de comunicación anunciaron con gran entusiasmo que el sistema penitenciario había recibido al preso número 2 millones. En 2003 se sumaron otros 100 mil. Adicionalmente, para ese último año, hubo 4 millones 500 mil personas bajo *probation* y libertad condicional<sup>210</sup>. David Garland describe este problema desde un enfoque sociológico:

*“In a nation where 13% of the population is black 11% Hispanic, the ethnic composition of the prison population is two-thirds minority. 1 out of every 3 young black men aged 20-29 is currently in prison, in jail, on probation or on parole”<sup>211</sup>.*

(En una nación donde el 13 por ciento de la población es negra y el 11 por ciento es hispana, las dos terceras partes de su población penitenciaria pertenece a esas minorías. 1 de cada 3 negros de entre 20 y 29 años está en prisión, bajo arresto, o en libertad a prueba o bajo palabra)<sup>212</sup>.

---

<sup>209</sup> Cfr. MERKEL, Adolf. *Derecho Penal. Parte General*. Trad. DORADO Montero, Pedro. Editorial B de F. Col. Maestros del Derecho Penal. No. 13. Argentina. 2004. pp. 200-201.

<sup>210</sup> Cfr. CHRISTIE, Nils. *op. cit.* pp. 171-172.

<sup>211</sup> Cfr. GARLAND, David. *Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences*. Sage Pubns. United States of America. 2001. p. 12.

<sup>212</sup> La traducción es nuestra.

El sistema punitivo estadounidense es claramente racista; el mexicano, clasista. La mayor parte de la población penitenciaria mexicana está recluida por robo, cometido por gente pobre.

Richard Nixon anunció, en 1973, un programa agresivo con el cual revertir el crimen que se había salido de toda proporción. En ese entonces EEUU contaba 200 mil presos. Su presidente habló en televisión abierta, para informar que su administración construiría suficientes prisiones como para albergar 1 millón de presos adicionales<sup>213</sup>.

Si coacción psicológica es intimidación y la necesidad de intimidación variara según la asiduidad de la conducta y no conforme a la gravedad del delito, la amenaza penal se incrementaría al ritmo de la estadística delictiva. Pero esto conllevaría el desaguizado de prever penas mayores para delitos menores. Efectivamente, si en un lugar y tiempo determinados el delito de mayor incidencia fuera el robo, esta ruta de pensamiento justificaría que el latrocinio se penara más que el homicidio, al ser aquel un delito con mayor incidencia que éste. Tal contratiempo se resuelve si al fin “intimidación” se le contrapone el peso de la gravedad del delito y del grado de culpabilidad del agente. Así por ejemplo, con la noción de “culpabilidad” se tiene que el hecho de que muchos robos se cometan no se le puede reprochar al ladrón pillado, son pena de aplicar una sanción trascendental.

En la ideología relativista cabe la concepción de “regeneración”, “resocialización”, “readaptación social”, “repersonalización”; pero no como las legislaciones modernas la prescriben. Es una consecuencia accesoria, aleatoria; un epifenómeno que la pena puede o no producir por sí sola, sin intervención de técnicos penitenciarios que traten de educar o reeducar al preso. La conquista de este resultado añadido a la pena está supeditada al ánimo, a la resistencia psíquica, al grado de contaminación criminógena, al fuero interno de quien la

---

<sup>213</sup> Vid. MAUER, MARC. En el prólogo de: GARLAND, David. *Mass Imprisonment... op. cit.* p. 4.

sufre. Así tenemos el tipo de regeneración que Francesco Carrara denomina “enmienda objetiva”, explicada como la abstinencia del penado a reincidir, no por motivo de una redención espiritual, simplemente porque, basado en su propia experiencia, no desea volver a sufrir el yugo de la pena<sup>214</sup>.

Esto es lo que hoy se conoce como “intimidación carcelaria”, contrario a lo que sucede con la enmienda subjetiva, cuya tónica es la redención espiritual, el arrepentimiento, la decisión interna de quien se aleja por convicción del mal camino para obrar en lo sucesivo conforme a las normas, porque ha entendido el contenido ético-negativo de su modo de actuar, a partir de una nueva y adecuada introyección de normas y valores. Estamos entonces ante la germinación de lo que hoy se conoce como *readaptación social o reinserción social*, sólo que ésta, en la actualidad, no es únicamente cualidad aleatoria, añadida, incierta, probable y accesoria de la pena.

Según las teorías relativas, la pena es un medio con el cual lograr algo, sea la conservación del pacto social (Rousseau), la prevención general (Feuerbach) o la prevención especial (Grolman)<sup>215</sup>. Es, en una palabra, finalista.

Las teorías relativas se distinguen de las absolutas en que mientras éstas justifican el castigo en la sola noción de justicia, aquellas buscan a un mismo tiempo la reparación del Derecho y la prevención general negativa, a través de la ejemplaridad. Dicho de otra manera: castigar al malhechor y desmotivar a los demás advirtiéndoles lo que les puede suceder en caso de decidir violar la norma penal.

Finalmente diremos que si esta familia de teorías funda la necesidad del castigo en evitar que otros delincan, propicia el problema de permitir la graduación legislativa de la penalidad en función de la ejemplaridad. Si con el afán de

---

<sup>214</sup> Vid. CARRARA, Francesco. *Derecho Penal*. Obra compilada y editada. Trad. s.n. Editorial Pedagógica Iberoamericana. Col. Clásicos del Derecho. México. 1995. p. 70.

<sup>215</sup> Vid. RODRÍGUEZ Manzanera, Luis. *Penología... op. cit.* 1998. p. 70.



intimidar al resto de los consocios se eleva la penalidad abstracta y se individualiza (judicialmente) buscando que los demás aprendan “en cabeza ajena”, se dará pie a la violación de principios rectores del Derecho penal garantista, tales como: culpabilidad, proporcionalidad e intrascendencia. En esta testirua, Günther Jakobs sostiene:

“Cuando el delincuente no es responsable de la tendencia delictiva de los demás... cualquier medida de pena que es amenazada, impuesta y ejecutada viola el derecho del autor a ser penado únicamente de acuerdo con la medida de su responsabilidad: de lo contrario, se tratará de una pena *con ocasión* de la culpabilidad del autor por algo de lo que no es culpable, es decir, de la punición, en esta medida, de un inocente, que es tratado como una cosa usada para alcanzar un fin”<sup>216</sup>.

### **c. Teorías Mixtas**

*Punitur quia peccatum est ne peccatur.*

Manuel de Rivacoba y Rivacoba: “Para estas teorías, la pena mira a la vez hacia el pasado y hacia el porvenir, retribuyendo el delito ya perpetrado y previniendo al propio tiempo la realización de otros nuevos”<sup>217</sup>.

Estas dos dimensiones: pasado y futuro, encuentran su punto de intersección en el presente. Y si la pena se legitima en la medida en que con ésta se pretenda, además de reprimir, prevenir, entonces nos resultará claro que el principio de proporcionalidad debe atemperar tanto la represión como la prevención. Es decir, evitar que por el afán de castigar al delincuente se le aplique una pena excesiva; y que por prevenir su reincidencia se le segregue demasiado

---

<sup>216</sup> Cfr. JAKOBS, Günther, POLAINO Navarrete, Miguel y LÓPEZ Betancourt, Eduardo. *Función de la Pena Estatal y Evolución Dogmática Post-Finalista. (Estudios de Derecho Penal Funcionalista)*. Trad. POLAINO-ORTS, Miguel. Porrúa. México. 2006. p. 47.

<sup>217</sup> Cfr. RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel de. *op. cit.* p. 18.

tiempo. Nils Jareborg comparte la idea de un principio de proporcionalidad con doble dimensión:

*“...there are two different proportionality principles: one retrospective and one prospective. The first concerns the relation between the penal value of some conduct and the severity of the penalty. The principal is breached if the penalty is too severe or too lenient. The other concerns the relation between means and goal. The principal is breached if the means are excessively burdensome, intrusive or otherwise costly, given the significance of the interest we have in achieving the goal”<sup>218</sup>.*

(Existen dos principios de proporcionalidad diferentes: uno retrospectivo y otro prospectivo. El primero se refiere a la relación entre la relevancia penal de cierta conducta y la intensidad de la pena. Este principio se rompe si la pena es muy dura o muy blanda. El otro se refiere a la relación entre medios y fin. Este principio se rompe si los medios son demasiado drásticos, intrusivos u onerosos, dada la importancia que le damos al logro del fin)<sup>219</sup>.

No obstante, aquí pueden caber tanto la prevención especial positiva como la prevención especial negativa. La primera busca la enmienda subjetiva del preso; la segunda se agota con su segregación social. La tesis de la corrección como fin de la pena y de la corregibilidad del hombre en cuanto espíritu, hunde sus raíces en la antigua noción de *poena medicinalis*, derivada del derecho canónico<sup>220</sup>. No podía ser de otra manera, pues la doctrina de los Padres de la

---

<sup>218</sup> Cfr. JAREBORG, Nils. “*Criminalization as Last Resort. (Ultima Ratio)*”. En: *Ohio State Journal of Criminal Law*. V. II. 2005. p. 532.

<sup>219</sup> La traducción es nuestra.

<sup>220</sup> Vid. RIVERA Beiras, Iñaki. ““La Política Criminal de las Escuelas del Pensamiento Criminológico. Intentos Integradores y “Lucha de Escuelas””. En: VVAA. RIVERA Beiras, Iñaki. *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas*. Editorial Anthropos. Col. Autores, Textos y Temas Ciencias Sociales. España. 2005. p. 57.

Iglesia, consolidada a partir del siglo III de nuestra Era, concibió al hombre como un ser que, creado a imagen y semejanza de Dios, posee libre albedrío para elegir entre el bien y el mal, de allí las dualidades: santo/pecador, pecado/arrepentimiento, cielo/ infierno.

Manuel de Lardizábal y Uribe encuentra en la pena los fines siguientes:

“La corrección del delincuente para hacerlo mejor, si puede ser, y para que no vuelva a perjudicar a la sociedad: el escarmiento y ejemplo para que los que no han pecado se abstengan de hacerlo: la seguridad de las personas y de los bienes de los ciudadanos: el resarcimiento o reparación del perjuicio causado al orden social o a los particulares”<sup>221</sup>.

Ya decíamos que las tres teorías o grupos de teorías presentan la realidad de forma fraccionada, en virtud de que la pena (de prisión) es a un mismo tiempo: (1) retributiva en cuanto aflige; (2) puede por sí sola corregir subjetiva u objetivamente por el hecho irrefutable de que el hombre aprende basándose en sufrimientos; (3) evita la reincidencia en cuanto implica privación de libertad; (4) puede cumplir efectos disuasivos hacia el resto de los súbditos por el hecho también innegable de que el hombre, aunque en menos veces, aprende del dolor ajeno.

De esta forma los tres grupos de teorías se complementan como piezas que al ser embonadas muestran el horizonte que encierran, en la medida en que el armador une los fragmentos de la verdad, movido por su afán de conocer el paisaje hasta entonces vedado. Con este símil la complementación de las tres vertientes teóricas puede representarse de la siguiente manera: (1) retribuir por el mal cometido (absolutista); (2) retribuir al delincuente para enseñar con el ejemplo

---

<sup>221</sup> Cfr. LARDIZÁBAL y Uribe, Manuel de. *Discurso sobre las Penas*. Prol. PIÑA y Palacios, Javier. Porrúa. México. 2005. Edición facsimilar de la primera edición publicada en Madrid, España, en 1782. p. 37.

al resto de los habitantes (relativista); y (3) retribuir y tratar de corregir al delincuente (mixta).

Por lo que concierne a la influencia que las teorías mixtas han ejercido en el legislador, debemos distinguir dos momentos. La idea de “readaptar” al delincuente campea en las leyes de ejecución de penas, específicamente en las que regulan la aplicación de la sanción privativa de libertad. Leer las normas que rigen esta etapa última del procedimiento penal haciendo abstracción de cualquier otro ordenamiento legal penal, nos haría pensar que el Derecho penal mexicano acoge la teoría mixta de la retribución preventiva. Si, por el contrario, estudiamos la parte especial del código penal sin armonizarlo con las leyes ejecutivas, podríamos pensar que el Derecho penal doméstico acoge la teoría de la retribución. Y no es posible hacer una síntesis dialéctica de ambas tesis al modo hegeliano porque en nuestra legislación lejos de complementarse se excluyen entre sí, en irreductible antinomia. Esta dificultad ya era advertida por Francesco Carnelutti:

“Si la pena, pues, no puede ser un mal, ¿habremos de considerarla un bien? Sin duda, puesto que el dolor es el medio de la redención. La vía por donde la pena viene a ser un bien, es el *arrepentimiento*. La función represiva de la pena se resuelve, pues, en la *penitencia*. Es esta una verdad intuita por quienes asignan al castigo la finalidad de la enmienda. Pero la intuición no se ha traducido todavía en acción. Nuestro sistema penal está dominado todavía por el principio de retribución, que no es más que un residuo de la *vindicta* o venganza. En otras palabras, la pena es objeto de una concepción física, y no de una concepción espiritual”<sup>222</sup>.

---

<sup>222</sup> Cfr. CARNELUTTI, Francesco. *Cómo Nace el Derecho*. Trad. SENTÍS Melendo, Santiago y AYERRA Redín, Marino. Temis. Colombia. 2007. p. 31.

Recapitulando, las teorías absolutas, relativas y mixtas reflejan una “lucha de escuelas” anclada en la doctrina desde hace tiempo. Como afirma Winfried Hassemer:

“...retribución y expiación, contra intimidación y rehabilitación, los clásicos contra los modernos, las teorías de la pena represivas contra las preventivas, las teorías absolutas contra las relativas y, en fin, todas estas juntas, en un juego de dados, contra la teoría unitaria. Precisamente el siglo pasado pertenece al muy particular intercambio de golpes que ha sido denominado “lucha de escuelas” y que, dicho entre nosotros, nada bueno ha producido y tan sólo se ha propagado. Parece que ya hasta nos acostumbramos a esas luchas y simplemente nos instalamos cómodos para observar el espectáculo”<sup>223</sup>.

En nuestra opinión, este diálogo sí ha reportado progreso científico. Hegel le imprimió categoría jurídica a la retribución moral de Kant. Ése fue un avance, pero no el arribo a la meta. Con Hegel nos encontramos a la mitad del camino, que comienza en el punto donde la pena dejó tras de sí su veste vindicativo para cubrirse con el manto axiológico. Este cambio primero, que podríamos denominar “del Talión a Kant”, estuvo seguido del progreso que llamaremos “de Kant a Hegel”. Ahora, en el terreno de la teoría de la pena, es preciso reanudar el tránsito, para llegar a la meta, que es la confirmación de la expectativa social de comportamiento. Así, la pena, para su estudio empírico, habrá mudado de ropaje tres veces: (1) fin: venganza/naturaleza: física; (2) fin: justicia/naturaleza: metafísica; y (3) fin: expectativa social de comportamiento/naturaleza: cultural.

Sólo así es factible, científicamente, propiciar el encuentro de dos mundos hasta ahora separados: control social informal y control social formal. El puente de plata que une las dos formas de control social no es vindicativo ni metafísico, pues

---

<sup>223</sup> Cfr. HASSEMER, Winfried. *Por Qué No Debe Suprimirse el Derecho Penal*. INACIPE. México. Col. “Conferencias Magistrales”. 2003. p. 22.

aquellos no comparten propósitos de vengar ni de venerar el valor “justicia”. Lo que ambos buscan es que la expectativa social de comportamiento se cumpla.

Que la expectativa social de comportamiento se cumpla es un objetivo tan importante para la sociedad como la subsistencia de ésta. No porque el comportamiento desviado amenace la seguridad del conglomerado al modo como lo concibe el pensamiento contractualista hobbesiano; más bien porque la única manera de que se mantenga unida la red de vínculos sociales (individuos que mediante la acción comunicativa interactúan con un grado mínimo de certeza derivada de expectativas) es reforzando los vasos comunicantes (expectativa real de comportamiento) gracias a los cuales la interacción entre individuos es posible. En palabras de Winfried Hassemer:

“Sin la seguridad de una expectativa no podríamos existir, pues de lo contrario tendríamos que concebir nuestro mundo todos los días y tendríamos que fundamentar nuevamente aquello que consideramos correcto. Eso nadie lo puede hacer”<sup>224</sup>.

Sin la seguridad de expectativas, por ejemplo, el familiar del enfermo no podría dormir en casa sin el temor de que los médicos y enfermeras abandonaran su rol y descuidaran al paciente. El cliente jamás consumiría la comida que los cocineros del restorán no prepararan en su presencia, ni el transeúnte saldría a la calle por temor a ser violentado. La acción comunicativa, así, sería imposible, y por lo tanto la red de vínculos sociales no podría tejerse. En el caso del familiar, la expectativa se traduce en que las terceras personas cumplan con su rol de cuidar a los enfermos; en el ejemplo del comensal, la expectativa es que los cocineros observen las normas de higiene sin necesidad de ser supervisados y, en el caso del transeúnte, su expectativa es que los demás se abstengan de violentarlo mientras camina.

---

<sup>224</sup> Cfr. HASSEMER, Winfried. *op. cit.* p. 12.

Los conceptos “seguridad” y “confianza”, en su mínima expresión, significan “certeza”. Sabemos, por ejemplo, que los automóviles son peligrosos. Aunque el objetivo esencial de un coche motorizado es trasladar a las personas de un punto a otro, éste pesa varias toneladas y puede alcanzar velocidades elevadas. La suma de las variables “peso” y “velocidad” lo vuelve un objeto potencialmente mortífero. No obstante el riesgo, todos los días nos introducimos en el arroyo de las avenidas por donde transitan vehículos de motor, pues confiamos en la pericia y responsabilidad de quienes conducen. La expectativa, en este caso, es que la persona al volante cumpla el rol social de conductor precavido. Esta expectativa produce seguridad y la seguridad confianza.

La confianza es necesaria para que los individuos conformen un conglomerado que revista las características esenciales de una sociedad, entre las cuales la “interdependencia”. La confianza es dar por hecho que un tercero cumplirá con un patrón de conducta determinado; ésta tiene su fundamento racional en el conocimiento, consciente o inconsciente, de la existencia de normas tanto culturales como jurídicas. El hecho de que las primeras resulten en ocasiones insuficientes para que el patrón de conducta culturalmente determinado se observe, da razón de ser a las segundas. Y cuando la desviación produce un efecto tan indeseable, tanto para el individuo como para la sociedad, la existencia de una norma que además de jurídica sea penal, queda justificada.

Así, desde un punto de vista microsocia, la pena queda justificada en la importancia que para el individuo tiene que el tercero ciña su conducta al patrón cultural y jurídicamente determinado; mientras que desde un enfoque macrosocia, la pena tiene su justificación en la importancia que la certeza tiene para que la red de vínculos sociales resulte asequible.

Si seguimos haciendo abstracción de los fines prácticos de la pena y los datos empíricos que la realidad ofrece, no podremos salir del discurso circular construido por las teorías especulativas, tan ajenas de lo óntico como alejadas de

la verdadera naturaleza del fenómeno que con éstas se pretende legitimar: la violencia estatal.

Contrario a Hegel, la sanción juridicopenal no existe para ratificar la norma jurídica, tanto como para ratificar la expectativa. Si nos adentramos en el lenguaje formal del discurso jurídico, para desde éste resolver la legitimidad de la pena, nos veremos obligados a considerar que la norma jurídica posee una legitimidad *per se*, pues al jurista la norma le viene dada por la acción política que escapa de su objeto de estudio. En este punto es necesario ir más allá, para caer en la cuenta de que la norma jurídica no crea un valor. Por el contrario, lo protege con el yelmo de la coercitividad. Afirmar lo contrario equivale a confundir la armadura con el caballero, en donde la armadura es la norma jurídica y el caballero es la expectativa que se pretende proteger.

No obstante lo dicho hasta aquí, nosotros consideramos que la pena sólo puede legitimarse en función del individuo, no de la sociedad. La tentación de crear una teoría justificacionista adoptando la visión marco, implica el riesgo de regresar a la tesis de la defensa social. Con este punto de mira, todo lo que sea necesario para defender a la sociedad de los ataques criminales, será legítimo. En este razonamiento, la violencia estatal es legítima porque especialmente importante es lo que con ésta se protege. Mas en realidad el crimen jamás representa un riesgo a la integridad de la sociedad, sino a la del individuo que vive en sociedad. Si en el intento de legitimar la pena bajamos la vista para posarla en el individuo, con esta visión micro podremos caer en la cuenta de que la pena, siendo violencia de todos contra uno, ha de atemperarse por virtud de esa desigualdad de fuerzas. Las fuerzas unidas de todos deben contenerse como se contiene el agua en una presa.



### III. Teorías para Orientar las Decisiones Judiciales

Al lado de las teorías construidas para justificar la pena, existen otras para orientar las decisiones judiciales. Según Roxin la teoría de la determinación de la pena es una ciencia que todavía está en sus inicios<sup>225</sup>. Coincidimos con su apreciación sobre la brevedad con que este tema ha sido desarrollado de manera científica; pero no en reputar “ciencia” lo que realmente es una expectativa de teoría que se circunscribe en la dogmática penal. Sobre todo si consideramos que los esfuerzos por desarrollar la teoría de la determinación de la pena se orientan a las decisiones judiciales, es decir, a encauzar la elección, por parte del juzgador, del *quid* y *quantum* del castigo; tema que tiene indisoluble relación con la culpabilidad: concepto que habita en la parte general del Derecho penal.

#### a. Teoría del Margen de Libertad

Se debe a Schultz esta teoría. Inspirado en el artículo 63 del Código Penal Suizo<sup>226</sup>, el citado autor parte de la interrogante de si será suficiente que la determinación de la pena se base en la culpabilidad del agente, o además debe tomarse en cuenta el principio de resocialización<sup>227</sup>.

Ciertamente el principio de resocialización debe regir la etapa de ejecución, no de determinación de la pena. Pero Schultz va más allá y se pregunta si debe ser tomado en cuenta conjuntamente con la culpabilidad al momento de determinar la magnitud de la sanción.

El autor resuelve este problema afirmando que si bien, el principio de resocialización no puede inspirar al juez a imponer una pena inferior al mínimo del marco legal argumentando fines de prevención especial (terapéuticos), sí puede

---

<sup>225</sup> Vid. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Trad. MUÑOZ Conde, Francisco. Editorial Reus. España. 1981. p. 93.

<sup>226</sup> Artículo 63: “El juez determinará la pena según la culpabilidad del reo; tendrá en cuenta los motivos, la vida anterior a la comisión del delito y las circunstancias personales del culpable”.

<sup>227</sup> Vid. ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevención...* *op. cit.* pp. 93-94.

ayudarle a apoyar la decisión de no aplicar la sanción máxima prevista, para volver asequible la resocialización del justiciado<sup>228</sup>.

Esta teoría está dirigida exclusivamente a la decisión judicial. Pero realmente se trata de una interpretación de los artículos 37, párrafo primero y 63 de la misma legislación, pues el primero ordena el respeto del principio de resocialización en la etapa ejecutiva de la sanción.

De conformidad con esta teoría, la pena en su etapa legislativa buscaría disuadir, en la judicial retribuir sin impedir la resocialización y en la ejecutiva sólo resocializar. Así, en la etapa de la individualización judicial de la sanción, el juez graduaría la naturaleza e intensidad del castigo según: (1) la gravedad del delito (de acuerdo a las circunstancias particulares); (2) el grado de culpabilidad (grado de reprochabilidad); y (3) la factibilidad de la resocialización. Pero hacer convivir armoniosamente estos tres criterios de graduación penal exige al juzgador un método *sui generis*. Desde nuestro punto de vista, este método tendría tres pasos:

1. Graduación de la sanción con base en la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del agente. (Conforme a las reglas de racionalidad y proporcionalidad de la pena).

2. Comparar la pena resultante (pena tentativa) con el fin abstracto de resocialización, para saber si impediría o no la resocialización en el caso concreto.

3. Ratificar la pena y por lo tanto aplicarla, si ésta no impide la resocialización en el caso concreto, o disminuirla, si es que su naturaleza e intensidad (su monto) imposibilitan el fin “resocialización”.

El paso (1) es meramente jurídico; pero los pasos (2) y (3), aunque de estirpe político-criminal, son de naturaleza criminológica y por lo tanto

---

<sup>228</sup> Vid. ROXIN, Claus. Culpabilidad y Prevención... *op. cit.* pp. 94-95.

metajurídica. ¿El juez podrá vestir la toga durante el paso (1) y mudarla por la bata del técnico criminólogo durante los pasos (2) y (3)?<sup>229</sup>.

Independientemente de las dificultades fácticas que implicaría adoptar la teoría de Schultz, debemos decir que la orientación de la graduación judicial de la pena con base en criterios mixtos (jurídico-criminológicos) se aleja del principio de igualdad. En efecto, si al principio “a igual razón igual disposición” se le sustituye por el de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, entrará a la casa del juez el principio correctivo de “proporcionalidad” en el sentido como se le aplica en el derecho del trabajo, no en el sentido como se le aplica en el Derecho penal. La individualización de la pena ya no significará hacer un traje a la medida del hecho (criterio objetivo) y de la culpabilidad del autor (criterio subjetivo de reprochabilidad); sino que el traje variará de talla según el “grado de readaptabilidad social del condenado”.

Esto representa otro obstáculo, pues como apunta Luis Rodríguez Manzanera, el grado de readaptabilidad de una persona sólo puede obtenerse de un estudio clínico-criminológico que incluya criminodiagnóstico y prognosis<sup>230</sup>. Un estudio de personalidad tan completo que únicamente podría realizarse mediante la clínica (observación) longitudinal (es decir, por una cantidad considerable de tiempo).

El grado de readaptabilidad de un individuo es inversamente proporcional a su grado de peligrosidad. Que el juez tome en cuenta las necesidades terapéuticas del justiciable puede resultar conveniente desde un punto de vista político-criminal; pero la determinación de tales necesidades no puede abstraerse de un estudio de peligrosidad. Si el juez será quien lo lleve a cabo, la tasación de la peligrosidad criminal resultará de un juicio jurídico, no criminológico.

---

<sup>229</sup> Vid. GARCÍA Ramírez, Sergio. *Manual de Prisiones. (La Pena y La Prisión)*. 4ª ed. Porrúa. México.1998. p. 179.

<sup>230</sup> Vid. RODRÍGUEZ Manzanera, Luis. *Criminología Clínica*. Porrúa. México. 2005. pp. 221 y ss.

Aún así, elaborar un pronóstico comportamental es ética y científicamente cuestionable en la medida en que el ser humano no es un número ni un animal condicionado por estímulos pavlovianos. Afirmar lo contrario es admitir el *determinismo*; tesis contraria a la de libre albedrío en la que se basa la noción de culpabilidad, que a su vez sirve como criterio orientador de la individualización judicial de la pena. Por este motivo, María Florencia Hegglin sostiene:

“...concebir al juicio de peligrosidad criminal como un juicio jurídico supone... atribuirle la determinación de la peligrosidad criminal al juez quien en esa tarea debería hacer a un lado, por carecer de rigor y certeza científica, los métodos científicos y experimentales proporcionados por otras disciplinas. A su vez, supone restarle importancia a las circunstancias personales del sujeto como factores determinantes en la configuración de su peligrosidad criminal para atribuírsela al hecho cometido”<sup>231 232</sup>.

Es importante que la pena no imposibilite la reinserción social del condenado; mas esta consideración debería exigírsele al legislador, no al juzgador. Como dice Jon Elster: “La libertad de los jueces y funcionarios para *decidir* lo que implica la ley es mucho menor que la de los legisladores para decidir lo que ésta deba *ser*”<sup>233</sup>. Si tal exigibilidad se trasladara al hacedor de la ley, él tendría que analizar en abstracto si su proyecto de ley o reforma no es contrario al fin terapéutico y, en el caso de México, al artículo 18 de la Constitución.

---

<sup>231</sup> Cfr. HEGGLIN, María Florencia. *Los Enfermos Mentales en el Derecho Penal. Contradicciones y Falencias del Sistema de Medidas de Seguridad*. Editores del Puerto. Col. Tesis Doctoral. Argentina. 2006. p. 125.

<sup>232</sup> En sentido contrario, *vid.* MARCHIORI, Hilda. *El Estudio del Delincuente. Tratamiento Penitenciario*. 4ª ed. Porrúa. México. 2004. *passim*.

<sup>233</sup> Cfr. ELSTER, Jon. *Rendición de Cuentas. La Justicia Transicional en Perspectiva Histórica*. Trad. ZAIDENWERG, Ezequiel. Editorial Katz. Argentina. 2006. p. 107.

Por lo demás, el método *sui generis* que se necesita para aplicar la teoría del margen de libertad implica supeditar el fin “retribución” a las posibilidades del fin “resocialización”.

## **b. Teoría de la Pena Exacta**

Según esta teoría (*Punktstrafe*) a la culpabilidad sólo puede corresponder una pena exacta. Si iguales grados de culpabilidad motivan penas distintas, tal divergencia se debe a las limitaciones del entendimiento humano<sup>234</sup>.

En México el Código “Martínez de Castro” adoptó la teoría de la pena exacta. A través de un método matemático, el juzgador individualizaba la sanción a la luz de las particularidades, exhaustivamente detalladas, que pudiera presentar el caso concreto. Para ello el mismo código estableció un amplio catálogo de penalidades en atención a las circunstancias genéricas o específicas, atenuantes o agravantes.

A partir del Código “Almaráz-Harris” la teoría de la pena exacta fue sustituida por la del marco de libertad con base en el arbitrio judicial. Actualmente esa delimitada libertad está regida por las reglas que para la individualización de la pena prescriben los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal (en lo sucesivo “CPF”). A través de las normas de racionalidad y proporcionalidad, el juzgador elige el *quid* (en los casos de sanción alternativa) y el *quantum* de la penalidad, siempre dentro del mínimo y del máximo previsto en la parte sancionadora del tipo.

Según la teoría de la pena exacta, al juez le está permitido determinar la sanción más allá del grado de la culpabilidad del agente; lo que se traduce en la posibilidad de aplicar una pena inferior o superior al grado específico de culpabilidad. Esta libertad limitada da licencia para tomar en cuenta los fines de

---

<sup>234</sup> Vid. ROXIN, Claus. Culpabilidad y Prevención... *op. cit.* p. 96.

prevención general y especial de la pena; de allí que tengan cabida consideraciones sobre los objetivos de intimidación a terceros y de resocialización.

### **c. Teoría del Valor de Empleo**

Henkel desarrolló esta teoría, con la cual (dice Roxin) se soluciona la antinomia de los fines de la pena<sup>235</sup>. Para individualizar la sanción, el juez debe tomar en cuenta el grado de culpabilidad y los fines de la prevención. La determinación de la magnitud de la pena debe llevarse a cabo sin hacer ninguna consideración acerca de los objetivos preventivos; pero la decisión judicial habrá de fundarse en la prevención.

Significa un intento por conciliar diversos fines, ubicándolos en su ámbito correspondiente. El juez aplicará la pena correspondiente al grado de culpabilidad; pero determinará la forma de ejecutarla (libertad condicional, conversión a multa, etc.) atendiendo a los fines preventivos.

Esta teoría, como las anteriores, atiende únicamente a la fase judicial de la sanción; es decir, a los criterios para la toma de decisiones jurisdiccionales. Pero no intenta resolver la antinomia existente entre los fines que se procuran con la pena en sus tres fases: legislativa, judicial y ejecutiva.

La teoría del valor de empleo, según explicamos, orienta al juez en los movimientos que “libremente” puede realizar dentro del marco legal; pero no orienta al legislador en su acto dador de normas.

Roxin, lustros atrás, opinaba lo mismo: “El Derecho de medición (o determinación) de la pena comprende en cambio todas las reglas que son decisorias en cuanto a la clase y cuantía de la pena que se debe imponer...”<sup>236</sup>.

---

<sup>235</sup> Vid. ROXIN, Claus. Culpabilidad y Prevención... *op. cit* pp. 118-120.

<sup>236</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Trad. LUZON Peña, Diego-Manuel. Editorial. Civitas. T.I. España. 1996. p. 9.

Este Derecho llamado “de determinación de la pena”, pertenece al Derecho penal, parte general. Por lo demás, su objeto de estudio es únicamente la decisión judicial, disponiendo los fines de la pena por cuya consecución debe velar el juzgador al momento de determinar la naturaleza e intensidad de la sanción.

En nuestro entorno, Octavio Alberto Orellana Wiarco, abordando esta temática, señala: “Al individualizar la pena le toca al juez integrar la política criminal (penal), la dogmática del delito (teoría del delito) y el bagaje de la criminología, de forma racional que cumpla en la elección de la clase y cuantía de la pena”<sup>237</sup>.

La concepción de un juez político, penalista y criminólogo resulta extravagante a la luz de los artículos 51 y 52 del CPF vigente, cuyos postulados, aunque de corte positivista, alumbran exclusivamente el *télos* retributivo de la sanción. Afirmar lo contrario sería tanto como distorsionar la esencia de la justicia correctiva<sup>238</sup>, considerándola como la constante y firme voluntad de dar a cada cual lo que necesita para su reinserción social.

El autor mexicano se preocupa de un problema planteado como “compaginar la medida de la culpabilidad y los fines de la pena”<sup>239</sup>. Pero no advierte que los fines de la pena no pueden coexistir, todos, en cada una de las fases en que ésta se desenvuelve en un plano temporal. Si los fines: disuasivo, retributivo y resocializador (prevención general, retribución y prevención especial positiva) convivieran en la fase judicial, se anularían entre sí. En efecto, si el juez determinara la sanción con miras a producir intimidación en el resto de los súbditos de la ley, este propósito disminuiría las probabilidades de la reinserción social, toda vez que el primer objetivo lo orillaría a elevar la pena. Si advirtiendo tal

---

<sup>237</sup> Cfr. ORELLANA Wiarco, Octavio Alberto. *op. cit.* pp. 194-195.

<sup>238</sup> Vid. ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. Libro V. 17<sup>a</sup> ed. Porrúa. Col. “Sepan Cuantos...”. México. 1998. p. 62.

<sup>239</sup> Cfr. ORELLANA Wiarco, Octavio Alberto. *op. cit.* p. 195.

problema, el juez disminuyera los fines intimidatorios para elevar las probabilidades de resocialización, ambos fines se afectarían, al no conseguirse con plenitud.

Esto implica la necesidad de que ambos fines se “sacrifiquen” en aras de una unidad penológica, donde los dos resulten factibles. Si en este ejemplo agregamos el fin retributivo, concebido en sentido amplio como la distribución de premios y castigos por virtud de la conducta observada, la posibilidad de lograr una justicia penal en abstracto estaría perdida de antemano.

Tal error, inadvertido en la dogmática penal, obedece a la inercia que vence a los tratadistas de pretender que la pena cumpla, en todo su peregrinaje, con todos sus propósitos a la vez. Los fines distintos que se le atribuyen a la pena, o que se desean conseguir con su existencia jurídica, son *per se* contradictorios. Son parientes que sólo pueden convivir en una misma residencia si se les aloja en alcobas diferentes.

#### **d. Teoría Unificadora Preventiva Dialéctica**

Claus Roxin es el autor de esta teoría. Con ella, el profesor alemán pretende poner fin al problema de la antinomia de los fines de la pena. Así lo explica:

“Si la pena depende solamente de las necesidades preventivas y se limita al marco de dichas necesidades, entonces, conforme a mi concepción, el autor culpable debe ser sancionado tan solo en la medida en que esto sea indispensable desde el punto de vista social. Si conforme al grado de culpabilidad de un sujeto se justifica imponerle una pena de cinco años de prisión, el Tribunal deberá condenarlo a una pena menor, siempre que ello resulte mejor para la reintegración del autor a la sociedad... La concepción de los fines de la pena expuesta hasta ahora es de corte político criminal, con ella se realiza, en el ámbito de la pena una ponderación entre los intereses



de seguridad y libertad y se pretende de esta forma que tenga una base social”<sup>240</sup>.

Para entender mejor esta teoría, nos es necesario explicar lo que su autor entiende por *responsabilidad*. Claus Roxin dice: “Entiendo por responsabilidad al concepto superior de *necesidad de pena*, basado en la culpabilidad y la prevención que conjuntamente determinan la punibilidad”<sup>241</sup>. Esto significa que para el autor en consulta el Derecho penal tiene por fin prevenir delitos; para lograr este cometido, tipifica conductas y establece penalidades. Sin embargo, una vez cometido el delito, la pena irrumpe en escena y su aplicación obedece a propósitos de prevención general y especial. De esta manera, la pena es legítima cuando es necesaria, y es necesaria cuando, basada en la garantía de *culpabilidad*, se orienta hacia la consecución de objetivos preventivos tanto generales como especiales.

El juez, para lograr que la pena cumpla sus fines sin vulnerar la garantía de culpabilidad (sin aplicar la pena aun sin culpabilidad o por encima del grado de culpabilidad) debe ponderar los fines preventivos generales y especiales a que la sanción obedece. Según su autor, la utilidad de esta teoría es:

“...evitar la exageración unilateral y dirigir los diversos fines de la pena hacia vías socialmente constructivas, al lograr el equilibrio de todos los principios mediante el procedimiento de restricciones recíprocas... el delincuente es una persona débil y urgentemente necesitada de tratamiento terapéutico-social, pero por otra parte debe ser concebido de acuerdo con la idea de hombre libre y responsable”<sup>242</sup>.

---

<sup>240</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Evolución y Modernas Tendencias...* *op. cit.* p. 30.

<sup>241</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Evolución y Modernas Tendencias...* *op. cit.* pp. 30-31.

<sup>242</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Trad. LUZÓN Peña, Diego-Manuel. Editorial Reus. España. 1976. p. 34.

Coincidimos con Claus Roxin, cuando afirma:

“El derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando, imponiendo y ejecutando penas; y que esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado”<sup>243</sup>.

Pero la teoría unificadora dialéctica que él propone para evitar que los fines que se cumplen sucesivamente al amenazar, imponer y ejecutar se anulen entre sí no logra resolver el problema. Según veremos en el capítulo último de este trabajo, el fin “disuasión” que se busca a través del medio “amenazar” queda fuera del ámbito al que se circunscriben los alcances de la teoría roxiana. La insuficiencia consiste en que el penalista alemán pretende lograr la ponderación de fines a partir de la garantía *culpabilidad* y de los objetivos preventivos generales y especiales de la pena, pero deja de lado el principio de *proporcionalidad*.

Si la pena es aplicada en advocación de la prevención general, sin buscar la resocialización, amén de la inexistencia de probabilidad de reincidencia, esta punición aspira a conseguir la intimidación del resto de la sociedad, a través del sufrimiento impuesto a un consocio.

La teoría unificadora preventiva dialéctica se limita a orientar al juzgador al momento de desplazarse dentro del marco legal que el legislador le confiere para hacer uso de su arbitrio judicial. Pero nada resuelve sobre la necesidad de que el legislador permita que tanto el juzgador como el penitenciario trabajen con unidad de propósito, de manera que la pena de prisión, en sus tres fases, logre cumplir los fines sucesivos, no simultáneos, que con ella se pretenden.

---

<sup>243</sup> Cfr. ROXIN, Claus. Problemas Básicos... *op. cit.* p. 11.

Como colofón de lo que hasta aquí hemos expuesto, enlistaremos siete momentos históricos en los que en Alemania, la opinión dominante ha cambiado de preferencia sobre esta clase de teorías en el intento por legitimar la pena. Para este cometido, seguimos a Wolfgang Naucke:

(1) Desde 1871 hasta la Primera Guerra Mundial predomina una teoría absoluta de la pena, pero que se tiene que defender contra arduos ataques.

(2) En la Primera Guerra Mundial encontramos una mixtura defendida y practicada entre la teoría de la retribución y la teoría de la prevención general.

(3) En los tiempos de la República de Weimar aparece en primer plano del trabajo teórico y práctico una teoría de la unión, pero la teoría de la resocialización mediante pena va inspirando simpatía.

(4) El Tercer Reich comienza con una teoría de expiación-retribución y en la Segunda Guerra Mundial pasa a ser una teoría brutal del escarmiento.

(5) Después de esta Guerra domina, en primer lugar, la imagen científica y práctica de la teoría de la unión desde la lucha de escuelas, haciendo hincapié en la teoría de la retribución.

(6) En la segunda mitad de los años sesenta del siglo XX, la opinión predominante cambia a favor de la teoría de la resocialización.

(7) Actualmente, sin embargo, se observan también indicios que permiten inferir el retorno a una acentuación mayor en el pensamiento retributivo; la teoría de la prevención, en particular la idea de que la pena puede fortalecer la fidelidad

de la población hacia el derecho (prevención general positiva) ha generado nuevamente gran interés<sup>244</sup>.

Resultará obvio que no todos los países de Occidente tuvieron la participación y sufrieron los efectos de las dos guerras mundiales como Alemania ni quedaron bajo el gobierno de regímenes autoritarios como el de Adolf Hitler. No obstante, este recuento histórico sobre los cambios de la opinión dominante con respecto a la predilección por una u otra teoría justificacionista de la pena, permite asimilar la evolución (y a veces la involución) de la discusión sobre el tema particular que nos ocupa. Así, mientras que en el sistema mexicano se puso el acento en la teoría retributiva, desde 1871 hasta bien entrados en el siglo XX, fue a partir de la década de los setenta que se inclinó la balanza a favor de la teoría resocializadora. También se coincide en el hecho de que, actualmente, el fiel de la balanza se está inclinando hacia el plato de la retribución.

#### **IV. Discurso Abolicionista**

Ahora nos ubicaremos en las antípodas del justificacionismo: el abolicionismo. Contrario a lo que su denominación pudiera sugerirnos, el abolicionismo no decanta siempre hacia la anarquía. Si bien una de sus vertientes sí pugna por la eliminación total del Estado-autoridad, las demás, aunque discrepan en algunos aspectos, siempre desembocan en la propuesta *minimista*, es decir, no en la abolición del Estado o del Derecho penal, sino en la disminución de las injerencias del primero en las relaciones entre particulares y en consecuencia la reducción del segundo.

Si la corriente justificacionista concibe a la pena como medio para el logro de uno o más fines es porque, en la abstracción, considera que ésta tiene la capacidad de producir una suerte de profilaxis social, sea como la práctica virtuosa

---

<sup>244</sup> Vid. NAUCKE, Wolfgang. Derecho Penal. Una Introducción. Trad. GERMÁN Brond, Leonardo. Astrea. Argentina. 2006. pp. 44-45.

en si misma de la justicia, el restablecimiento de la norma vulnerada y por lo tanto su confirmación, la disuasión de delitos por medio de la ejemplaridad, la inculcación en los “otros” de la fidelidad a la ley, la defensa de la sociedad mediante la eliminación (muerte) o separación (encarcelamiento) del disidente, o la prevención de delitos futuros por parte del propio penado a través de su resocialización o intimidación. De cualquier forma la pena se dirige al cumplimiento de un objetivo, y por tanto es legítima en cuanto es útil y necesaria.

Si la corriente abolicionista niega la legitimidad de la pena como forma de poder social débase acaso a que no construye su discurso en la abstracción, con base en argumentos que apila como si fueran diques. Más bien lo construye a partir de la acción, en la medida en que, basada en la experiencia, obtiene conocimiento de la realidad. Introducir a su labor interpretativa el factor “realidad” le permite conquistar cumbres más altas que las que le son asequibles a la reflexión meramente especulativa, pues le da ocasión para aplicar el método comparativo, gracias al cual concluye que *los fines programáticos de la pena no se cumplen en la realidad*. De esta proposición descriptiva obtiene la tesis final: *la pena es ilegítima porque el discurso legitimante es falso*.

Considerando al Derecho penal (y al sistema punitivo) como una forma más de control social, y como una forma de control social que se basa en la limitación de libertades y reparto de dolor, se vuelve natural que quienes se dedican a su estudio lo examinen en términos de eficacia. Esa eficacia se mide con base en el grado de cumplimiento de los fines a que el Derecho penal se debe.

El Derecho penal es, según lo dicho, una forma de control social, mas no la única. Coexiste con otros controles informales y frente a éstos aquel debe ser subsidiario. En tal sentido, el control social formal puede estar antes o después; tener más o menos relevancia; existir para suplir o fortalecer los controles sociales que, por ser informales, son también menos lesivos. El rol preeminente o secundario del Derecho penal depende de la política criminal que adopte una

sociedad. El lugar, relevancia y cariz que ese control social formal adopte en una nación depende de decisiones de política criminal. Lo importante es analizar que cada sociedad decide qué tanto limita sus propias libertades, en aras de la libertad misma, y cuánta cantidad de dolor es suficiente.

En este contexto, Bernardo Feijoo Sánchez sostiene:

Control social es un concepto que designa tanto la capacidad de una sociedad para autorregularse de acuerdo con determinados principios y valores, como el conjunto de instrumentos utilizados para que las sociedades superen sus conflictos o superen las tensiones y contradicciones entre los grupos y sistemas que componen esa sociedad<sup>245</sup>.

Cuando en un país existe falta de representatividad, de modo que las decisiones de los gobernantes no guardan identidad con la voluntad de la mayoría; cuando esa mayoría simpatiza con decisiones de emergencia justificadas en la coyuntura social de un momento dado; cuando la simpatía obedece más a la persuasión lograda por la clase dominante por medio de discursos incendiarios que a la consecución de los valores implícitos en la cultura, las motivaciones de elevar la cantidad de dolor pueden ser contradictorias con los valores a cuyo nombre y protección la reacción social se endereza. Y es en esta antítesis que la política criminal se transforma en política de seguridad interior, y el Derecho penal liberal degenera en Derecho penal de excepción.

Tales transformaciones, que podrían representarse por la elevación del puntero en la tabla de las restricciones y del reparto del dolor alejan, definitivamente, al Derecho penal real del Derecho penal ideal. Expuesto en otros términos, provocan el divorcio definitivo entre el Derecho penal legislado y los fines programáticos que las teorías justificacionistas le atribuyen a aquel para

---

<sup>245</sup> Cfr. FEIJOO Sánchez, Bernardo. *op. cit.* pp. 365-366.

legitimarlo. Esta elevación del puntero, ese divorcio definitivo, son lo mismo que la deslegitimación del Derecho penal.

A continuación estudiaremos los discursos abolicionistas de Alessandro Baratta, Eugenio Raúl Zaffaroni y Nils Christie.

**a. Teoría de los Derechos Humanos como Objeto y Límite de la Ley Penal. (Alessandro Baratta)**

Alessandro Baratta es uno de los principales exponentes del pensamiento abolicionista que, en nuestra opinión, puede catalogarse como “moderado”. Aunque nacido en Alemania, siempre vivió en Italia, con visitas académicas y de investigación a muchos países de América Latina. En nuestro continente, al lado de criminólogos brillantes como Lolita Aniyar de Castro y Alfonso Reyes Echandía, fundó el “Grupo Latinoamericano de Criminología Crítica”<sup>246</sup>.

Resumir en pocos párrafos el pensamiento abolicionista de Alessandro Baratta no es tarea sencilla. Pretender reducirlo a sólo unos cuantos tópicos implica dejar fuera otros de igual relevancia. No obstante esta dificultad, debemos recurrir a la síntesis, de modo que a pesar de la elección de unos temas y la exclusión de otros podamos quedarnos con la *esencia* de la propuesta de Baratta.

El pensamiento de Baratta se inscribe en lo que *grosso modo* ha sido llamado *criminología liberal*. La criminología liberal es una vertiente del pensamiento criminológico crítico que desemboca en el abolicionismo “moderado” o “parcial”, producto de denunciar los defectos programáticos y prácticos del poder penal. A diferencia del abolicionismo anárquico, el moderado no se limita a denunciar. Por el contrario, esboza los contornos de una teoría minimalista del Derecho penal a partir de los derechos humanos.

---

<sup>246</sup> Sobre este tema, *vid.* ANIYAR DE CASTRO, Lolita. “El Triunfo de Lewis Carroll”. En: VVAA. ELBERT, Carlos Alberto (Coord.). *La Criminología del Siglo XXI en América Latina*. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. s.a. pp. 159-191.

El autor italiano afirma que la criminología liberal contemporánea se conforma de teorías tan heterogéneas que no son susceptibles de ser presentadas como un “sistema”<sup>247</sup>. De cualquier forma tienen lugares comunes, destacando de entre éstos el de reorientar la atención de la criminología hacia la *reacción social* y ya no hacia la *desviación*. Con este nuevo objeto de estudio, y tomando prestado el punto de mira de la teoría sociológica, la corriente criminológica liberal analiza el funcionamiento del sistema penal, para concluir que éste no cumple sus fines programáticos (los que el discurso jurídico-penal dice debe cumplir) sino otros que se encuentran fuera de nociones como justicia, igualdad, estado de derecho, etc. Todas las teorías criminológicas liberales se dirigen a la *desmitificación* de la ideología de la *defensa social*, en que se encuentran ancladas las teorías positivas o justificacionistas. Aunque estas teorías son heterogéneas en posición epistemológica y en *approach* (son etnográficas lo mismo que etnometodológicas) su intención de desmitificar se dirige hacia el desenmascaramiento del discurso jurídicopenal basado en la idea de que el crimen es el enemigo de la sociedad y el Derecho penal es su salvador, en una dialéctica “justo” e “injusto” que sintetiza la necesidad de una *defensa social*.

Para Barrata la historia del sistema punitivo es más que el desarrollo supuestamente autónomo de instituciones jurídicas. Es la historia de las relaciones entre “dos naciones” compuestas por dos pueblos: los ricos y los pobres. El derecho es tan sólo un instrumento secundario que tiene por objeto cumplir con la exigencia de reproducir y garantizar las relaciones sociales existentes; es decir, conservar la realidad social. La realidad, así entendida, se caracteriza por una lucha de clases en la que el derecho positivo, lejos de pretender equilibrar las condiciones de contienda a partir de principios jurídicos dados como *proporcionalidad* (correctivo) o *igualdad* (preventivo), busca conservar el *statu quo*, distinguido por la desproporcionalidad de fuerzas y la desigualdad ante la ley<sup>248</sup>.

---

<sup>247</sup> Vid. BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica... op. cit.* p. 156.

<sup>248</sup> Vid. BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica... op. cit.* p. 179.



Distingue entre Derecho penal *abstracto* y *concreto*. Llama así a lo que Zaffaroni posteriormente denominaría *criminalización primaria* y *criminalización secundaria*<sup>249</sup>. Derecho penal abstracto es el acto legislativo mediante el cual se decide, con un grado variable pero cierto de arbitrariedad, qué conductas criminalizar y cuáles no, así como las penas aplicables a quienes cometan las conductas criminalizadas. Así, sostiene que el Derecho penal *abstracto* expresa un sistema de valores que refleja la escala moral de una cultura burguesa-individualista de la que no necesariamente participan los “otros”. En esa escala la máxima prioridad es proteger el patrimonio privado, y tal esfuerzo se dirige a tocar las formas de desviación (conducta antisocial) típicas de los grupos débiles y marginados de la sociedad<sup>250</sup>. Desde esta óptica se examinan las instituciones gubernamentales destinadas a cumplir los designios legales verdaderamente orientados a la conservación de la hegemonía. Por eso no nos sorprende que se concluya en la afirmación de que el sistema penal es ilegítimo; que las instituciones policiales, fiscales, judiciales y carcelarias son igualmente ilegítimas al formar parte de un proyecto de dominación.

Alessandro Baratta niega la legitimidad del sistema penal basándose en sus hechos, esto es, en su realidad. Confronta los fines programáticos del sistema con sus resultados reales, para concluir que el incumplimiento de sus fines verdaderos echa por tierra cualquier pretensión de legitimación que no implique la reducción del poder punitivo y por ende de los efectos que producen sus principales defectos, tales como: arbitrariedad, selectividad, contingencia, no solución de los conflictos que criminaliza, justicia vindicativa, principalmente.

Para exponer con claridad el pensamiento de Baratta, recurriremos al siguiente esquema. Como veremos, confronta tres elementos de juicio a saber: (1) defecto del sistema penal; (2) efectos sociales; y (3) necesidades:

---

<sup>249</sup> Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En Busca de... *op. cit.* 2003. p. 23.

<sup>250</sup> Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En Busca de... *op. cit.* pp. 184-185.

Defecto	Efecto	Necesidad
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Arbitrariedad</li> <li>• Selectividad</li> <li>• Contingencia</li> <li>• No solución de conflictos que criminaliza</li> <li>• Justicia vindicativa</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Incertidumbre</li> <li>• Desigualdad</li> <li>• <i>Prima Ratio</i></li> <li>• <i>Agravamiento de los conflictos sociales</i></li> <li>• <i>Violencia irracional</i></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Certeza</li> <li>• Igualdad</li> <li>• <i>Última Ratio</i></li> <li>• <i>Solución de los conflictos sociales</i></li> <li>• <i>Justicia restaurativa</i></li> </ul>

Nosotros consideramos que si la pena es violencia, las teorías legitimantes de la violencia estatal deben aspirar a construir para ésta un fundamento *racional*, en el sentido de negarle motivaciones pasionales. Por eso las teorías absolutas al modo de Kant y Hegel niegan tácitamente la pasión que detrás de la pena se esconde para decir que ésta tiene por resorte la voluntad de cumplir el valor justicia. Con este idealismo, se sustituye la pasión por la virtud. Si bien no se desmoraliza, en el sentido convertir la pena en instituto *amoral*, sí se reemplaza un sentimiento negativo que es la venganza por otro positivo que es la justicia. Pero si en la realidad el poder penal conduce a una justicia vindicativa, cuando la teoría que le da legitimidad (discursiva) le atribuye la consecución de una justicia reparadora (en cuanto restaura al valor axiológico vulnerado), parece claro que la única dirección a que puede conducirse el poder penal para aproximarlos a su misión programática es aquella que lleva a la *justicia restaurativa*. Este desapasionamiento del ejercicio del poder penal es la aspiración de quienes han pujado por la “cientificidad” y “racionalidad” del Derecho penal<sup>251</sup>.

Ahora veamos los principios del Derecho penal mínimo que, como propuesta para legitimar la violencia estatal, desarrolla Alessandro Baratta.

<sup>251</sup> Sobre este tema, *vid.* GARLAND, David. Castigo... *op. cit.* pp. 223-226.

En el programa minimista, el concepto de derechos humanos asume una doble función. La primera es negativa, y se traduce en el establecimiento de límites al Derecho penal. Esta intención resulta de admitir que el poder penal es violencia, y que la violencia debe reducirse al máximo. La segunda es positiva, y busca definir el objeto posible, pero no necesario, de proteger a los derechos humanos a través del poder penal<sup>252</sup>. El poder penal debe limitarse, en efecto, para evitar que restrinja derechos humanos. El poder penal debe encauzarse, sin embargo, a la protección de los derechos humanos. Es, a un mismo tiempo, amenaza y seguridad; ataque y protección. Mas cuando decimos que posee ambas condiciones a un mismo tiempo, no queremos decir que su ejercicio sea lanza y escudo por igual. Sostener este criterio implicaría una *contradictio in adjecto*. La propuesta del profesor italiano es, en última instancia, hacer del Derecho penal un escudo y no una lanza.

La minimización de la violencia penal es una propuesta que parte del principio de que minimizarlo no representa en realidad riesgos de generar una escalada de la violencia informal o criminal. En cambio, si permitiría disminuir la violencia estatal como peligro latente que es y permitir, al mediano plazo, erradicar la errónea creencia en la que se encuentran tanto los tomadores de decisiones como los ciudadanos en el sentido de considerar al Derecho penal como medio privilegiado para la pacificación de los conflictos. También haría posible la exploración de métodos alternos de solución de controversias, a través de la recuperación de una capacidad dialógica entre los individuos.

La afirmación formulada en el sentido de que una disminución de las penas (reducción de la reacción social formal) no generaría la escalada de crímenes es un punto de coincidencia que une las teorías de Baratta, Zaffaroni y Christie.

En México, a finales del año 1994, hubo 95 mil presos, lo que equivale a 100 presos por cada 100 mil habitantes. En julio de 2009 hubo 230 mil presos,

---

<sup>252</sup> Vid. BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema Penal... op. cit.* 2004.

arrojando una equivalencia de 220 presos por cada 100 mil habitantes. Y sin embargo, los índices de criminalidad no han disminuido. Afirmar que la reducción del “reparto del dolor” no acarrearía el incremento de los delitos, es igual a sostener que el incremento de la cuota de dolor no disminuye el índice delictivo, porque la fluctuación de las penas no incide en el comportamiento de la tasa criminal. Dicho en segunda oración, las variables: (1) cantidad de penas y (2) cantidad de delitos son independientes.

En México la tasa de delitos del fuero común denunciados por cada 100 mil habitantes ha tenido el comportamiento siguiente:<sup>253</sup>

Año	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
No. de delitos	1,578	1,436	1,432	1,365	1,449	1,421	1,412	1,388	1,362	1,371	1,492	1,510

Ahora veamos, en números absolutos, el índice de delitos denunciados de fuero indistinto:<sup>254</sup>

Año	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
No. de delitos	1,564,828	1,450,510	1,466,643	1,420,251	1,512,450	1,516,027	1,517,925	1,505,844	1,505,223	1,580,742	1,715,974	1,540,689 (al 31 de noviembre)

La población penitenciaria, a partir de 1995, se ha incrementado en más de un 100 por ciento. En efecto, mientras que en ese año hubo 93 mil 574 presos, para septiembre de 2007 se contabilizaron 214 mil 579 cautivos, sin incluir a los internos de los centros federales de máxima seguridad<sup>255</sup>.

<sup>253</sup> Cfr. <http://www.inegi.org.mx>

<sup>254</sup> Vid. COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. *Segundo Informe Especial sobre el Ejercicio Efectivo del Derecho Fundamental a la Seguridad Pública en Nuestro País. 2008.* En: <http://www.cndh.org.mx/lacndh/informes/espec/espec.htm>

<sup>255</sup> Vid. RIVERA Montes de Oca, Luis. *Juez de Ejecución de Penas. La Reforma Penitenciaria del Siglo XII.* 2ª ed. Prol. CARRANZA, Elías. Porrúa. México. 2008. pp. 29,31.

Si el incremento a más del doble del número de personas privadas de la libertad no provocó la disminución del índice delictivo, es claro que no existe una relación causa-efecto entre la cantidad de reacción social formal y cantidad de desviación<sup>256</sup>. Por lo tanto, es verdadera la afirmación de que el incremento de la reacción social no produce decremento de la desviación. Los tomadores de decisiones deben dar por cierta esta afirmación de John Lea: “Se admite ampliamente que los sistemas de justicia penal son altamente ineficaces para controlar los niveles de delito”<sup>257</sup>. Así, llegaríamos a considerar también verdadera esta otra afirmación nuestra, que nos conduciría al minimalismo real: “El decremento de la reacción social no produciría incremento de la desviación”<sup>258</sup>.

Con el propósito de disminuir la incidencia del delito de secuestro, el 17 de mayo de 1999 y el 12 de junio de 2000 se reformó el artículo 366 del Código Penal Federal, modificando previsiones preceptivas (descriptivas) e incrementando la penalidad. Así, en la reforma de 2001 se prevé una penalidad por hasta 70 años de prisión para el secuestrador homicida.

No obstante, la incidencia del delito de secuestro, lejos de disminuir, se ha incrementado. Las denuncias por secuestro han fluctuado de la manera siguiente:<sup>259</sup>

Año	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
<b>No. de secuestros</b>	593	542	582	523	423	727	785	965 (hasta noviembre)

Con esto demostramos que: (1) la política legislativa mexicana de endurecimiento de los castigos se sustenta en una proposición falsa, pues no

<sup>256</sup> Vid. Anexo 2.

<sup>257</sup> Cfr. LEA, John. *Delito y Modernidad. Nuevas Argumentaciones en la Criminología Realista de Izquierda*. Trad. PIOMBO, Alejandro. Ediciones Coyoacán. Col. Alter Libros. México. 2006. p. 339.

<sup>258</sup> Sobre el término “desviación”, vid. BERGALLI, Roberto, BUSTOS Ramírez, Juan y MIRALLES, Teresa. *op. cit.* pp. 113 y ss.

<sup>259</sup> Vid. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. *op. cit.* p. s.d.

observa el principio de intervención mínima; y (2) la propuesta minimista no es incongruente frente a la realidad; por el contrario, hunde sus raíces en los datos empíricos.

Alessandro Baratta, antes de exponer sus principios, explica en su Programa por qué son necesarios. La necesidad de un Derecho penal minimizado por los derechos humanos se obtiene de los resultados alcanzados en los ámbitos de las ciencias histórico-sociales y de la criminología crítica en el análisis de los sistemas punitivos, sus manifestaciones empíricas, su organización y sus funciones reales. Así, para este profesor los resultados de esas investigaciones se pueden resumir en proporciones:

1. La pena, sobre todo la privativa de libertad, es violencia institucional, es decir, limitación de derechos y represión de necesidades reales que son fundamentales para los individuos, mediante la acción legal o ilegal de los funcionarios del poder legal o del poder de facto en una sociedad.

2. Los órganos del poder penal (legislador, policía, fiscal, juez, cárcel) no representan ni tutelan intereses comunes a todos los ciudadanos, sino, sobre todo, intereses de grupos minoritarios y dominantes.

3. El sistema penal es altamente selectivo, tanto en el proceso de legislar como en el de aplicar esa legislación. Estas dos acciones se dirigen de manera casi exclusiva contra los grupos sociales más débiles, como lo evidencia la composición de la población carcelaria.

4. El sistema punitivo produce más problemas de los que pretende resolver. En vez de dirimir conflictos los reprime, y a menudo éstos adquieren un carácter más grave en su propio contexto originario. También por motivo de la intervención penal otros conflictos nuevos pueden surgir.

5. El sistema punitivo, por su estructura organizativa y por el modo en que funciona, es inadecuado para lograr las funciones socialmente útiles declaradas en el discurso oficial (jurídico-penal), funciones éstas que son propias de la ideología de la defensa social y de las teorías utilitarias de la pena.

6. La cárcel, como pena caracterizante de los sistemas penales modernos, tiene comprobado su fracaso histórico. No logra contener y combatir la criminalidad, resocializar al condenado ni defender los intereses elementales de los individuos y de la comunidad. Sin embargo, elevando el nivel de abstracción la tesis del fracaso carcelario se invierte. La cárcel es un éxito, pues sus fines reales son diferenciar y administrar una parte de los conflictos existentes en la sociedad como “criminalidad”, esto es, como un conflicto vinculado con las características personales de los individuos particularmente peligrosos.

El autor de *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, obtiene de esto una conclusión que nos concierne en demasía:

“Se desprenden de aquí dos consecuencias: la primera es que una política de contención de la violencia punitiva es realista sólo si se la inscribe en el movimiento para la afirmación de los derechos humanos y de la justicia social... La segunda consecuencia es que las posibilidades de utilizar de modo alternativo los instrumentos tradicionales de la justicia penal para la defensa de los derechos humanos son sumamente limitadas”<sup>260</sup>.

Esto quiere decir que Baratta, para considerar legítimo al sistema punitivo, le exige estar direccionado hacia y avanzar a la meta de la defensa de los derechos humanos. De tal suerte, el único Derecho penal que podría cumplir estos requisitos es el *Derecho penal mínimo*. Si la primera consecuencia que advierte el italiano se refiere a los requisitos de legitimidad, la segunda alude a la posibilidad de que, mediante algunas reformas de “forma”, este mismo sistema

---

<sup>260</sup> Cfr. BARATTA, Alessandro. *Criminología y Sistema... op. cit.* p. 303.

punitivo pueda ser enderezado, de modo que se le redirija a y ponga en marcha hacia la defensa de los derechos humanos. Sobre esto último el profesor de la Universidad de Sarre es poco optimista. Para él (podemos deducir) de este sistema punitivo corrompido (en el sentido de estar alejado de su deber ser) poco se puede rescatar en una labor de recomposición.

La recomposición implica adoptar un programa conformado con principios *intrasistemáticos* y *principios extrasistemáticos*. Los principios intrasistemáticos se clasifican en tres grupos: (1) principios de limitación formal; (2) principios de limitación funcional; y (3) principios de limitación personal o de la limitación de la responsabilidad penal.

Entre los principios de limitación formal se enuncian:

*“1.1. Principios de reserva de ley o principio de legalidad en sentido estricto.*

*1.2. Principio de taxatividad.*

*1.3. Principio de irretroactividad.*

*1.4. Principio del primado de la ley penal sustancial”.*

Los principios de limitación funcional, son:

*“2.1. Principio de respuesta no contingente.*

*2.2. Principio de proporcionalidad abstracta.*

*2.3. Principio de idoneidad.*

*2.4. Principio de subsidiariedad.*

*2.5. Principio de proporcionalidad concreta o principio de adecuación del costo social.*

*2.6. Principio de implementabilidad administrativa de la ley.*

*2.7. Principio del primado de la víctima”.*

*Los principios generales de limitación personal o principios limitativos de la responsabilidad, son:*



*“3.1. Principio de imputación personal o principio de personalidad.*

*3.2. Principio de la responsabilidad por el hecho”.*

Estos principios intentan regresarle “racionalidad” al Derecho penal. Son límites formales al poder coactivo que se traducen en la no punición sin culpabilidad o, en otros términos, en la no trascendencia.

Los principios extrasistemáticos pueden ser divididos en dos grupos: (1) principios de descriminalización; y (2) principios metodológicos de la construcción alternativa de los conflictos y de los problemas sociales.

Ahora recordemos los *principios de descriminalización*:

*“1.1. Principio de la no intervención útil.*

*1.2. Principio de la privatización de los conflictos.*

*1.3. Principio de politización de los conflictos*

*1.4. Principio de preservación de las garantías formales”.*

Estos principios funcionarían para minimizar el uso del Derecho penal a partir de la recuperación del principio de *necesidad*. Esta reducción penal también se lograría reprivatizando algunos conflictos leves.

Los *principios metodológicos de la construcción alternativa de los conflictos y de los problemas sociales*, son:

*“2.1. Principio de la sustracción metodológica de los conceptos de criminalidad y de pena.*

*2.2. Principio de especificación de los conflictos y de los problemas.*

*2.3. Principio general de prevención.*

*2.4. Principio de articulación autónoma de los conflictos y de las necesidades reales”.*

A nosotros nos es muy útil estudiar las causas de ilegitimidad del sistema punitivo esgrimidas por Baratta, lo mismo que sus propuestas para redirigirlo hacia el cumplimiento de los fines programáticos, porque esta investigación nuestra busca saber si la pena en México cumple sus fines programáticos y por lo tanto si es legítima; y en caso de no cumplirlos, cómo reencauzarla (racionalmente) de modo que sus fines programáticos se vuelvan posibles.

#### **b. Posición Negativa o Agnóstica ante la Pena. (Eugenio Raúl Zaffaroni)**

Eugenio Raúl Zaffaroni propone la construcción de una teoría negativa o agnóstica de la pena partiendo del fracaso de todas las teorías positivas (justificacionistas). Antes de entrar al estudio de esa teoría, debemos explicar algunos conceptos preliminares del pensamiento de este autor argentino, así como exponer las razones por las que él considera fracasadas por falsas o irrealizables las teorías positivas.

Zaffaroni llama *discurso jurídico-penal* a lo que comúnmente se conoce como *dogmática penal, doctrina penal o ciencia penal*<sup>261</sup>. Se trata en todo caso de teorías con pretensión de *racionalidad* que, construidas a partir de argumentaciones, tienen por objeto justificar la existencia y el ejercicio de la violencia estatal jurídicamente organizada. Para exponer con claridad el pensamiento del autor argentino, recurriremos a la siguiente explicación. La violencia jurídicamente organizada se materializa a través del binomio “precepto-sanción”, que funciona a partir de la fórmula bifronte: “previsto/prohibido, cometido/sancionable”. El poder de castigar tiene por presupuesto el poder de prohibir, y éste se exterioriza con base en preceptos descriptivos de la conducta punible. La existencia de tales preceptos representa lo “previsto”, y la conducta de quien, a pesar de la “previsión/prohibición”, se ajusta a la descripción preceptiva, da lugar a la imposición de la sanción, y por lo tanto al ejercicio del poder de

---

<sup>261</sup> Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En Busca de... *op. cit.* pp. 20 y ss.

castigar. El poder punitivo encierra entonces un poder de *criminalización primaria* y otro de *criminalización secundaria*.

Criminalización primaria y criminalización secundaria son acciones que se producen *selectivamente*. O por el reverso, el proceso selectivo de criminalización se realiza en dos etapas: primaria y secundaria. Para Zaffaroni: “*criminalización primaria es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas*”<sup>262</sup>. La criminalización primaria es *selectiva* en cuanto que con ella se decide qué conductas prohibir a través de su previsión en la ley penal y cuáles no, mediante la abstención voluntaria de incluirlas en la ley penal o bien, a través de la decisión de mantenerlas previstas en leyes civiles. En todo caso, la criminalización primaria es un acto formal programático. Es *formal* en el sentido de pertenecer a la categoría deóntica; y es *programático* en cuanto que significa un programa o un guión que debe ser cumplido por las *agencias* que conforman el *sistema penal*.

La criminalización secundaria es: *...la acción punitiva ejercida sobre personas concretas...*<sup>263</sup>. Si la criminalización primaria es prever como delito cierta conducta, la secundaria es la acción y el efecto de atribuirle a una persona determinada la comisión de un delito. Ésta forma de criminalización es real, no formal, pues acaece en el mundo exterior modificándolo. La criminalización primaria es ejercida por el legislador; la secundaria por las agencias del sistema penal. Comienza cuando la policía detecta a un individuo, lo investiga, en ocasiones lo investiga para detenerlo, en otras los detiene para investigarlo, y este procedimiento puede desembocar en la ejecución de una pena, impuesta por la agencia judicial, materializada por una agencia penitenciaria.

---

<sup>262</sup> Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal... op. cit. p. 6.

<sup>263</sup> Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal... op. cit. p. 7.

La criminalización secundaria es selectiva porque si bien debe llevarse a cabo según el programa (guión) establecido mediante la acción y el efecto de la *criminalización primaria* (acto legislativo), el programa es tan inmenso que resulta de realización imposible.

En México, a guisa de ejemplo, una prueba de esa imposibilidad para llevar a práctica las previsiones de la legislación penal sería castigar a todas las personas que realizan violaciones a los derechos de autor. En las cárceles no habría lugar para albergar a millones de ciudadanos que cometen directa o indirectamente el delito conocido coloquialmente como “piratería”. Otro ejemplo lo constituye la imposibilidad de recluir a las más de quinientos mil personas dedicadas en nuestro país al narcotráfico.

Así, entre el programa y el funcionamiento del sistema penal existe una distancia tan grande (impunidad) que compromete la legitimidad del poder punitivo. La criminalización secundaria es selectiva porque en el programa a las agencias punitivas se les atribuyen más obligaciones que las que puede cumplir. Ante la inviabilidad de mantenerse paralizado, el sistema penal opta por seleccionar a su clientela. Para Zaffaroni, esta selección implica seleccionar no sólo a los criminalizados; también a los victimizados.

Otra circunstancia que demuestra ya la ilegitimidad del poder punitivo es el criterio con el que se orienta la criminalización secundaria. Ante la imposibilidad de aplicar el programa en sus fieles términos, las agencias tienen que limitar su actuación a cierta clase de conductas y de autores. Y, por razones lógicas lo mismo que naturales (no siempre por motivo de una lucha de clases) la acción punitiva de las agencias se dirige contra los delitos de poco refinamiento. Por delitos de “poco refinamiento” entendemos aquellos que se llevan a cabo con tan escaso nivel de astucia que resultan de fácil detección y sus autores de fácil detención. La acción de dirigir la criminalización secundaria hacia ese estrato delincencial genera dos efectos, uno evidente y otro soterrado: violación al

principio de igualdad (porque los delincuentes ubicados en estratos criminales refinados permanecen impunes) y creación del *estereotipo* criminal.

En efecto, el hecho de que la población carcelaria se conforme casi por completo de personas desfavorecidas en lo económico y en lo estético, obedece a la existencia previa, en las calles, de un perfil de persona desvalorada. En el imaginario colectivo se crea el prejuicio de que los pobres y los feos son quienes delinquen porque a ellos se dirige la acción punitiva de la agencia policial y los medios de comunicación publican las acciones de esa agencia. Así se invierte el razonamiento sobre las causas del crimen, y se sigue abrevando en la fuente seca del biologismo criminológico, según el cual esas causas se encontraban en las desviaciones estéticas del autor, cuando en realidad el discurso correcto indica que esas desviaciones estéticas (fealdad) y sociales (pobreza y marginación) generan criminalización secundaria. Ya por ello, Jonh Lea había dicho: “Se debe revertir la confianza en el Estado armado con crecientes poderes represivos, cuya única eficacia será su inevitable despliegue contra los pobres”<sup>264</sup>.

La selectividad de la criminalización secundaria no termina con la elección de la clientela bagatelar del sistema penal, sino que su efecto último es la verdadera conformación de la carrera criminal del estereotipado. Zaffaroni se inscribe en el interaccionismo simbólico para concluir que el estereotipo y la selectividad secundaria producen que el individuo sepa que los otros lo ven como delincuente, y ese saber termina por convertirlo en aquello que los demás dicen que él es.

Así cobra vigencia la sentencia que invierte el discurso criminológico clásico que decía: la desviación genera reacción social; para decir ahora: la reacción social genera desviación.

---

<sup>264</sup> Cfr. LEA, Jonh. *op. cit.* p. 349.

Explicando con mayor amplitud, podemos decir que el discurso jurídico-penal aspira a justificar el poder de prohibición y el diverso de castigo, atribuyéndole a dichos poderes fines éticamente válidos. A esos fines, Zaffaroni los llama *programáticos*. Se trata de un *deber ser*. En última instancia, el Estado posee las facultades de *criminalizar* y *castigar*. Por *criminalizar* se entiende la acción y efecto de incorporar al Derecho penal la “previsión/prohibición” de una conducta, por medio del acto legislativo; mientras que *castigar* es un poder manifestado en tres actos: *ius dare*, *ius dicere*, *ius docere*. El *ius dare* se produce con el acto legislativo, mediante el cual se hace la “previsión/prohibición” de la conducta y la “previsión/permisión” de la sanción. En este caso, la previsión está dirigida al particular y la permisión al Estado. La previsión es para el particular una reducción de su libertad; la permisión es para el Estado una extensión de su potestad.

El Estado ejerce el *ius puniendi* a través de lo que en el discurso jurídico-penal se llama *sistema penal*. Éste es operado por lo que Zaffaroni denomina *agencias*. El profesor de la Universidad de Buenos Aires reúne con esta expresión diversas instancias, entre las cuales: (1) policía, (2) ministerio público, (3) jueces, (4) oficinas de ejecución de penas alternativas a la privativa de libertad y centros penitenciarios. La ventaja que otorga el vocablo *agencias* es que no limita su significado a sólo los cuatro órdenes que nosotros hemos referido. También formarían parte del sistema otras figuras como: jueces calificadores, jueces de ejecución de sanciones y el mismo legislador. De esta manera, el sistema penal está conformado por todas las agencias que participan en los procesos de “previsto/prohibido”, “cometido/sancionado”. La “previsión/prohibición” corresponde al legislador al dar la norma, pero al ejecutivo promulgarla. Cometida por un particular la conducta “prevista/prohibida”, interviene la policía en su propósito de presentar al presunto autor ante el juez calificador. Si éste ve delito en el “sospechoso” lo remite al ministerio público. Si el ministerio público ejerce acción penal lo apersona ante el juez. Si el juez ve delito y culpabilidad dicta la condena, materializando así el proceso “cometido/sancionado”. Y, finalmente, la ejecución

de la condena queda encomendada a la oficina de ejecución de sanciones alternativas o privativas de libertad. A todo esto se denomina *sistema penal*, y dentro de la abstracción de tal frase se agrupan las agencias que lo operan.

Pues bien, el discurso jurídico-penal aspira al diseño de teorías racionales y argumentativas que, con necesidad de congruencia y veracidad, justifiquen los procesos: “previsto/prohibido”, “cometido/castigado”. La justificación racional de los procesos por medio de los cuales el Estado ejerce la violencia, radica en la orientación de esa violencia hacia la procuración de valores con pretensión de validez universal en el aquí y en el ahora. Por el reverso: la violencia, como algo que es indeseable por producir altos costos sociales, sólo puede justificarse cuando se dirige a la protección de valores universalmente válidos en la sociedad, de modo que los daños que la violencia genera sean menores que los evitados con su ejercicio. Por último: al ejercicio de la violencia estatal se le antepone la exigencia de estar justificada; sin justificación no es legítima. Así llegamos al núcleo del discurso jurídico-penal, que es la legitimación de la violencia estatal.

En nuestra opinión, el discurso crítico de la criminología se distingue del jurídico-penal en tres aspectos principales:

(1) Mientras que el jurídico-penal hace legitimación, el criminológico analiza la validez de esa acción legitimante. En efecto, el discurso jurídico-penal construye teorías para legitimar, no para deslegitimar. En su búsqueda sólo existe una alternativa: legitimar, y por lo tanto sólo existe una pregunta: “¿qué características debe contener una teoría para que logre la legitimación del *ius puniendi*? En cambio, desde la visión crítica de la criminología existen dos alternativas: concluir la legitimidad del poder de castigar o su ilegitimidad. En este último caso, la acción es acción y no omisión porque “deslegitima” en el sentido de remover un velo. “Deslegitimar” no es un no hacer en el sentido de “des-conocer”; es más bien un hacer, que consiste en invalidar la legitimación que como etiqueta de control de calidad el discurso jurídico-penal le coloca al *ius puniendi*.

(2) El discurso jurídico-penal es *idealista*, no en el sentido de utopía, sino en el sentido de abstracción, especulación o disertación al margen del dato real y empírico. Es un sistema de ideas cuyos valores de verdad y congruencia quiere que se evalúen a partir de la logicidad que exista entre los enunciados que lo componen. El grado de logicidad se mide con base en: (a) los otros argumentos que a guisa de principios existen ya en la misma doctrina penal pero que son “generales” (por ejemplo *nullum poena sine lege*); (b) los principios de la lógica, tales como: identidad, contradicción, tercero excluido. Por ejemplo, si un enunciado dijera que el niño puede ser reo del delito de delincuencia organizada, y otro dijera que el niño puede ser víctima del delito de corrupción de menores cuando un adulto lo induzca a la comisión de algún delito, existiría una contradicción interna en el sistema de ideas. El principio lógico de contradicción nos haría saber que dos proposiciones opuestas no pueden ser verdaderas.

Así, el discurso jurídico-penal es idealista, en tanto que el criminológico crítico es realista. Aunque en el Derecho existe el realismo con sus vertientes psicológica y conductista, éste se ocupa solamente de dilucidar si la regla jurídica es aceptada por la mayoría (psicológica) o si los tribunales la adoptan para fundar sus decisiones<sup>265</sup>. Nada tiene que ver lo anterior con la consecución de fines programáticos. El discurso criminológico crítico busca, de manera empírica, la respuesta a la interrogante que dice: “¿Los fines programáticos del sistema penal son cumplidos en realidad?”.

(3) El discurso jurídico-penal, por lo general, sigue inmerso en el paradigma del consenso: contractualismo por temor (hobbesiano), por voluntad (rosseauniano) neocontractualismo (rawlsiano) organicismo (spenceriano) estructural-funcionalismo (a la manera de Durkheim), de modo que justifica el proceso “previsto/prohibido” en el hecho de que existe el concurso de voluntades de prácticamente todos los miembros de la sociedad, al tiempo que justifica el

---

<sup>265</sup> Vid. ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Trad. s.n. 3ª ed. Editorial Eudeba. Argentina. 2005. p. 99 y ss.



proceso “cometido/sancionado” en la procedibilidad del reproche (y del castigo) habida cuenta de la violación del pacto. En cambio, el discurso criminológico crítico sale de ese paradigma para adentrarse en el del conflicto. Basado en el marxismo y neomarxismo niega el consenso y lo sustituye por la lucha de clases. Niega la legitimidad del sistema penal por no estar orientado hacia la consecución de valores universalmente válidos en la sociedad, sino a la protección de intereses de una minoría, que es la clase dominante. Luego, basado en el interaccionismo simbólico, atribuye al sistema penal una función de conformación de la criminalidad, de modo que el sujeto estigmatizado comienza a verse, comportarse y aceptarse (resignarse) como los demás lo ven, es decir, como criminal.

Zaffaroni exige al discurso jurídico-penal ser *racional*. Sostiene que éste sólo puede ser *racional* si reúne dos requisitos: (1) congruencia interna; (2) valor de verdad. La concurrencia es necesaria; la falta de un requisito da por resultado la irracionalidad del discurso. La irracionalidad da lugar a su vez a la ilegitimidad del *ius puniendi*. Notemos aquí que ninguno de los dos discursos busca justificar racionalmente que el Estado sea el poseedor del *ius puniendi*. La legitimación, en materia penal, no depende, a su vez, de la racionalidad que posea la teoría que mejor explique el poder del Estado como poder legítimo. Aquí de lo que se trata es de justificar el uso del poder del Estado, en su manifestación de violencia. Es decir, no se trata de “quién” deba tener el poder, sino de “cómo”, “por qué”, “para qué”, “cuándo” y “cuánto” deba ejercerlo. “Quién” es un problema de ciencia política, no de Derecho penal.

Zaffaroni habla de *pena* para referirse al objeto de estudio. Afirma que ésta es ilegítima porque en la actualidad está vaciada de sentido. El empleo de la palabra *pena* en vez de *ius puniendi* o, *sistema penal*, no puede interpretarse como restrictivo o limitativo a sólo el segundo de los dos procesos, es decir a: “cometido/castigado”. Aunque en su obra *En Busca de las Penas Perdidas*, emplea por lo general el vocablo *pena*, resulta evidente que siempre se refiere al ejercicio de la violencia penal como *criminalización* y *castigo*.

El autor argentino deslegitima la *pena* basado en la incongruencia y falta del valor verdad que, dice, vuelven irracional el discurso jurídico-penal. La falta de veracidad se descubre, al modo de Zaffaroni, poniendo a contraluz el *deber ser* del discurso, esto es, los *finés programáticos de la pena*, con la realidad. La incongruencia resulta también de la experiencia, pues los embustes de la realidad generan que las proposiciones que conforman el sistema de ideas jurídico-penales se cimbrén y modifiquen en su afán de racionalidad y terminan por colapsar la estructura, ya que ningún sistema meramente formal puede quedar en pie luego de ser colisionado por la estridente realidad.

El autor en consulta propone una fundamentación antropológica de la crítica al discurso jurídico penal, de tal suerte que se considera a la persona como individuo con capacidad de autodeterminarse conforme a un sentido. No basta, pues, la perspectiva metafísica para allí iniciar y acabar el discurso. Tampoco puede agotarse en el “deber ser”, puesto que ese “deber ser” es en todo caso un “ser que aún no es”, y para que ese “deber ser” pueda llegar a convertirse en “ser” necesita ser factible, realizable. Si el “deber ser” no es factible, entonces se convierte en un embuste. La exigencia de que el “deber ser” sea realizable estriba en el hecho de que el poder que pretende legitimar sí es un “ser” y por lo tanto debe disciplinársele en realidad, y no sólo programáticamente.

El sistema penal contiene en sí la incoherencia de estar formalmente fundado en la *legalidad* pero ser violatorio de esa legalidad. Para llegar a esta afirmación Zaffaroni reflexiona que la ley penal criminaliza tantas conductas (bajo el proceso “previsto/prohibido”) que si en realidad se aplicara siempre, es decir, si no existiera impunidad, se llegaría al absurdo de criminalizar varias veces a todas las personas. Nosotros diríamos: el legislador criminaliza (legisla delitos y castigos) sabiendo que su ley se aplica sólo en casos excepcionales; de lo contrario las cárceles albergarían a millones de personas y el sistema penitenciario que conforman terminaría por irse a la bancarrota. Sólo así el mismo

legislador, urgido por la quiebra financiera, abriría la puerta de los presidios a través de la descriminalización de conductas y la concesión de sustitutivos penales.

El sistema pena contiene la incoherencia de ser altamente *selectivo*. La selectividad del sistema comienza en la elección arbitraria que realiza el legislador, consistente en decidir cuáles conductas si criminalizar y cuáles no. En nuestra opinión esta decisión debería tomarse siguiendo dos principios: igualdad y subsidiariedad. El primero implica que el acto legislativo esté orientado por una exigencia axiológica, a saber: que la ley reseñe un “deber ser” en el que todos, con independencia de su posición social, tengan la misma obligación de pasar por sus previsiones. Esto es, que el proceso “previsto/prohibido” implique para todos el diverso de “cometido/sancionado”. El segundo significa que al legislador sólo le será permisible criminalizar cuando demuestre que ha pasado revista, mediante un debate incluyente, a todas las alternativas no penales, llegando a la conclusión, por exclusión, de que la respuesta punitiva es la única viable. La inobservancia de estos principios lo mismo que la insuficiencia de recursos asignados a las agencias penales, producen la selectividad del sistema, que recluta a la clientela valiéndose de los estratos bajos.

Zaffaroni obtiene las conclusiones siguientes, producto de confrontar los fines programáticos de la pena con la realidad:

- a) Que la legalidad no proporciona legitimidad, por quedar pendiente de un vacío que sólo la ficción puede llenar.
- b) Que el principal y más importante ejercicio de poder del sistema se realiza dentro de un marco de arbitrariedad concedido por la misma ley.
- c) Que el ejercicio de poder menos importante del sistema penal sirve de pretexto para el otro y tampoco respeta ni puede respetar la legalidad.
- d) Que además de señalarse que el ejercicio del poder del sistema no respeta ni puede respetar la legalidad, es necesario tener en

cuenta que en forma abierta y extrema se viola la legalidad en la operatividad social de nuestros sistemas penales, con el altísimo número de hechos violentos y de corrupción practicados por las propias agencias del sistema penal”<sup>266</sup>.

Como podemos apreciar, el discurso crítico introduce al estudio de la legitimidad de la pena circunstancias de hecho que el discurso justificacionista pasa por alto. Precisamente, su principal argumento es: “ésas son circunstancias de hecho, no de Derecho”. Sin embargo, prevenido de esta clase de réplicas, Zaffaroni demuestra que la ley penal da pie a la aparición, conservación y radicalización de esas circunstancias factuales.

El autor no detiene su crítica en los hechos, también profundiza en los fundamentos del discurso jurídico-penal hasta llegar a la semilla originaria. Como dijimos, el discurso jurídico se circunscribe en el paradigma organicista. Sobre el particular, Zaffaroni dice que ésta es una idea antidemocrática por definición: al “organismo social” lo que le interesa es el organismo mismo y no sus células. Las decisiones son tomadas por las células que poseen la capacidad para decidir sin incorporar en su deliberación a las demás. Esta idea tan “positivista” se tomó de la biología para intentar, más que explicar, justificar como “científico” lo que siempre fue una fórmula antidemocrática. De la misma manera, el contractualismo del “todos contra todos y el “estado de naturaleza” fue una ficción, aunque cuidadosa, porque sus artífices construyeron un argumento basado en el “miedo” que necesitaba darse como real. Por lo que concierne al contractualismo voluntarista o político, también se hizo cernir sobre la población la falsa idea de un riesgo de retorno perpetuo hacia la guerra civil. La existencia de un estado de cosas donde los individuos sacrifican parte de su libertad para que se le proteja su libertad residual justifica el poder penal con argumentos tan pobres como “es mejor que nada”, o “es menos malo que”.

---

<sup>266</sup> Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En Busca de... *op. cit.* pp. 33-34.

Finalmente diremos que Zaffaroni propone no la abolición del poder penal, sino la construcción de un discurso y de una realidad legitimantes. Para ello dice ser necesario:

“Que el derecho penal mínimo es una respuesta que debe ser apoyada por todos los que deslegitiman el sistema penal, pero no como una meta insuperable, sino como paso o tránsito hacia el abolicionismo, por lejano que hoy parezca, como un momento del “unfinished” de Mathiesen, y como un objetivo “cerrado” o “acabado”<sup>267</sup>.

Más adelante complementa:

“El argumento iluminista de la necesidad del sistema penal para evitar la venganza corresponde a un programa mínimo propuesto por el Iluminismo y nunca realizado. *En el plano real o social, la experiencia indicaría que ya parece estar bien demostrada la innecesariedad del ejercicio del poder del sistema penal para evitar la generalización de la venganza*, porque el sistema penal sólo opera en un reducidísimo número de casos y, por ende, la inmensa mayoría de supuestos impunes no generaliza venganzas ilimitadas<sup>268</sup>.

Ciertamente el *minimalismo penal* nace como idea en la Ilustración con Voltaire y Beccaria; aunque también con Montesquieu y John Locke. Pero siempre permaneció en su forma de proyecto. Por el contrario, el minimalismo significó en su tiempo una reacción a la realidad cada vez más criminalizante y cruel con la que el ejercicio del poder penal llegó al paroxismo. Hoy día ese carácter reaccionario sigue existiendo, pues esa realidad, aunque con otros refinamientos, continúa vigente. De tal suerte que el proyecto ilustrado sigue teniendo validez en nuestros días como alternativa para legitimar el poder penal.

---

<sup>267</sup> Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En Busca de... *op. cit.* pp. 110-111.

<sup>268</sup> Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En Busca de... *op. cit.* p. 111.

Para Zaffaroni existen tres manifestaciones del poder penal: la *formal*, la *informal* y la del *enemigo*. La formal es aquella que consta de los procesos “previsto/prohibido, cometido/castigado” no sin la existencia de una limitación más o menos cierta al poder mismo a través de principios constitucionales y reglas procesales llamados *derechos humanos*. Este poder penal está dirigido contra los ciudadanos, pero los derechos humanos están dirigidos contra el Estado a manera de choque estabilizador de fuerzas. Más allá de que esa estabilización se logre, producto de la paridad entre las fuerzas que entran en colisión, lo cierto es que los derechos humanos representan, al menos programáticamente, un límite y por tanto un control del ejercicio del poder de castigar. Esta película, a veces débil en realidad, otras fuerte, detiene los embistes, atempera los ímpetus y evita los daños que las agencias del sistema penal pretendan llevar a cabo. Ejercen un control social sobre el control social formal, de modo que aspiran a disciplinar al sistema penal desde el acto dador de normas hasta la ejecución de la pena.

La manifestación informal, o el poder penal informal, es aquel que se ejerce de forma soterrada, al margen de los derechos humanos y no a partir de principios constitucionales y reglas procesales. No obedece a fin programático alguno y debe practicarse sin el conocimiento de la población. Esta clase de poder no se ejerce en todas las naciones ni en todos los momentos, y se explica mejor llamándolo *guerra sucia*. El Estado identifica un *enemigo* y lo combate sin permitir el choque estabilizador de fuerzas pues, de facto, le desconoce al enemigo sus derechos humanos. La desaparición del enemigo es el fin, y el “fin justifica los medios”. Este tipo de poder viola una infinidad de principios constitucionales, como el de *nulla culpa sine juicio*.

El *Derecho penal del enemigo* tiene también un *enemigo* en el sentido de una “amenaza”. Su tónica es el crecimiento de los fines “seguridad nacional” y el aminoramiento de los fines programáticos de la “seguridad pública”, procurada a través del sistema penal o, del poder penal formal. El enemigo en Europa, Asia y

Estados Unidos de América suele ser denominado *terrorista*; mientras que en nuestra región puede identificarse como *terrorista* o como *narcotraficante*. El resultado del Derecho penal del enemigo es aquello que Abelardo Rodríguez Sumano llama *securitización de la política*. Consiste en priorizar la seguridad nacional por encima de todo lo que antes era prioridad y avanzar en esa dirección. Existe pues, un poder penal formal que se dirige hacia los ciudadanos y que reconoce los derechos humanos como resultado de conquistas sociales, y otro del enemigo que es formal pero dirigido hacia personas que no “merecen” ser tratados como personas, en el sentido jurídico del término, es decir, con derechos.

La existencia del Derecho penal del enemigo se pretende justificar a partir de la peligrosidad del enemigo, de la existencia de una asechanza al Estado que pone en riesgo la continuidad de la nación como proyecto. Así, utilizando esta clase de definición, los tomadores de decisiones hábilmente transforman la seguridad pública en seguridad nacional. Se argumenta que es necesario crear un Derecho penal con reglas especiales para combatir con mayor eficacia al adversario. La “especialidad” de esas reglas consiste en el desconocimiento de aquellos derechos humanos que “obstaculicen” la labor del sistema penal o, en última instancia, de las agencias que lo conforman. Así las cosas, la seguridad pública pasa de ser la procuración de la defensa de los derechos humanos a la procuración de la seguridad de la nación mediante el atropello de los derechos humanos. El argumento se invierte; los derechos humanos, antes objeto de protección, ahora se ofrecen como obstáculo para la acción protectora.

Los derechos de los ciudadanos dificultan la procuración de la seguridad de la nación. Esta lógica implica el regreso al organicismo donde, el mismo Zaffaroni explica, importa el organismo pero no las células. Todo sistema de ideas según el cual exista una intersección donde los derechos humanos se vuelvan obstáculo para la seguridad nacional de tal forma que ésta ya no pueda procurarse a menos que ese obstáculo sea removido, es autoritaria y antiliberal. En realidad lo que sucede es que la ineficacia de las agencias penales es tan grande que no pueden

investigar sin judicializar los cateos y las intervenciones telefónicas; no pueden integrar averiguaciones previas con detenido a menos que se duplique el término constitucional; no pueden contender durante la instrucción en condiciones de igualdad sin privar al acusado de los derechos de *habeas corpus*, defensa, careo, repreguntar, ofrecer pruebas, etc.

Algo que debemos cuestionarle al discurso jurídico-penal es por qué desconocer las razones que en la realidad deslegitiman al poder penal formal con el argumento de que estas “son razones de hecho”, si las ineptitudes de las agencias penales para cumplir su cometido sin la necesidad de desconocer derechos humanos es también una cuestión de hecho.

El autor en cita considera que los estados de derecho son, sin más, la contención de los estados policía<sup>269</sup>. Siguiendo esta ruta de pensamiento considera que la introducción del *enemigo* en el derecho ordinario de un estado de derecho significa la destrucción de éste, porque borra los límites del Derecho penal declarando la guerra y los del derecho humanitario declarando la criminalidad<sup>270</sup>.

“Uno es el derecho penal del estado de derecho y otro es el del estado de policía. Uno es el derecho penal de un estado en que todos responden igual ante la ley, el otro es el derecho penal del estado en que todos responden a la voluntad del que manda”<sup>271</sup>.

Concluye que en la medida en que el discurso jurídico-penal legitime o ignore el trato diferencial de los *enemigos o extraños*, está lesionando el estado de derecho y al mismo tiempo está invalidando el principio rector del estado de derecho, porque toda racionalización doctrinaria en ese sentido representa una

---

<sup>269</sup> Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El Enemigo...* op. cit. p. 165.

<sup>270</sup> Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El Enemigo...* op. cit. p. 168.

<sup>271</sup> Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Origen y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal. (Lectio Doctoralis)*. *Laudatio*: ERBETA, Daniel. Editorial Ediar. Universidad Nacional de Rosario. Argentina. 2004. p. 44.



quiebra del instrumento orientador de la función política del Derecho penal<sup>272</sup>. Para nosotros es claro que el autor niega legitimidad al Derecho penal del enemigo porque remueve del horizonte de proyección del Derecho penal los derechos humanos que deben constituir su objeto (protegerlos criminalizando) y límite (protegerlos absteniéndose de criminalizar).

El Derecho penal formal está desvinculado de sus fines programáticos, volviéndose así ilegítimo. El Derecho penal informal está desvinculado de la *legalidad*, puesto que se lleva a cabo clandestinamente como guerra sucia de baja intensidad, al margen de la constitución y de las reglas procesales. El proceso “previsto/prohibido” sí se observa, pero el diverso “cometido/castigado” se lleva a cabo pero legalmente, de modo que el nivel de la contradicción *Estado-criminal* se rebaja al de identidad *Criminal-criminal*.

Por su parte, el Derecho penal del enemigo no está desvinculado de la legalidad, y tampoco a sus fines programáticos. No está fuera de la ley porque nace en la ley como un estatuto diferenciado al de los ciudadanos y aplicable al *enemigo*. Tampoco está desarticulado de sus fines programáticos porque éstos también constituyen un estatuto diferenciado con respecto al del Derecho penal formal. El proceso “previsto/prohibido” existe en la ley, sólo que desconociendo ciertos principios constitucionales, tales como: *versari in re ilícita* y *cogitationis poena nemo patitur*. El proceso “cometido/castigado” también se encuentra inserto en las reglas procesales, pero desconoce principios constitucionales como el: *nulla probatio sine defensione*. De lo que está desvinculado es de la racionalidad y del valor de verdad que como características esenciales debe contener el discurso jurídico-penal con el cual intentar legitimar cualquier manifestación del poder penal. La racionalidad debe significar, entre otras cosas, la existencia de una violencia estatal no como *respuesta contingente*, sino como estrictamente necesaria. Esa necesidad pretende fundarse en la gravedad del peligro que representa al enemigo para la seguridad nacional, encubriendo la

---

<sup>272</sup>Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El Enemigo... *op. cit.* p. 188.

realidad con el velo del reequilibrio de fuerzas. Ese reequilibrio de fuerzas implica que el Estado, maniatado para actuar por las amarras que le imponen los derechos humanos, debe acopiar un arsenal igual o más poderoso que el del enemigo para llevar a cabo una violencia igual o más grave que la que enfrenta. Este discurso es falso, y propia del paradigma de la *sociedad en riesgo*. Se funda en el temor, como una *carta patriótica* que, al estilo de la de George W. Bush, los ciudadanos (damnificados en este acopio de fuerza) estén dispuestos a firmarla de manera incondicional, movidos por el miedo que la figura del *enemigo* les provoca.

La única forma de pretender, con sensatez, legitimar el Derecho penal del enemigo es garantizar su fugacidad. Pero las leyes, por definición, se hacen para perdurar no para perecer, a no ser por dos excepciones: las fiscales (anuales) y las de emergencia (excepcionales). Así, la única forma de legitimar el Derecho penal del enemigo es sustituyéndolo mediante el procedimiento constitucional para la declaración de un estado de excepción y la suspensión temporal de derechos humanos. Si esto último se hiciera dejaría de ser Derecho penal del enemigo, por lo que en realidad el Derecho penal del enemigo no tiene opciones de ser legitimado.

### **c. Disminución del Reparto del Dolor. (Nils Christie)**

Nils Christie, con clara influencia de la escuela sociológica, tiene como tesis fundamental que la civilización industrial conduce al holocausto. Su idea central es que las sociedades occidentales tienen dos problemas, a saber: (1) distribución desigual de la riqueza; y (2) distribución desigual del acceso al trabajo remunerado. Ambos problemas generan conflicto social. Para administrar ese conflicto, que no para resolverlo, existe la industria del control del delito<sup>273</sup>. Para aclarar la tesis de este abolicionista moderado, cabe citarlo textualmente: “El mayor peligro del delito en las sociedades modernas no es el delito en sí mismo,

---

<sup>273</sup> Vid. CHRISTIE, Nils. La Industria... *op. cit.* p. 21.

sino que la lucha contra (sic) éste conduzca las sociedades hacia el totalitarismo”<sup>274</sup>.

El sistema de ideas desarrollado por Christie tiene como punto de partida el “descubrimiento” de las “conductas indeseables”. Este acto de descubrir consiste en no llamar “delito” al fenómeno en cuestión. El descubrimiento así entendido, es la acción y efecto de quitar el velo lingüístico al fenómeno natural. Cuando salimos de las trampas del lenguaje formal, dado por el discurso jurídico-penal, podemos caer en la cuenta de que en realidad el tema que nos interesa es una conducta considerada como indeseable en un contexto cultural tempore espacial.

El profesor de Oslo se preocupa porque el lenguaje se aproxime al fenómeno, de tal suerte que el concepto *delito* no nos obligue a pasar por alto el estudio de las decisiones políticas por virtud de las cuales una conducta indeseable sea o no tipificada como delito. En efecto, para este pensador noruego, cada sociedad decide la cantidad de dolor que está dispuesta a imponer. Por lo tanto, conviene conocer cuáles son las motivaciones verdaderas que detrás de esa decisión se esconden.

Estudiando el caso de Estados Unidos de América (que considera un mal ejemplo en materia de política criminal que, sin embargo, podría cundir por Occidente amén de su alto grado de influencia) afirma que el reparto del dolor se justifica discursivamente en la necesidad de defender a la sociedad. No obstante, demuestra con estadísticas construidas a partir de información oficial que no existe una relación causa-efecto entre el incremento del índice delictivo y la intensificación del reparto del dolor, legible en las altas tasas de encarcelamiento. Es decir, que aún en períodos de disminución de la tasa de delitos, las autoridades de ese país han optado por endurecer las penas.

---

<sup>274</sup> Vid. CHRISTIE, Nils. La Industria... *op. cit.* p. 24.

Por esta razón se aleja de los conceptos propios del lenguaje jurídico-penal, llamando “conducta indeseable” a lo que los juristas denominan “delito”, y “reparto de dolor” a lo que ellos mismos entienden por “pena”.

El autor escandinavo sostiene que hemos construido sociedades donde resulta muy fácil definir como “delictivo” el comportamiento no deseado (el Derecho penal como *prima ratio*). También hemos moldeado esas sociedades de modo que fomentan la aparición de conductas indeseables. Igualmente, en esas sociedades hemos disminuido las posibilidades de resolver los conflictos a través del control social informal (no jurisdiccional). Estas circunstancias generan un reparto del dolor muy grande. Por “reparto del dolor” entiende la función por medio de la cual el Estado acciona el poder punitivo privando a las personas de derechos importantes.

Christie denuncia que la dosis de dolor y la asiduidad con que el Estado está dispuesto a intervenir “dolorosamente” en las relaciones entre particulares han generado una industria que necesita del delito para subsistir. Para demostrar el carácter “corporativista” de las agencias que conforman el sistema penal, acude al ejemplo de la privatización de las prisiones.

En su estudio se cuida bien de liberarse del concepto “delito”, dada su artificialidad; es decir, su inexistencia fáctica. El delito no existe en el mundo real; lo que existe es una conducta indeseable<sup>275</sup>. Que la conducta indeseable se convierta en delito no depende del autor, sino del Estado, quien criminaliza la conducta indeseable al incorporarla al catálogo de delitos previstos en la ley. De esta manera, antes de entrar al estudio sobre la cantidad de delitos cometidos, es necesario determinar la cantidad de conductas criminalizadas. Para el autor noruego, una sociedad industrial tiende a criminalizar muchas conductas porque tiene los dos problemas arriba planteados: (1) distribución desigual de la riqueza; y

---

<sup>275</sup> Vid. CHRISTIE, Nils. “El Delito no Existe”. En: VVAA. S.n. *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*. Editores del Puerto. Argentina. 2005. pp. 560-561.

(2) distribución desigual del acceso al trabajo remunerado. La manera principal de administrar el conflicto social que genera la desigualdad, propio de las sociedades industrializadas, es intensificando el reparto del dolor.

La criminalización secundaria, es decir, la imputación de un delito a un sospechoso por parte del sistema penal, tiene sus propias motivaciones. Las características de la población carcelaria permiten afirmar que el sistema penal es selectivo en la medida en que se dirige hacia las clases débiles. Así, en los Estados Unidos de América, en el año 2001, de cada 100 mil afroamericanos 3 mil 535 estaban en prisión, contra apenas 462 de cada 100 mil hombres blancos<sup>276</sup>.

Christie reflexiona que los abolicionistas plantean cuestiones como: ¿qué lógica y qué ética hacen tan cierto que el castigo tenga prioridad sobre una respuesta pacífica? Agrega que castigar es infligir dolor de manera intencional. Y se pregunta si ese dolor tiene ventajas, y por lo tanto prioridad sobre la reconciliación, la reparación y el perdón<sup>277</sup>.

El profesor de la Universidad de Oslo se detiene en el caso paradigmático de Estados Unidos de América. Basándose en documentos oficiales, reflexiona que mientras el índice delictivo ha disminuido levemente, las penas se han incrementado. Además, la mayoría de los reclusos son sentenciados por delitos menores que no representan un riesgo serio para la seguridad pública ni una merma económica considerable para la víctima.

Nils Christie afirma que: “El aumento explosivo de presos en los Estados Unidos no puede explicarse diciendo “causado por el aumento de delitos cometidos”. Tenemos que buscar otras explicaciones”<sup>278</sup>.

---

<sup>276</sup> Vid. CHRISTIE, Nils. *Una Sensata Cantidad de Delito*. Trad. ESPELETA, Cecilia y IOSA, Juan. Editores del Puerto. Argentina. 2004. p. 87.

<sup>277</sup> Vid. CHRISTIE, Nils. *Una Sensata...* *op. cit.* p. 120.

<sup>278</sup> Cfr. CHRISTIE, Nils. *La Industria...* *op. cit.* p. 99.

¿Cuáles son esas “otras explicaciones que interesan a Christie? En Estados Unidos de América todo se mercantiliza. La guerra contra potencia extranjera se convierte en negocio para las empresas que diseñan y fabrican tanques, aviones, armas y sistemas tecnológicos. Lo mismo sucede con el control del delito. En ese país el sistema penal es una industria, en el sentido no sólo de dar empleo a funcionarios públicos, sino ganancias a empresas privadas. Christie cita múltiples anuncios publicitarios de empresas que ofrecen sus servicios para construir cárceles, equiparlas y hasta administrarlas. Cuestiona la privatización de las prisiones incluso allí donde han de ejecutarse penas de muerte. Se pregunta a quién representa el hombre que inyecta o el que sube la palanca de electricidad: ¿a la sociedad?, ¿al Estado?, ¿o a una SRL?. Y en todo caso, ¿por qué la responsabilidad de esa sociedad ha de ser limitada?<sup>279</sup>.

El autor en consulta calcula, basándose en documentos oficiales, que en EEUU, durante el año 1996, el sistema punitivo absorbió una mano de obra de 6.1 millones de personas. Esta cifra se divide en rubros tales como: presos, guardas, policías, tribunales, etc. Entre éstos, descuellan: presos, con 1.7; guardas, con 0.8; policías privados, con 2.0; policías, con 1.0<sup>280</sup>.

Este criminólogo liberal está cierto de que el modelo de control del delito estadounidense difícilmente podrá ser imitado en otros países con capacidad financiera menor.

En México sería impensable, por ejemplo, un sistema penitenciario con 2,1 millones de internos. El sistema se colapsaría. Lo mismo pasaría en Brasil. Este país sudamericano tiene sus cárceles sobrepobladas en extremo, pero aún así financiadas. A Christie lo que le preocupa es que los países industrializados

---

<sup>279</sup> Esta “reprivatización” del control del delito es también denunciada en: GARLAND, David. *Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*. Trad. SOZZO, Máximo. Gedisa. España. 2005. pp. 56-57.

<sup>280</sup> Vid. CHIRISTIE, Nils. “Control de la Delincuencia en Europa y Norteamérica: Ejemplos que no Deben Seguirse”. En VVAA. CARRANZA, Elías. (Coord.). *Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria. Respuestas Posibles*. Trad. s.n. 2ª ed. Siglo Veintiuno Editores. México. 2007. pp. 144-145.

podieran emular la política criminal de los Estados Unidos de América que es contradictoria de los valores que campean en su cultura. En efecto, mientras que la Unión Americana tiene como principal divisa la libertad, cuenta 2 millones 300 mil personas privadas de libertad, lo que equivale a ... por cada 100 mil habitantes. Dicho en otros términos: el paladín de la libertad es quien posee la tasa de encarcelamiento más alta del mundo.

Para nosotros, es imposible fundar la pena con base en un discurso alejado de la realidad, construido en un ámbito abstracto, formal o meramente conceptual. Sostener un criterio contrario sería condenar al discurso jurídico-penal a la condición de mera literatura. A cambio de esto, si se reconoce que el Derecho penal material no cumple sus fines programáticos, se tendrá una justificación suficiente para minimizar la violencia. Mientras tanto, los discursos legitimantes seguirán protegiendo una violencia estatal que resulta: (1) estéril en la lucha contra el delito; (2) altamente costosa en términos de violaciones a derechos humanos; y (3) contradictoria del liberalismo jurídico.

## CAPÍTULO TERCERO

### LA PRISIÓN EN MÉXICO

#### I. Planteamiento

En este capítulo pretendemos falsar la proposición descriptiva número (4): “La pena de prisión es legítima por el hecho de que la cárcel donde ésta ha de ejecutarse funciona para procurar la reinserción social de un semejante”.

Para esta empresa, tendremos como hilo conductor ubicar en tiempo y espacio la pena de prisión. El tiempo será de 1871 a la actualidad, y el espacio será México. Esta delimitación espaciotemporal no tiene por objeto parcelar para acotar, sino incardinar para desarrollar. Sólo podremos concebir a la pena como un fenómeno cambiante si permitimos que el tiempo pase por ella; de esta forma sabremos si sus características (*quid* y *quantum*) han variado y, en todo caso, si esas variaciones minan o potencian el cumplimiento de sus fines programáticos.

Como del título del capítulo se advierte, no entraremos al estudio de la pena privativa de libertad en la Época Prehispánica ni en la Época de la Colonia. Por lo que atañe a la primera, esta omisión tiene su justificación en el hecho de que en el territorio que hoy llamamos “México” no hubo una nación en el término exacto del vocablo. Existieron diversos pueblos que, si bien tuvieron un alto grado de organización político-jurídica, su Derecho no subsistió a la Conquista, de modo que algunas de sus nociones pervivan en la producción legislativa posterior a las Leyes de Indias<sup>281</sup>. Por lo que concierne a la segunda, la abstención tiene su explicación en el hecho irrefutable de que la Nueva España tampoco fue una nación, sino una colonia.

---

<sup>281</sup> Naturalmente, usos y costumbres de los pueblos indígenas subsisten hasta hoy. Sin embargo, producto de la exclusión social de que han sido objeto como minoría étnica, su cultura milenaria se reconoce como un “otro” pero no se introduce en el sistema jurídico mexicano, a través de normas generales, abstractas, heteroaplicativas y coercibles.



El estudio de la pena de prisión en el México independiente, parte del Código Penal Federal de 1871, conocido como el *Código Martínez de Castro* (en honor a don Antonio Martínez de Castro, Presidente de la Comisión Redactora). No obstante, por su valor histórico intrínseco y cuando su paso del Derecho “Colonial” al del México independiente así lo justifique, traeremos a la luz algunas disposiciones previstas en *Las Siete Partidas del Sabio Rey Alfonso X* y en las *Leyes de Indias*.

Existen pocas obras jurídicas dedicadas a la historia de la pena de prisión en México<sup>282</sup>. No obstante, el esfuerzo por localizar fuentes documentales es necesario en esta investigación, pues tenemos que comprobar la presencia de una diafonía entre el discurso redentor, humanista y liberal con que se ha encubierto el uso de la violencia estatal, y la realidad segregacionista, inhumana y antiliberal que ha venido caracterizando el agravamiento de la violencia estatal como forma de reacción ante el delito.

Realizando un breve estudio comparativo entre el primer código de la Nación y el Código Penal Federal de 1931, que aquí llamaremos *Código de Ortiz Rubio* (por haberse sancionado durante la presidencia de Don Pascual Ortiz Rubio), podremos comprobar que el marco penal legal de ciertos delitos de alto impacto social ha sufrido un incremento tanto en su *quid* como en su *quantum*.

Si a este ejercicio agregamos las modificaciones que a la alza ha sufrido el *Código Ortiz Rubio* desde el inicio de su vigencia hasta la fecha, no dejaremos duda acerca de la afirmación que sostiene la existencia en México de un *inflacionismo punitivo*.

---

<sup>282</sup> Por ejemplo: (1) GARCÍA Ramírez, Sergio. Manual... *op. cit.* (2) PONT, Luis Marco Del. *Derecho Penitenciario*. Cárdenas Editor. México. 1984; (3) OJEDA Velázquez, Jorge. *Derecho de Ejecución de Penas*. 2ª ed. Porrúa. México. 1985; (4) MENDOZA Bremauntz, Emma. *Derecho Penitenciario*. McGraw Hill. México. 1999.

Probada la existencia de este fenómeno, dejaremos libre el terreno para formular una pregunta, que dice: “¿En México, hoy día, el incremento de las penas disminuye los delitos? Formulada esta pregunta quedará planteado el problema. Planteado el problema se podrá construir la hipótesis: “En México, actualmente, el incremento de las penas no disminuye los delitos”. Hecho lo anterior, podremos plantear una segunda pregunta, que diga: ¿Por qué en México, actualmente, el incremento de las penas no disminuye los delitos? Así daremos pie a la construcción de una segunda hipótesis: “En México, actualmente, el incremento de las penas no disminuye los delitos porque la amenaza de la pena no actúa como inhibidor en la fase del *iter criminis* denominada “deliberación””.

De esta manera venimos demostrando la necesidad de estudiar la evolución histórica de la pena prisional en nuestro país. Incardinando la pena en el tiempo y en el espacio, nos será posible demostrar claramente la existencia del problema que pretendemos resolver.

## II. Encarcelamiento

Desde que Cesare Beccaria afirmó, en 1764, que la gravedad de las penas no disminuye los delitos, la sentencia cobró carta de naturalización en la academia<sup>283</sup>. Los profesores de criminología la enseñan a sus alumnos y ellos la reciben como dogma. Sin embargo, el divorcio que existe entre teoría y práctica demuestra que en la política legislativa mexicana el principio beccariano no tiene peso.

En México, actualmente, se incrementa la penalidad<sup>284</sup> para delitos de “alto impacto” o “alta incidencia”; se eleva el uso de la prisión preventiva, se privilegia el

---

<sup>283</sup> “*Uno dei piú gran freni dei delitti non é la crudeltá delle pene, ma l’infalibilitá di esse...*”. (No es la crueldad de las penas el mayor freno a los delitos, sino su infalibilidad). Cfr. CESARE BECCARIA. *op. cit.* p. 59.

<sup>284</sup> Penalidad o Marco legal penal. Ejemplo: “Al que cometa el delito x se le aplicará de 2 a 6 años de prisión”. En este caso, la penalidad es de 2 a 6 años de prisión. A ese margen configurado con un mínimo de 2 y un máximo de 6 años se le llama “penalidad” o “marco legal penal”.

uso de la sanción de prisión por encima de otras penas menos lesivas y se prolonga la duración de la pena privativa de libertad. Esta tendencia al endurecimiento de los castigos y a la expansión del Derecho penal produce sobrepoblación carcelaria. ¿Genera también la disminución del índice delictivo?<sup>285</sup>.

El problema de la inflación punitiva es relevante científicamente, si se toma en cuenta que todo Estado Democrático de Derecho debe contar con un Derecho penal liberal, y que el Derecho penal liberal debe tender hacia el minimalismo, no hacia el expansionismo penal. El Derecho penal liberal es un instrumento de cohesión social que sirve, en todo caso, para potenciar las libertades de los habitantes. En cambio, un Derecho penal expandido incrementa la violencia estatal y, en esa misma medida, disminuye las libertades de los habitantes. De lo que se obtiene la necesidad de que exista una relación lógica y congruente entre liberalismo (político, económico y social) y Derecho penal mínimo.

La cárcel es una extremidad en la cual podemos tomarle el pulso al grado de inflación punitiva. En 1995, el sistema penitenciario nacional estuvo integrado por 438 centros que contaban en su conjunto con 91 mil 442 espacios, mientras que la población penitenciaria era de 93 mil 574 internos. Esto indica que la sobrepoblación carcelaria fue de 2 mil 132 cautivos, equivalente al 2.33% respecto de la capacidad instalada. Al finalizar octubre de 2002, la población penitenciaria fue de 177 mil 220 internos albergados en 448 centros; la sobrepoblación carcelaria era equivalente al 26.7% respecto de la capacidad instalada que para ese mes fue de 139 mil 840 espacios<sup>286</sup>.

Al cabo de ochenta meses (de enero de 1995 a octubre de 2002) la situación del sistema penitenciario mexicano fue la siguiente: se construyeron 10 centros de reclusión, que representan el 2.3% de crecimiento; 48 mil 398 espacios

---

<sup>285</sup> Cantidad de delitos que se cometen en un lugar y tiempo determinados. Puede ser general o particular. El primero es un indicador sobre la totalidad de los delitos. El segundo es un indicador por cada tipo de delito.

<sup>286</sup> *Vid.* RIVERA Montes de Oca, Luis. *op. cit.* p. 23.

se agregaron a la capacidad instalada, equivalente al 52.9% de aumento. Sin embargo, la población penitenciaria se elevó en 89.4% y la sobrepoblación creció poco más de 1,900% respecto a 1995<sup>287</sup>. Para septiembre de 2007 la población carcelaria era de 217 mil 436 presos<sup>288</sup>. En Nuevo León actualmente 5 mil 544 personas se encuentran recluidas en centros de readaptación social<sup>289</sup>.

Entre las entidades federativas con mayor problema de sobrepoblación carcelaria descuellan: Estado de México, Distrito Federal, Sonora, Baja California, Tamaulipas y Jalisco. En 1987, los presidios mexiquenses albergaron un total de 4 mil 359 internos. En 1997 la cifra ya se había elevado a 6 mil 281 reos, y en el 2001 alcanzó la de 10 mil 255 reclusos<sup>290</sup>.

De acuerdo con el último censo nacional (2005), México tiene 103 millones 263 mil 388 habitantes<sup>291</sup>. Esto significa que en la República existe 1 preso por cada 413 personas libres. ¿Esta proporción es alta? Una opción de respuesta es comparar la cantidad de habitantes que hubo en el año 1995 con la cantidad de presos de ese mismo año; y posteriormente hacer la misma operación con relación a los años 2002 y 2007 (septiembre).

Podemos efectuar esta comparación mediante una operación aritmética sencilla: el cociente 1 (número de habitantes) se divide por el cociente 2 (cantidad de presos). Así obtendremos un resultado por cada año, de tal suerte que nos sea posible crear una gráfica que ilustre el comportamiento del fenómeno en cuestión. La proposición lógica sería:<sup>292</sup>

---

<sup>287</sup> Cfr. RIVERA Montes de Oca, Luis. *op. cit.* p. 32.

<sup>288</sup> Estadística del Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Seguridad Pública Federal.

<sup>289</sup> Estadística de la Subsecretaría de Administración Penitenciaria de la Secretaría de Seguridad Pública de Nuevo León. Al 25 de julio de 2008.

<sup>290</sup> Cfr. CISNEROS, José Luis. *¿Para qué Sirven las Prisiones? Nuevas Formas de Penalidad en el Estado de México*. Editorial elaleph.com. Col. Insumisos Latinoamericanos. Argentina. 2006. p. 147.

<sup>291</sup> Vid. <http://www.inegi.gob.mx>

<sup>292</sup> Valores: (1p) significa "Un preso". (x) significa "multiplicación". (n) representa "número" (dato ignorado que se pretende descubrir). (h) equivale a "habitantes". Leída como proposición lógica, dice: Un preso por cada (n) habitantes".

El censo de 1995 arrojó un total de 91 millones 158 mil 290 habitantes<sup>293</sup>. Año en que el sistema penitenciario nacional albergó, como dijimos, 93 mil 574 internos. Dividiendo la cantidad total de habitantes que hubo en México durante el año 1995 entre la cantidad total de internos que el sistema penitenciario contabilizó ese año, se obtiene la proporción de 1 preso por cada 974 habitantes. Entonces, en 1995 el resultado de  $1p \times (n)h$  es:  $1p \times 974 h$ .

En el año 2002 la población penitenciaria fue de 177 mil 220 internos. Ese año no hubo censo nacional. El más cercano corresponde al año 2000, que arrojó un total de 97 millones 483 mil 412 habitantes. El resultado de  $1p \times (n)h$  es:  $1p \times 550 h$ .

En el año de 2007 (hasta septiembre) la población penitenciaria fue de 217 mil 436 internos, mientras que el censo nacional más cercano (2005) arrojó un total de 103 millones 263 mil 388 habitantes. Realizando la misma operación aritmética se obtiene que el resultado de  $1p \times (n)h$  es:  $1p \times 474 h$ <sup>294</sup>.

La proporción del número de habitantes por preso ha disminuido más del 100% en 13 años. O lo que es lo mismo, cada vez más personas pierden su libertad. ¿México es ahora un país más seguro?

Por lo que concierne a Nuevo León, según el censo nacional (2005) desglosado por entidad federativa<sup>295</sup>, el Estado tiene 4 millones 199 mil 292 habitantes. Y de acuerdo a la estadística oficial, su sistema penitenciario alberga a 5 mil 544 presos. En el caso Nuevo León, la proposición lógica  $1p \times (n)h$  se resuelve con una proporción de 757. Lo que coloca a la entidad en cuestión por

<sup>293</sup> Vid. <http://www.inegi.org.mx>

<sup>294</sup> Vid. Anexo 1. Gráfica 1.

<sup>295</sup> Vid. <http://www.inegi.org.mx>

encima de la proporción nacional en términos positivos, pues en su territorio existen más habitantes (libres) por cada preso<sup>296</sup>.

Otra razón por la que se trata de un problema científicamente relevante es porque uno de los fines de la pena de prisión es la reinserción social<sup>297</sup>. Implica que el delincuente, tarde o temprano, habrá de regresar físicamente a la sociedad, por lo que en la cárcel debe recibir un tratamiento individual, progresivo y técnico con el cual se le prepare para la vida en libertad<sup>298</sup>.

Las penas de prisión largas obstaculizan este propósito por dos razones: (1) obviamente a más tiempo de cautiverio más se posterga la reinserción social; y (2) se ha comprobado en otras investigaciones que la cárcel despersonaliza al ser humano: resultado contrario al esperado.

Mientras la sanción, en su etapa de ejecución, busca repersonalizar, la cárcel despersonaliza<sup>299</sup>. Naturalmente, a mayor tiempo en prisión mayor despersonalización. A este fenómeno se le llama “prisionización”. Es algo muy parecido a lo que en psiquiatría se conoce como “institucionalización”. Se trata de un término que los psiquiatras de hospitales cerrados emplean para describir la adaptación de los pacientes a regímenes brutales, con la consecuente patologización de los procesos mentales<sup>300</sup>.

En un sentido estrictamente lógico, la proposición descriptiva: “el incremento de las penas no disminuye los delitos” parece falsa. Un razonamiento lógico abstracto nos llevaría a la conclusión de que a mayores penas menos

---

<sup>296</sup> Vid. Anexo 1. Gráfica 2.

<sup>297</sup> Por cierto el único reconocido expresamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Vid. Artículo 18.

<sup>298</sup> Sobre la progresividad del régimen tratamental, vid: CESANO, José Daniel. *Estudios de Derecho Penitenciario*. Editorial Ediar. Argentina. 2003. pp. 99 y ss.

<sup>299</sup> Debe distinguirse entre “prisión” como sanción penal y “prisión” como establecimiento para el cumplimiento de la sanción penal. Con el fin de evitar polisemia, se emplea el término “cárcel” para referir a la prisión como establecimiento.

<sup>300</sup> Vid. MAGUIRE, Mike y otros. *Manual de Criminología*. 2ª ed. Trad. APARICIO Vázquez, Arturo. Oxford. México. 2002. p. 634.

delitos. ¿Por qué no sucede de esta manera? La esterilidad de la pena para disminuir delitos es multifactorial, pero la investigación debe partir de la impunidad. Por lo demás, contestar a la pregunta “¿por qué no sucede de esta manera?” no fue objetivo de la investigación cuyos resultados aquí exponemos. Ésta se centró exclusivamente en demostrar que la elevación de las penas, en efecto, no disminuye los delitos.

Si el principio Beccariano cobró carta de naturalización en la academia y se transmite por tradición, ¿cuál es la utilidad de esta investigación? El problema de la proposición descriptiva: “la gravedad de las penas no disminuye los delitos” es que no está comprobada para los legisladores. Es un dogma, no una verdad de ciencia. Este defecto, en buena medida, es lo que ha originado que haya sido abrigada sólo en el ámbito académico, sin encontrar acogida en la política legislativa. Se trata de un principio hijo de la Ilustración, que hoy requiere ser destilado a través del cedazo de la ciencia positiva.

En México existe una tasa de encarcelamiento de 223 presos por cada 100 mil habitantes. Este índice de encierro es bajo si se compara con Estados Unidos de América, que posee el nada honroso primer lugar mundial, con una proporción de 800 presos por cada 100 mil habitantes. Sin embargo, si la tasa de encarcelamiento de México se compara con la de Noruega, que es de 58, veremos que la nuestra es elevada.

Lo importante aquí no es comparar la proporción de internos de un país frente a otro. Para captar la justa dimensión del fenómeno, es necesario estudiar su comportamiento o variación en un mismo país, pero a través del tiempo. Así, mientras que en el año 1995, México tuvo una tasa de 100 presos por cada 100 mil habitantes, en el año 2009 subió a la cifra récord de 223. Basta ver que en 1992, la población penitenciaria nacional fue de 87 mil 723 internos<sup>301</sup>; lo que

---

<sup>301</sup> Vid. CARRANZA, Elías. “Sobrepoblación Penitenciaria en América Latina y el Caribe: Situación y Respuestas Posibles”. En VVAA. CARRANZA, Elías. (Coord.). Justicia Penal... *op. cit.* p. 19.

significa un incremento de 142 mil 268 personas en 17 años, equivalente a un ritmo de crecimiento anual de 8 mil 368 reclusos o, lo que es igual, a un ritmo de crecimiento de 3.63 por ciento anual.

Este incremento, que equivale a 123 por ciento en 13 años, no deja dudas sobre el agravamiento de la situación. Sobre este tema no nos hemos formulado la pregunta correcta, que sería: “en México cada vez hay más personas en prisión; ¿es por esto un país más seguro?”. La respuesta es negativa.

Un criterio de política criminal, a todas luces equivocado pero tenido como verdad incuestionable, es que a mayor tasa de encarcelamiento, es decir, a mayor número de presos, mayor seguridad pública, o sea, menor índice de criminalidad. Pero la realidad deja ver, con su sinceridad intrínseca, que a más presos más criminalidad. Este segundo fenómeno es producto de la infructuosidad del sistema penitenciario mexicano para reinsertar, amén de los múltiples defectos de operación que posee y que aquí no viene al caso exponer. Pero aún cuando la contaminación carcelaria escapa del objeto del presente estudio, si resulta necesario tomarla en cuenta, pues sus consecuencias demuestran que la política criminal nacional no produce los resultados que discursivamente se le adminiculan, pero sí genera el efecto colateral llamado *inflación punitiva*, que a su vez ocasiona la *desequivalencia penológica* que constituye el objetivo central de esta investigación.

El Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, a través de su *Boletín Criminológico*, sostiene con razón que, después de realizar un estudio empírico en trece países de la Unión Europea, es de concluirse que:

“...la tasa de encarcelamiento no depende de la tasa de delincuencia, es decir que los países en los que se registran más



delitos no tienen las poblaciones penitenciarias más elevadas, sino de la duración de las sanciones impuestas”<sup>302</sup>.

También puede reflexionarse que, para el caso Mexicano, la proposición descriptiva: “a mayor presupuesto menor inseguridad”, es falso. En materia de seguridad pública, el año 2008, el Gobierno Federal destinó 70 mil 791.36 millones de pesos. El 2009 el recurso se incrementó a 94 mil 784.85 millones de pesos, y sin embargo la tasa de delitos denunciados por cada cien mil habitantes está invariada<sup>303</sup>. Aquí recordamos a Pedro José Peñaloza: “Al gobernante no sólo debemos exigirle que administre el presupuesto con probidad. Necesitamos exigirle que lo administre con eficacia”<sup>304</sup>.

México no es el único país cuya tasa de encarcelamiento registra una tendencia a la alza. Este fenómeno se presenta por lo general en Occidente, incluyendo al Viejo Continente y las naciones de la Comunidad Europea. Por ejemplo, España tuvo en 1983 la cantidad de 13 mil 999 internos. Para 1993, es decir, diez años después, la población penitenciaria fue de 45 mil 341. En el año 2003 contabilizó 56 mil 96 presos, mientras que para el 2008 (hasta el 5 de diciembre) la cifra alcanzó los 73 mil 784 internos<sup>305</sup>.

Dinamarca, en julio de 2007, tuvo una tasa de 67 x 100 mil, mientras que Italia, en junio de 2007, registró la tasa de 75. Suecia, en octubre de 2006, tuvo una tasa de 79, mientras que Alemania, en noviembre de 2007, registró la de 88. Francia, en septiembre de 2007, llegó a 91, pero superada por Portugal, que en mayo de 2008 contó con una tasa de 105. Inglaterra, país que se ha caracterizado

---

<sup>302</sup> Cfr. INSTITUTO ANDALUZ INTERUNIVERSITARIO DE CRIMINOLOGÍA. Sección de Málaga. Boletín Criminológico No. 53. Mayo-junio. 2001. En: <http://www.uma.es/estudios/propias/criminologia>

<sup>303</sup> COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Segundo Informe... *op. cit.* p. s.d.

<sup>304</sup> PEÑALOZA, Pedro José. 2008. Presentación de la obra de su autoría: *Castigo sin Prevención. La Crisis del Modelo de Seguridad Pública en México*. Facultad de Derecho y Criminología, UANL. Septiembre.

<sup>305</sup> Vid. FERNÁNDEZ Arévalo, Luis. *Crisis del Sistema Penitenciario Español, Medidas Alternativas y Trabajo en Beneficio de la Comunidad*. pp. 6-7. En: <http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=1753>

por sus altas tasas de encarcelamiento en el contexto europeo llegó a mayo de 2008 a 152, pero fue superada por España, país que en junio de 2008 registró una tasa récord de 157 internos por cada 100 mil habitantes<sup>306</sup>.

Comparando la tasa de encarcelamiento de estos países veremos que España, seguida de Inglaterra, tiene una proporción demasiado elevada. Si en este ejercicio de contrastación agregamos a México, caeremos en la cuenta de que su tasa de 230 x 100 mil es un problema relevante.

En el Programa Nacional de Seguridad Pública 2008-2012, el Titular del Poder Ejecutivo Mexicano informa que a julio de 2008, el sistema penitenciario albergó a 218 mil 865 internos, de los cuales a penas 129 mil 513 contaban con sentencia y 89 mil 352 eran procesados. Es decir, que el 40.83 por ciento de la población privada de la libertad es jurídicamente inocente.

Informa también que el sistema carcelario, en ese mismo año, se conformó por 441 centros penitenciarios, que sumaron un total de 167 mil 346 espacios de capacidad instalada; lo que representó una sobrepoblación del 30.79 por ciento.

De acuerdo con lo dicho en el capítulo inmediato anterior, en nuestro país la tasa de delitos denunciados del fuero común, durante 1997 fue de 1 mil 578 x cada 100 mil habitantes. En tanto que en el año 2008 fue de 1 mil 510. Esto significa que el índice de criminalidad se ha mantenido prácticamente invariado, con una baja casi insignificante; y sin embargo, la población penitenciaria se ha incrementado en más de un 100 por ciento. ¿Cuál es entonces la razón de este incremento poblacional? El Programa Nacional de Seguridad pública da una respuesta parcial: "...el abuso de la prisión preventiva son (es) problemas estructurales vinculados con el sistema de administración de justicia".

---

<sup>306</sup> Vid. FERNÁNDEZ Arévalo. *op. cit.* p. 11.

Esta información demuestra la falsedad del discurso políticocriminal esbozado en el sentido de que a mayor delitos mayor número de cautivos, así como su correlativo, según el cual, a mayor cantidad de presos menor índice criminal. La falsedad de ambos razonamientos nos conduce al seguro puerto de que, en México, el fenómeno de la explosión demográfica penitenciaria tiene por causa al discurso políticocriminal mismo. O lo que es igual: el discurso políticocriminal no es descriptivo de la realidad y reaccionario ante esa realidad; sino más bien accionario y prescriptivo. El discurso en cuestión no reseña la realidad; crea verdades que inciden en la forma como las personas perciben el mundo que los rodea y luego, habiendo conquistado esa falsa legitimidad, actúa en consecuencia, elevando la tasa de encarcelamiento.

Esta última afirmación amerita mayor abundamiento. El sistema punitivo necesita legitimar las criminalizaciones primaria y secundaria, esto es, tanto su selectividad (parcialidad) como su gravedad (disminución de libertades). Para esto, aunque basándose en hechos reales (elevado índice criminal), articula un discurso que resulta exagerado frente a lo fáctico, de modo que aumenta la sensación de inseguridad de los habitantes. Logrado este cometido consigue también, deliberadamente, un reclamo social que lo “orille” a reaccionar con intensidad semejante al grado de exigencia. Así, esa “reacción”, no ante el índice criminal, sino ante el clamor social, alcanza la legitimidad que de otro modo no le sería posible. En efecto, la legitimidad se basa ahora en la exigencia social que el mismo sistema punitivo generó con la exageración del discurso (o de los hechos), no guardando más relación con la “acción” en sí misma, es decir, con la criminalidad real. Una legitimidad obtenida en este sentido, para con ella justificar un alto nivel de violencia estatal (disminución de libertades) y una elevada tasa de encarcelamiento, no deriva de la ciencia política, de la filosofía juridicopenal ni de una política criminal liberal; deriva de una acción política demagógica. De tal suerte que esa “legitimidad” no es axiológica y por lo tanto se trata de una “legitimidad espejo”<sup>307</sup>.

---

<sup>307</sup> En el mismo sentido, *vid.* GARLAND, David. *Cultura... op. cit.* pp. 44-50.

Hemos dicho que el reclamo social es producto de la exageración de los hechos llevada a cabo por el sistema punitivo. Dijimos también que esa exageración es deliberada, pues tiene por objeto generar el temor de la población para justificar el agravamiento de la violencia en aras de la protección supuesta de la sociedad. Ahora podríamos preguntarnos ¿por qué razón el sistema punitivo pretende elevar la violencia y la tasa de encarcelamiento aun cuando a mayores penas y mayor población penitenciaria no hay menor índice criminal? Dicho de otro modo, ¿Por qué el Estado insiste en hacer lo que no da resultado en materia criminal? Las respuestas se reducen a dos: (1) Porque, aunque quisiera, no puede atender de raíz el problema de la criminalidad en México, que es la no distribución de la riqueza, sin afectar a la clase dominante; (2) porque a la clase política sólo le interesa la conservación del poder y, por lo tanto, se empeña en administrar el problema, en vez de resolverlo.

En nuestra opinión, las dos respuestas se implican entre sí. El Estado, porque no puede resolver el problema de raíz de la criminalidad, que es la falta de distribución de la riqueza, sin afectar a la clase dominante, prefiere administrar el problema en vez de resolverlo. Así, sin afectar a los poderosos, se conserva en la posición de privilegio. ¿De qué manera el Estado administra el problema? La respuesta emerge a la vista: criminalizando la pobreza.

En México, durante el periodo 2001-2007, el robo fue el delito con mayor incidencia, con 3 millones 748 mil 400 denuncias ante el agente del ministerio público del fuero común<sup>308</sup>. Nosotros nos preguntamos ¿en dónde están los empresarios que para cometer conductas antisociales se esconden detrás de los renglones torcidos de las leyes que ellos mismos redactan por medio de los legisladores que ungen y dominan; que se valen de la inmunidad que les proporciona una sociedad anónima. Cometan ecocidio en perjuicio de millones de

---

<sup>308</sup> Vid. Programa Nacional de Seguridad Pública 2008-2012. p. 16. En: <http://www.ssp.gob.mx/portalWebApp/ShowBinary?nodeId=/BEA+Repository/414002>

personas; egresan sus dineros de los bancos nacionales arruinando al país que les permite ser explotadores; cierran empresas enteras arguyendo falta de competitividad para abrirlas en África o donde les sea permisible pagar sueldos miserables, lanzando a miles al desempleo y por ende a la criminalidad. ¿En dónde están? Lo que sí es seguro es que no se encuentran en la cárcel.

Cuando se incrementa la penalidad, con el afán de disminuir el índice criminal, se pasan por alto los verdaderos factores sociales de la criminalidad. En efecto, así como la pobreza extrema no se deroga por decreto, tampoco los crímenes se previenen desde una cúmul. México es uno de los países más violentos del mundo, según el *Global Peace index* (Índice Global de paz) del año 2009<sup>309</sup>. Fundado por Steve Killelea, este instrumento de medición del nivel de paz en las naciones, ubica a Nueva Zelanda en primer lugar, seguida de Dinamarca, Noruega e Islandia. México se encuentra en el lugar 108 de 144, por debajo de países como Uzbekistán, El Congo, Camboya, Arabia Saudita y Uganda.

Si tomamos a Dinamarca como ejemplo, que es el segundo lugar en nivel de paz, y vemos que su tasa de encarcelamiento en julio de 2007 fue de 67<sup>310</sup>, y la comparamos con México, que es de 230 al tiempo presente, entenderemos el fenómeno. La pena no es la solución al problema de la criminalidad, sino su síntoma. De esto obtenemos que la tesis que dice: “a mayores penas menores delitos”, es falsa. Así como que ésta que dice: “a mayor incapacidad gubernamental mayores penas”, es verdadera. Al menos para México esta segunda tesis aplica a la perfección.

Según la Encuesta de Ingresos y gastos de los hogares (ENIGH) 2006, levantada por INEGI, 44.7 millones de mexicanos vivían en ese año en condiciones de pobreza de patrimonio y 14.4 millones en situación de pobreza

---

<sup>309</sup> Vid. <http://www.visionofhumanity.orggpil/home.php>

<sup>310</sup> Vid. FERÁNDEZ Arévalo, Luis. *op. cit.* p. 11.

alimentaria. Para poner el caso en perspectiva, explicaremos que existen tres niveles de pobreza:

(1) Pobreza alimentaria: Incapacidad para obtener una canasta básica alimentaria aun si se hiciera uso de todo el ingreso disponible en el hogar para comprar sólo los bienes de dicha canasta.

(2) Pobreza de capacidades: Insuficiencia de ingreso disponible para adquirir el valor de la canasta alimentaria y efectuar los gastos necesarios en salud.

(3) Pobreza de patrimonio: Insuficiencia del ingreso disponible para adquirir la canasta alimentaria, así como para realizar los gastos necesarios en salud, vestido, vivienda, transporte y educación, aunque la totalidad del ingreso del hogar sea utilizado exclusivamente para la adquisición de estos bienes y servicios.

De esta manera, en México, en el año 2006, 44.7 millones de personas no podían satisfacer todas sus necesidades básicas, mientras que 14.4 millones de personas no tenían para comer lo mínimo indispensable. En México, los más pobres utilizan apenas el 4,6 por ciento de su gasto total en educación<sup>311</sup>.

El Consejo Nacional de Evaluación de la política de Desarrollo Social (CONEVAL), en su Informe Ejecutivo de 2009<sup>312</sup>, anuncia que en México ese año hubo 18 millones 737 mil 373 personas con pobreza alimentaria, 25 millones 950 mil 690 con pobreza de capacidades y 49 millones 772 mil 697 con pobreza de patrimonio. Así, INEGI en 2006, según lo dicho, detectó 44.7 millones de personas en pobreza de patrimonio, mientras que CONEVAL, el 2009, ubicó a 49 millones

---

<sup>311</sup> Vid. MARTÍNEZ JASSO y VILLEZCA Becerra, Pedro A. 2003. "La Alimentación en México: Un Estudio a Partir de la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares". En VVAA. *Notas: Revista de Información y Análisis*. No. 21. México. pp. 26-37. Visible en: <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/contenidos/articulos/sociodemograficas/ali mento03.pdf>

<sup>312</sup> Vid. <http://www.coneval.gob.mx>

772 mil 697. Comparando estas cifras tenemos que la pobreza de patrimonio creció del 2006 al 2009. Pero haya crecido o no, la pobreza en México afecta a casi la mitad de la población. De modo que el fenómeno criminal debe tener lecturas que vayan más allá del mero ángulo jurídico.

Así como elevar las penas no disminuye los delitos, endurecer las sanciones no reduce factores criminógenos como pobreza y exclusión social. El discurso politicocriminal esbozado en el sentido de legitimar la expansión del Derecho penal so pretexto del nivel que ha alcanzado la inseguridad, es un traje hecho a la medida para los tomadores de decisiones que prefieren no atacar el problema de raíz, por no desear estorbar los intereses creados que mantienen el *statu quo* como condición indispensable para que unos cuantos sigan teniendo casi todo. Por esta razón, Noam Chomsky afirma:

“Una perspectiva constructiva del problema exigiría abordar sus causas fundamentales, y esto está fuera de programa, porque hemos de continuar con una política social dirigida al fortalecimiento del estado de bienestar para los ricos. Así que no hay una respuesta constructiva. El único tipo de respuesta a la que el gobierno puede recurrir en esas condiciones es complacer esos miedos con una severidad cada vez mayor y atacar las libertades civiles, así como con movimientos para controlar a la población inútil, esencialmente por la fuerza, que es de lo que se trata”<sup>313</sup>.

En México se habla de la “desigual distribución de la riqueza”, cuando en realidad se trata de la concentración de la riqueza en unas cuantas familias. Ante esta realidad ¿podremos seguir abrevando en las teorías absolutas de la retribución simple o de la retribución como medio para alcanzar el fin “justicia”? La justicia penal (dar al delincuente la pena que merece) no puede egresarse, para su

---

<sup>313</sup> Cfr. CHOMSKY, Noam. *Cómo Mantener a Raya a la Plebe*. Entrevistas por: BARSAMIAN, David. Trad. VERICAT Núñez, Isabel. 2ª ed. Siglo Veintiuno Editores. México. 2002. pp. 132-133.

estudio, del contexto que lo abarca, conformado por la “justicia social” en el deber ser, y de la “injusticia social” en el ser que la incuba.

De los 9 millones 800 mil presos que existen en el mundo, 2 millones 290 mil están en Estados Unidos de América, 1 millón 570 mil en China, 890 mil en Rusia y 230 mil en México<sup>314</sup>. El problema de la alta tasa de encarcelamiento en nuestro país no sólo sirve para establecer una relación causa-efecto entre número de presos/número de delitos, y de intensidad delictiva/intensidad de penas; también para llamar la atención sobre un problema creciente. Ese problema es la velocidad con que el Estado mexicano se aleja del Derecho penal liberal, para aproximarse (instalarse ya “en”, diríamos) al Estado policía.

La deslegitimación del Derecho penal expansionista se encuentra no sólo en el hecho de que su acrecentamiento acarrea la negación de los derechos humanos de libertad, sino también en su ineficacia. La ineficacia del expansionismo punitivo, como medio para incrementar la seguridad pública, estriba en el hecho inobjetable de que la etiología de la criminalidad no resulta afectada por la modificación de la política criminal nacional.

David Garland estudia desde un sentido crítico la cultura del control del delito de EEUU y Gran Bretaña. A nuestro parecer, su principal tesis aplica también para el caso mexicano, cuando señala:

“...los últimos desarrollos en materia del control de delito y justicia penal producen perplejidad porque parecen involucrar una repentina y sorprendente reversión del patrón histórico preestablecido. Presentan una marcada discontinuidad que debe ser explicada. Los procesos de modernización que, hasta hace poco, parecían tan bien consolidados en este ámbito –principalmente las tendencias de largo plazo hacia la “racionalización” y la “civilización”– parecen ahora comenzar a revertirse. La reaparición en la política oficial de

---

<sup>314</sup> Vid. GARLAND, David. *Cultura... op. cit.* p. 31



sentimientos punitivos y gestos expresivos que parecen extraordinariamente arcaicos y francamente antimodernos tiende a confundir las teorías sociales actuales sobre el castigo y su desarrollo histórico”<sup>315</sup>.

En México, una política de Estado diseñada y orientada realmente para incidir en las causas sociales del delito, sólo puede ser aquella que busque disminuir la concentración de la riqueza y de la educación de calidad.

### III. El Inflacionismo Punitivo y sus Formas Jurídicas

Para estudiar el comportamiento de la variable “incremento de la penalidad”, nos basaremos en el análisis evolutivo de estos cinco delitos: homicidio (simple), robo (simple), lesiones (leves), violación (simple) y contra la salud (en algunas modalidades). La elección de estos delitos no es arbitraria; obedece a que son los delitos con mayor representatividad en la población penitenciaria nacional. Dicho de otro modo: la mayoría de los mexicanos presos deben esa condición a la condición de uno o más de los delitos enlistados.

#### a. Marco Penal Legal

En la Época de la Colonia, *Las Siete Partidas* fijaron estas penas:<sup>316</sup>

Delito	Penas
Homicidio Simple Intencional. (Omezillo a Tuerto) <sup>317</sup> .	Si el homicida es Caballero, destierro en alguna isla; si es vulgar, muerte.
Robo simple. (Robo) <sup>318</sup> .	<i>Pecho</i> (pago) tres tantos el valor de la cosa robada.

<sup>315</sup> Cfr. GARLAND, David. *Cultura... op. cit.* p. 34.

<sup>316</sup> Vid. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Las Siete Partidas del Sabio Rey, 1798*. Partida VII. México. 2004.

<sup>317</sup> Vid. Partida VII. Título VIII. Ley XV. p. 73.

<sup>318</sup> Vid. Partida VII. Título XIII. Ley III. pp. 117.

Lesiones ( <i>Feridas/daño</i> ) Culposas. Por bestias <sup>319</sup> . Cuando el herido es siervo <sup>320</sup> .	Pago de daños y perjuicios según estimación del juez. Pagar al señor el perjuicio.
Violación. ( <i>“Robando algund ome alguna muger... o yaziendo con alguna dellas por fuerca”</i> ) <sup>321</sup> .	Muerte.
Contra la Salud.	Inexistente.

Se trató de un Derecho clasista, donde la penalidad dependió de la estirpe del acusado. Cuando el juzgador se encontró ante un “Caballero”, en vez de la pena de muerte, que hubiere correspondido al “vil vulgar”, aplicó la de destierro, el cual fue además transitorio. También existió la servidumbre, de tal suerte que cuando el muerto o herido lo fue un siervo, su señor fue considerado parte “ofendida”. El siervo que resultó lisiado ya no pudo ser vendido por su señor a un costo ordinario, pues su lesión permanente le mermó capacidad de trabajo. Por esta razón, el señor debió ser indemnizado por una cantidad de dinero igual a la diferencia de precio existente entre el que valía el siervo antes de la lesión y el posterior al yerro (ilícito).

La Partida IV, dispuso:

*“Llenero poder ha el feñor fobre fu fieruo, para fazer del lo que quifiere. Pero con todo effo, por que, amenos de mandamiento del Juez del lugar: nin lo derre ferir, de manera que fea contra razón de natura, nin matarlo de fambre; fueras ende, fi lo fallaffe con fu muger, o con fu fija, o fizieffe otro yerro femejante deftos. Ca eftonce bien lo podría matar”*<sup>322</sup>.

<sup>319</sup> Vid. Título XV. Ley XXIII. pp. 157-158.

<sup>320</sup> Vid. Título XV. Ley XXIII. pp. 157-158.

<sup>321</sup> Cfr. Partida VII. Título XX. Ley III. p. 193.

<sup>322</sup> Cfr. Partida IV. Título XXI. Ley VI. p. 169.

(Completo poder tiene el señor sobre su siervo para hacer de él lo que quisiere, pero con todo esto no lo debe matar ni herir, aunque si lo hiciese porque, a menos de mandamiento del juez del lugar, ni le debe herir de manera que sea contra la naturaleza, ni matarle de hambre, a menos que lo encontrara con su mujer o su hija, o cometiendo otro ilícito semejante, y entonces sí lo podría matar)<sup>323</sup>.

Ahora debemos demostrar que el Derecho Penal mexicano, en efecto, se ha expandido. Por “expansión” entendemos el incremento de la penalidad prevista en la parte sancionadora de algunos de los tipos penales que prevén conductas de las más cometidas en el “aquí” y en el “ahora”.

Delito	CPF 1871	CPF 1931
Homicidio Simple Intencional	12 años	12 a 24 años
Robo simple (que no excede de cinco pesos)	Multa	De 3 días a 2 años
Lesiones de no y menos	Arresto de 8 días a 2 meses	Prisión de 3 meses a 8 meses
Violación (genérica)	Prisión de 6 años	Prisión de 8 años a 14 años
Contra la Salud (producción, comercio, suministro, transopрте)	Arresto de 4 meses	Prisión de 5 a 15 años

Si calculamos el porcentaje de incremento, con base en el medio aritmético, veremos que el homicidio aumentó en un 100 por ciento; el robo cambió de *quid*, al pasar de multa a prisión; el delito de lesiones subió de 1 mes 4 días a 5 meses con 15 días, lo que representa un incremento de casi el 400 por ciento; la violación subió casi el 300 por ciento, al pasar de un término medio aritmético de 3 años a otro de 11 y contra la salud subió de 2 meses a 10 años, lo que significa una alza de 6 mil por ciento.

<sup>323</sup> Traducimos este fragmento al castellano actual, por considerarlo especialmente útil a nuestra empresa. Para este propósito, nos apoyamos en la versión electrónica de Las Partidas... *op. cit.*, visible en: <http://librodoot.com>

La inflación punitiva, empero, no termina con el agravamiento del marco penal legal; también se refleja en la eliminación de dos derechos procesales, uno de instrucción y otro de ejecución: (1) libertad bajo caución, y (2) libertad anticipada.

## **b. Formal Prisión y Delito Grave**

El legislador ha ido más allá de intentar llevar a la cárcel a todas las personas que cometan una conducta típica; también realizó reformas para dejarlas allí durante el mayor tiempo posible.

No es necesario cometer un delito para ir a prisión; basta que alguien crea que lo hemos cometido para visitarla. El artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales (en lo sucesivo “CFPP”), relacionado con el diverso 399 fracción IV, fue diseñado para incrementar el uso de la prisión preventiva, como una forma más de represión y no como necesidad procesal para la mejor marcha de la instrucción. El “encierro-garantía” se convirtió en castigo anticipado<sup>324</sup>.

La implementación de un sistema con el que en la ley se determina *a priori* cuáles inculpados merecen y cuáles no el derecho de la libertad provisional bajo caución, mina el arbitrio judicial, limitándolo a los delitos considerados como “no graves”. Este prejujuicio legislativo se encuentra en evidente antítesis con la exposición de motivos de las reformas del 28 de agosto de 1934 de Emilio Portes Gil, en cuya parte conducente dice:

“Como consecuencia del sistema del arbitrio judicial, el nuevo Código Procesal Federal armoniza lógicamente y racionalmente el articulado de los capítulos de apelación, valoración de la prueba y libertad caucional, superando en esta materia al Código Procesal Común, de acuerdo con la experiencia obtenida durante su aplicación en tres años”.

---

<sup>324</sup> Sobre el término “encierro-garantía”, *vid.* FOUCAULT, Michel. La Vida... *op. cit.* p. 38.

Si el proceso habrá de instruirse por delito grave, el inculpado deberá afrontarlo desde una celda. Este sistema de “interpretación auténtica” no otorga las mismas ventajas que la fórmula derogada del “término medio aritmético”.

Anteriormente, el artículo 194 del CFPP definía el término medio aritmético como: “el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos”.

Ejemplo:

Delito x, con un marco penal legal de 10 a 20 años de prisión.

Primera operación:  $10 + 20 = 30$  años de prisión.

Segunda operación:  $30 / 2 = 15$  años de prisión.

Conclusión: No procede la libertad provisional bajo caución porque el medio aritmético excede de cinco años.

La antigua fórmula aritmética estaba diseñada de tal manera que permitía tomarle el pulso al grado de reacción social en la penalidad abstracta, por ser en ésta donde puede percibirse la noción de gravedad de una conducta típica con base en la intensidad de su prohibición. En contraste con la antigua regla, la nueva disposición según la cual existen delitos “graves” con independencia de su grado de punibilidad, ya no permite acudir a la penalidad abstracta para encontrar la justificación de la prisión preventiva.

Si un delito no es grave, no existiendo tampoco punto intermedio entre los parámetros de “grave” y “no grave”, entonces toda figura típica no comprendida en la primera definición debe considerarse “leve”. ¿Cómo se justifica que un delito leve tenga en el CPF un marco legal de pena cuyo máximo exceda de los cinco

años de prisión? Ejemplos: homicidio en riña (artículo 308); de la biodiversidad (artículo 417); delitos en materia de derechos de autor (artículo 424); contra el estado civil (artículos 277 y 278), por citar algunos.

¿Será un castigo leve permanecer seis años en una cárcel? ¿No es acaso el fin de la legislación penal describir las conductas que más lastiman a la sociedad para prohibirlas, calculable la cantidad de repudio en el rigor de sus sanciones? Todo delito debe ser grave. Es la gravedad de las conductas, del daño que con éstas se ocasiona, lo que da vida y razón de ser al Derecho penal. Atraer para sí los actos y omisiones más infamantes sacándolos del campo del derecho privado es lo que justifica su ubicación dentro de la rama del derecho público.

Lo que hasta aquí hemos dicho podría interpretarse equivocadamente. Lejos de proponer una reforma a la ley penal que califique como delito grave toda conducta típica, defendemos la tesis de que sólo las conductas graves en sí mismas deben ser incorporadas al Derecho criminal. Esta postura patrocina la idea de un Derecho penal mínimo, orientado por el principio de *ultima ratio*.

Pensamos que el legislador consideró como un elemento más de amenaza el uso desmesurado de la formal prisión, no fundado en una necesidad procesal. Nos es imposible considerar que el presunto responsable de un delito “grave” pueda intentar evadirse de la acción de la justicia con mayor probabilidad de éxito que el acusado de la comisión de uno “no grave.” De *lege ferenda* tampoco puede, sin conculcarse el principio de inocencia, fundarse la formal prisión en la peligrosidad del inculpado cuando éste no ha sido condenado aún, o sostenerse en sus antecedentes penales cuando se trata de un delito ya juzgado y de una pena ya cumplida.

La formal prisión es ahora un apéndice que el legislador añadió a la pena de prisión para elevar los fines disuasivos: es comenzar a castigar. No tiene

relación con la víctima; no pretende asegurar el material probatorio ni garantizar la presencia del acusado en el procedimiento penal<sup>325</sup>.

Veamos cuáles son los fines esenciales del auto de formal prisión:

“Impedir la fuga.

Asegurar la presencia en el procedimiento<sup>326</sup>.

Asegurar las pruebas.

Proteger a los testigos.

Evitar el ocultamiento o uso del producto del delito.

Garantizar la ejecución de la pena.

Proteger al acusado de sus cómplices.

Proteger al acusado de las víctimas.

Evitar que se concluya el delito.

Prevenir la reincidencia.

Garantizar la reparación del daño.

---

<sup>325</sup> “Las penas se fundan en la culpabilidad; las medidas de seguridad, en la peligrosidad. Por ello, las penas sólo corresponde aplicarlas *post delictum*”. Cfr. CARRANCA y Rivas, Raúl. *Código Penal Anotado*. 23ª ed. Porrúa. México. 2002. p.168.

<sup>326</sup> Sobre este fin en particular, *vid.* (1) ZARAGOZA Huerta, José. *El Sistema Penitenciario Mexicano*. Prol. GARCÍA Valdés, Carlos. Editorial Elsa G. de Lazcano. México. 2009. pp. 15 y 22; (2) ZARAGOZA Huerta, José. *Derecho Penitenciario Español*. Prol. GARCÍA Valdés, Carlos. Editorial Elsa G. de Lazcano. México. 2007.

Proteger a las víctimas del criminal y de sus cómplices”<sup>327</sup>.

A la luz del artículo 399 bis del CFPP, y sin compartir el criterio que el legislador adoptó en éste, debemos anotar otra finalidad de la prisión preventiva: contener la peligrosidad del procesado. El estado peligroso, así entendido, se funda principalmente en los antecedentes penales del inculcado, no necesariamente en la gravedad del delito imputado.

Este precepto permite al juez negar la libertad provisional bajo caución aun cuando el proceso se instruya por delito “no grave”. Para ello será necesario que el agente del ministerio público pruebe que la libertad del inculcado representa un riesgo para el ofendido o para la sociedad, ya por las particularidades del delito “COMETIDO”, ya por sus antecedentes penales. Entonces cabe preguntarnos si el legislador constituido es consecuente o no con la idea de reinserción social de quien cuenta con antecedentes penales.

Si la razón que motivó la reforma hubiera sido garantizar la presencia del acusado en el procedimiento penal, no cabría distinguir entre delitos graves y no graves porque no es la gravedad del delito lo que facilita o dificulta que el hombre libre bajo caución se evada. Si la razón hubiera sido proteger a la víctima, no se explicaría tampoco la formal prisión para el acusado del delito contra la salud en su modalidad de transporte<sup>328</sup>, que a todas luces es formal, sin víctima y sin daño.

La determinación de distinguir entre lo malo de los hechos humanos, lo peor, está impulsada por el ánimo iracundo de mostrar al súbdito de la ley cuánto se repudia a quienes perpetran ese tipo de actos. Verse el Estado frente a un probable delincuente “grave” le ofende tanto que le resta parsimonia y, vencido por su desprecio hacia las más bajas conductas criminales, lo comienza a atormentar

---

<sup>327</sup> Cfr. RODRÍGUEZ Manzanera, Luis. *La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión*. Porrúa. México. 1998. pp. 24-25.

<sup>328</sup> Artículo 194, fracción I, del CPF, considerado como grave por el número 12 del artículo 194 del CFPP que, armonizado con el diverso 399 fracción IV, del mismo ordenamiento procesal, niega el derecho a libertad provisional bajo caución al inculcado de la perpetración de ese delito.



antes de dictada la sentencia. ¿O acaso no es tormento recluir a un sujeto tanto tiempo, tantos años como dure el fatigoso proceso, con la incertidumbre de no saber cuál será su futuro, y la resignación de admitir que, de ser absuelto, nadie le regresará el tiempo perdido?

En las Partidas de Alfonso X “El Sabio”, ya se decía:

*“Otrofi mandamos, que ningun pleyto criminal non pueda durar mas de dos años: e fi en efte medio non pudieren faber la verdad del acufado, tenemos por bien, que fea facado de la carcel en que efta prefo, e dado por quito; e den pena al acufador...”<sup>329</sup>.*

### **c. La Libertad Anticipada. La Denegación de su Naturaleza Jurídica como Derecho**

Del contenido de los artículos 98 del CPF de 1871 y 234 del CPF de 1929, podemos deducir que la libertad preparatoria era un derecho porque en ellos no se hizo consideración alguna sobre el delito cometido. En ambos códigos se estableció una serie de requisitos para obtenerla; pero todos éstos relacionados con la conducta y estilo de vida del reo durante su privación de libertad. No era entonces de interés, para otorgar un “beneficio de libertad anticipada”, el delito cometido y ya juzgado.

En un plano natural debe entenderse como derecho inalienable del sujeto conservar, con fundamento, la esperanza de recuperar su libertad. Con las restricciones legales que hemos leído, se despoja al interno de la llave de su libertad, tan importante para él como para el penitenciarista en su labor. El artículo 85 desprecia cualquier avance que en el tratamiento individualizado, progresivo y técnico pueda conquistar el reo. Es un precepto de corte objetivo en cuanto ordena atender al delito y no al delincuente, lo que no ameritaría objeción si se

---

<sup>329</sup> Cfr. Partida VII, Título XXIX, Ley VII. p. 237.

tratara de una norma para la imposición y no para la ejecución de pena, porque siendo esta última una etapa tan humana, en ella no puede ignorarse al individuo para mirar el hecho, porque éste ya fue juzgado.

El artículo 16 de la Ley de Normas Mínimas, en su parte adicionada mediante la reforma del 17 de mayo de 1999, dispone:

“La autoridad al conceder la remisión parcial de la pena, establecerá las condiciones que deba cumplir el sentenciado, conforme a lo establecido en la fracción III y los incisos a) a d) del artículo 84 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal. La remisión parcial de la pena no se concederá a los sentenciados que se encuentren en cualquiera de los casos a que se refiere el artículo 85 del citado Código Penal”.

Demostramos así que el merecimiento, como senda transitable por el propio interno para reconquistar la libertad a través del esfuerzo laboral y la evolución clínica, es un camino que abre y cierra su puerta de acceso según el delito que haya cometido quien llama a su apertura.

Sobre este tema, nos es necesario atender la siguiente jurisprudencia por reiteración de criterios, emitida por el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, durante la Octava Época:

“REINCIDENCIA, INDIVIDUALIZACION DE LA PENA INDEBIDA POR DOBLE SANCION EN CASO DE. Si la responsable considera la reincidencia como dato revelador de la peligrosidad social del inculpado, al fijar las penas correspondientes por la comisión del delito y además, incrementa la pena privativa de libertad en ciertos meses de prisión, también por la reincidencia, ello implica una doble agravación por una misma causa, supuesto que, si el artículo 65 del Código Penal del Estado de Sonora, establece sanción específica

para el caso de reincidencia, de aplicarse ésta, no debe ser tomada en cuenta, a la vez, como dato revelador de mayor peligrosidad, en la fijación de la pena, pues ello conduce, necesariamente, a aumentar dos veces la misma, por una sola causa”<sup>330</sup>.

Situación equiparable sucede en la etapa ejecutiva de la pena. En efecto, cuando con fundamento en la restricción legal, la autoridad ejecutora niega al solicitante la libertad anticipada, juzga dos veces por lo mismo. La autoridad jurisdiccional, al momento de la sentencia, individualizó la sanción mirando al delito; después, la autoridad administrativa vuelve a considerar el injusto punible para determinar que su autor no tiene derecho a la excarcelación.

Es la siguiente, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, la que ilustra con mayor claridad que tomar en cuenta la peligrosidad del reo para negar la libertad preparatoria es un doble juzgamiento, cuanto más la consideración del delito:

“LIBERTAD PREPARATORIA, PROCEDENCIA DE LA (FUERO MILITAR). Si el sentenciado a siete años de prisión durante más de la mitad del tiempo de esa condena se ha enmendado y observado buena conducta y se acredita con la certificación en tal sentido expedida por el Director de la Prisión Militar en donde compurga la pena, se surten cabalmente los requisitos exigidos por el artículo 184 del Código de Justicia Militar, para la concesión del beneficio de la libertad preparatoria, con independencia de que el delito por el que fue condenado haya sido considerado de los de mayor peligrosidad, por atentar contra la disciplina, jerarquía, autoridad y la vida de los integrantes del instituto armado, pues ese grado de peligrosidad lo

---

<sup>330</sup> Cfr. Semanario Judicial de la Federación. T. II. Segunda Parte. Octava Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Julio a diciembre. 1988. p. 684.

ostentó con anterioridad y ya fue analizado en la sentencia condenatoria respectiva”<sup>331</sup>.

Para responder la pregunta formulada líneas atrás en el sentido de si la preliberación debe ser un derecho o un beneficio, con independencia de lo que la ley disponga, basta y vale la pena preguntarnos si la libertad es para el hombre un derecho o un beneficio.

Como antecedente histórico de la restricción del “beneficio” de libertad anticipada, tenemos el artículo 1,109 del CPF de 1929, que respecto del reo condenado a segregación por el delito de secuestro, prescribió en su parte medular:

“En el caso del reo de que habla la fracción anterior (secuestro agravado), no podrá el reo gozar del beneficio de la libertad preparatoria, sino hasta que haya demostrado una enmienda efectiva y siempre que hubiere puesto al secuestrado en absoluta libertad...”.

En principio, este artículo no despojó al interno del derecho a la libertad preparatoria: le impuso requisitos adicionales para obtenerla. Además, la exigencia de que el interno mostrara una enmienda efectiva significa que la *ratio legis* de tal disposición no fue la adopción de una política criminal de intolerancia y marginación; sino de aquella que se funda en el principio de la prevención especial negativa, dado que la sociedad tiene temor especial al secuestrador por la capacidad de daño que ha mostrado con su conducta precedente. No obstante la existencia de tal temor, la prevención especial negativa convivió con la positiva, sin anularse recíprocamente.

Esto significa que el “populismo punitivo”, en el afán de surtir efectos disuasivos para prevenir el delito, ha afectado únicamente al sistema penitenciario.

---

<sup>331</sup> Cfr. Semanario Judicial de la Federación. T. VIII. Octava Época. Tribunales Clegiados de Circuito. Octubre de 1991. Tesis 578. p. 97.

Las cárceles y su personal enfrentan una serie de problemas que marcan su funcionamiento adecuado. El legislador, pretendiendo inhibir conductas delictivas, terminó inhibiendo la reinserción social. El reo, al saber que la ley le niega el “beneficio” de la libertad anticipada, se desanima y desiste de tomar parte en las actividades terapéuticas. Esto degenera en ocio e indisciplina la estancia intramuros. Imagine el lector lo difícil que resulta mantener tranquila a una población superior a mil presos haciendo nada.

Los artículos 85 del CPF de 1931, en su redacción original, así como su similar 75 del anteproyecto de CPF de 1949, establecieron con distinta literalidad, pero igual sentido, que la libertad preparatoria no se concedería a los reincidentes. Sin embargo, el primero en cita ya introducía una excepción a la regla general de no considerar el delito cometido para la concesión de tal beneficio, tratándose de los condenados por robo de infante<sup>332</sup>.

Con tal salvedad podemos colegir que la postura del Estado ante la posibilidad de preliberar a un condenado era tanto como un gesto de humanidad, una nueva oportunidad para el errado, sin importar su delito. Equivalía a “perdonar” al prójimo sin mirar su “pecado”. En contraste, la literalidad del artículo 194 del CFPP de 1931, reformado como actualmente se encuentra, implica la actuación de un Estado que no perdona, que no otorga al reo una nueva oportunidad. Postura acaso bañada de tintes de intolerancia, con la que la autoridad dice: “Te perdono dependiendo del daño que me hayas hecho”. Esta última es una filosofía que, insistimos, riñe con el concepto de solidaridad social y que nos orilla a considerar que se trata de una devaluación del hombre preso a los ojos del Estado, semejante a la concepción de “infame” estatuida en el punto 27 de los Elementos Constitucionales de 1811, de López Rayón: “Toda persona que haya sido perjuria a la Nación, sin perjuicio de la pena que se le aplique, se declara infame y sus bienes pertenecientes a la Nación”.

---

<sup>332</sup> Vid. GARRIDO, Luis (Prol.) y PORTE Petit, Celestino (Notas). *La Reforma Penal Mexicana. Proyecto de 1949*. Editorial Ruta. México. 1951. p. 50.

En igual tesitura parecería que el citado artículo 194 actual, enlista aquellos casos en los que a un hombre se le considerará perjurio a la Nación. Ese individuo, por su disidencia malnacida, no merecerá la menor de las consideraciones por parte del Estado.

Pero el ocio carcelario no lo es todo. Abandonada la idea de reinserción social subsisten otros problemas penitenciarios engendrados por la restricción de beneficios: huelgas de hambre, motines, secuestro de funcionarios, suicidios, agresión a oficiales de seguridad e insurrección; todos como exigencia de los reos hacia la autoridad ejecutora para recibir la preliberación. ¿Qué puede hacer el Poder Ejecutivo si el Legislativo le ha atado las manos? No puede liberar anticipadamente a quienes por ley no tienen ese derecho. Lo más interesante es que si las reformas fueron aprobadas a iniciativa del Ejecutivo, es él mismo quien ha complicado el control de sus presidios.

La ley se anticipa a cualquier evaluación técnica respecto del proceso readaptatorio del reo. De antemano, en uso de un razonamiento ilógico, ha determinado que los responsables de diversos delitos no pueden regenerarse antes del término de su condena. Esto no puede significar que el Estado considere que dichos delincuentes no se readaptarán o sólo terminarán de hacerlo llegado el día exacto del cumplimiento total de su sanción. Implica necesariamente dar la espalda al mandato constitucional del que tanto hemos hablado.

De esta suerte, el fin utilitario de la pena, doble en cuanto favorece a la sociedad porque evita durante su ejecución la reincidencia y porque a un mismo tiempo el reo puede sacar provecho de ella, se restringe a sólo el primero. Se trata de un razonamiento estatal erigido a rango de ley secundaria según el cual esta clase de delincuentes no se puede readaptar.

Con la negación, tanto de la factibilidad readaptatoria de la pena como del derecho del penado a superarse personalmente, nuestro sistema normativo va y

viene de una teoría a otra: de la retribución aflictiva a la retribución por mera retribución; de ésta a la venganza pasional. Si bien es cierto, el artículo 22 constitucional previó mucho tiempo la pena de muerte para ciertas clases de delincuentes, debe concebirse que desde entonces, fuera de estos casos excepcionales, todo interno ha merecido el derecho protegido en el artículo 18 constitucional.

Es un derecho porque es una garantía individual y eso es suficiente. El interno merece que la pena que el Estado le impone tenga una utilidad para él (garantía "individual") y no únicamente para la sociedad. Por tal motivo el Estado tiene el deber, la obligación suprema de reconocer el derecho a la reinserción social y reconocer también la efectiva reinserción social (alta clínica) del preso en un caso concreto. Reconocimiento que no se otorga con estímulos dentro de la cárcel; se entrega con el salvoconducto de la libertad. Esto es así porque el fin de la cárcel es readaptar y el fin de la readaptación es reinsertar físicamente al hombre en la sociedad.

La distinción entre readaptación social y reinserción, formulada con base en la concepción de que se readapta para reinsertar, ya era reconocida en la Ley de Organización del Sistema Penal del Estado de Puebla, del 13 de septiembre de 1968, publicada el 22 de octubre del mismo año. Su artículo 18 dispuso: "El régimen penitenciario será progresivo y constará de los siguientes periodos: estudio y diagnóstico, tratamiento y reintegración"<sup>333</sup>.

Si existiera alguna duda sobre la diferenciación que entre ambos conceptos hace el artículo en cita, resultará de utilidad transcribir el contenido de los numerales 20 y 21 de esta ley abrogada:

---

<sup>333</sup> Con semejante tesitura fue redactado el artículo 64 de la Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Medidas Restrictivas de Libertad del Estado de Sonora, de 5 de enero de 1973.

“Artículo 20:

Durante el periodo de tratamiento se sujetará a cada reo a un método gradual de aplicación de las medidas que se consideren más adecuadas para su readaptación social”.

“Artículo 21:

Durante el periodo de reintegración que se inicia con la libertad del reo, contará éste con la asistencia moral, económica, jurídica y social que en los términos de la Ley que lo creó, le preste al Patronato de Reos Libertados”.

La finalidad de la ejecución de la pena o de la pena en su etapa ejecutiva es readaptar; pero la readaptación es el medio para lograr exitosamente el diverso objetivo de la reintegración del reo a la sociedad. Así, el *télos* último de la pena se descubre nada más y nada menos que como la liberación del condenado. El fin de la pena es su fin, esto es, su terminación en cuanto implica liberación y regreso a la sociedad. Extremo que sólo puede cumplirse cuando se entiende que la “privación” de la libertad debe asimilarse como “suspensión” de la libertad, entendida la suspensión como una negación transitoria, efímera, pasajera. El reformador del artículo 18 constitucional que sustituyó el concepto “readaptación” por “reinserción” ¿habrá sabido esta diferencia?

La restricción de beneficios de libertad anticipada (como política tendiente a disuadir a los delincuentes) es infructífera porque no disuade al sujeto que delibera delinquir, pues: (1) confía evadir la pena; (2) no tiene suscripción en el Diario Oficial de la Federación para informarse de las reformas que sufre constantemente la ley penal; (3) no es penalista; (4) no sabe qué es “libertad preparatoria”; (5) no entiende qué es “remisión parcial de pena”; (6) desdeña el contenido de la ley porque lo único que sabe es que otros viven del delito y en la impunidad.



Ante esta realidad sólo queda decir, por exclusión, que la “política de retención”, más que buscar intimidar al delincuente potencial para con esto hacer prevención general negativa, pretende excluir al delincuente sentenciado de la sociedad, para con esto hacer prevención especial negativa. ¿La Constitución permite expresa o implícitamente la consecución de la prevención especial negativa?

A no ser por quienes tengan inclinación intelectual hacia estos temas, nadie más se encuentra interesado en resolver las antinomias aquí expuestas. Sin embargo cabe preguntarnos: ¿quién está exento de ser apresado por un error del errante sistema de justicia?; ¿qué poder humano, qué gobierno democrático tendrá facultad legítima para provocar en un individuo tal vacío espiritual llamado desesperanza, negándole el derecho de asir el sueño de la libertad?

Nos referimos a la desesperanza como efecto de la restricción de la libertad ambulatoria sin la posibilidad de recuperarla. Decimos libertad ambulatoria cuando en realidad no comprendemos otro tipo de libertad, en sentido estricto. Las libertades de credo, de expresión, etc., sólo tienen valor en cuanto pueden proporcionar utilidad a quien las ejerce, pues en el mundo material, para un ser humano condenado a lo que en realidad se traduce como prisión perpetua, poseer libertad (ideológica, por ejemplo) equivale a proyectar psíquicamente el ejercicio de un derecho que le ha sido vedado. Estas libertades implican el derecho a pensar en el sentido que se prefiera; sólo que el hombre piensa para actuar, no para no hacerlo. Si en ocasiones el ser humano medita sobre lo que no es capaz de hacer, esto únicamente tiene sentido en cuanto, a través de la exclusión, delimita las cosas que sí puede realizar.

Afirmar que al preso le quedan incólumes todas aquellas libertades que no riñan con la naturaleza de la pena de prisión, es tanto como decirle que puede ganar un crucero al Caribe porque la ley le otorga la libertad de participar en el sorteo, aunque de resultar premiado no disfrutará del viaje. El derecho subjetivo

existe sólo en cuanto es posible materializarlo. Es como si el Estado ejerciera una acción de las denominadas en la antigua Roma como *noxalibus*, o acciones *noxales*. Los delitos de un esclavo, tales como: hurto, robo, daño e injuria, dieron lugar a estas acciones. El dueño del delincuente, una vez condenado, debía pagar el importe o abandonar al esclavo: darle en *nox*. Se llama *nox* al cuerpo que ha dañado, es decir, al esclavo, y *noxia* al delito mismo<sup>334</sup>. Pareciera que en nuestros días al sujeto pillado por la comisión de uno de los delitos contemplados en el lapidario artículo 194 se le entrega en *nox*, despojándosele de todo cuanto tuviere o de aquello a lo que pudiere aspirar lícitamente. En estos términos, el periodo procesal de ejecución de la pena, en el que debe verse al hombre y no al delito, se ha contaminado del objetivismo del Derecho penal de acto.

Luego de la sentencia, el delito cometido ya no debe inspirar criterio político-criminal alguno. De lo contrario, cuando el reo solicite formalmente su libertad anticipada y la autoridad ejecutora funde y motive su negativa, ésta juzgará dos veces por lo mismo. Debe entenderse que en la última fase del procedimiento penal el Derecho penal se convierte en derecho de autor.

En la teoría general del delito se originaron algunas confusiones por la introducción del tipo de autor criminológico, cuyos postulados implican el desplazamiento del concepto de culpabilidad como eje del derecho represivo<sup>335</sup>. Introducida la tipología criminológica del autor en el terreno penal, se pretendió fundar el castigo a través de una doble valoración: (1) culpabilidad devenida del hecho concreto; (2) estilos de vida precedente y posterior. Se propuso, inclusive, que la imposición de la pena dejara de basarse en la culpabilidad, para apoyarse únicamente en la “culpabilidad por la conducción de la vida”. Esta extravagante fórmula sería rápidamente expulsada de la ciencia penal, al no poder coexistir con el principio de taxatividad.

---

<sup>334</sup> Vid. JUSTINIANO. *Instituciones*. Libro Cuarto. Título VIII. *INSTITUCIONES DE JUSTINIANO*. 2ª ed. Trad. MÉLQUIADES Pérez, Rivas. Edición bilingüe. Editorial Heliasta. Argentina. 2005.

<sup>335</sup> Vid. ROXIN, Claus. *Derecho Penal... op. cit.* pp. 179-180.

No pocos infortunios se produjeron en la teoría general del delito con el intento de fundir al derecho de acto con el derecho de autor, para obtener un híbrido que creciera y madurara hasta llegado el día en que, reclamando su genuina estirpe, proclamara una tregua entre penalistas y criminólogos. Tales desaguisados, más que evidenciar la supremacía del linaje penal sobre el criminológico, demostraron que la criminología clínica es tan ajena al juicio de reproche como el derecho de acto a la ejecución de la condena<sup>336</sup>.

Así como el juez le impone al sujeto un castigo por el mal hecho, no por ser malhechor, el objeto de la ejecución de la pena es el delincuente, no el delito. Por esta razón la fase procesal ejecutiva no debe confiarse a las exclusivas manos de los juristas, so pena de causar los mismos problemas que provocó la incursión de aquel híbrido bicéfalo en la teoría general del delito. De este lado de la barda perimetral no cabe el derecho de acto.

#### **IV. La Cárcel y sus Usos**

Una vez dictada la sentencia condenatoria, la cárcel tiene por funciones evitar la reincidencia y reinsertar al sentenciado en la sociedad; así lo establece el artículo 18 de la Constitución. Pero ¿cuál es el fin de la prisión? Conocemos los objetivos que se deben procurar con el presidio, pero ¿cómo saber cuál o cuáles son los fines de la prisión como sanción? Nuestra Ley Fundamental nada dice sobre el particular. ¿Podremos entonces afirmar que la cárcel y la prisión, aunque son cosas diferentes, comparten las mismas metas? El Constituyente de 1916-1917 no especificó si la sanción privativa de libertad debe cumplir los propósitos de prevención general (positiva o negativa) y/o de prevención especial (positiva o negativa). ¿Este silencio significa la admisión tácita de la retribución como único fin?

---

<sup>336</sup> Vid. ROXIN, Claus. Derecho Penal... *op. cit.* pp. 817 y ss.

A diferencia de la mexicana, la Constitución italiana sí atribuye a la pena el fin de la reeducación del reo: “*La pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*”<sup>337</sup>.

Ralf Dahrendorf dice con razón: “...las reglas establecidas en virtud del monopolio estatal de la fuerza sólo determinan los límites del comportamiento, pero en su interior dejan sin definir amplios márgenes de acción”<sup>338</sup>. En el caso mexicano la indefinición constitucional es mayor: no establece límite máximo de duración a la pena de prisión ni señala expresamente el fin que habrá de tener esta sanción en el amplio espectro penológico.

Autores como Manuel A. Montes de Oca, Alfredo Molinario, José Peco, Luis Jiménez de Asúa y recientemente Eugenio R. Zaffaroni han querido encontrar en la redacción del artículo 18 de la Constitución argentina la proscripción de la teoría retributiva<sup>339</sup>. El precepto señala:

“...las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

Sin embargo, Luis M. García disiente, afirmando que se trata en realidad de una garantía del proceso penal, que consiste en que los lugares de detención no se organicen para el castigo de los procesados sino para asegurarlos, esto es, para que no se fuguen<sup>340</sup>. Esta diferencia de opinión radica en que el autor citado en último término alude a la prisión preventiva. De cualquier forma es válido pensar que la pena puede tener en su etapa judicial un fin meramente retributivo, y

---

<sup>337</sup> Artículo 27.

<sup>338</sup> Cfr. DAHRENDORF, Ralf. *El Recomienzo de la Historia. De la Caída del Muro a la Guerra de Irak*. Trad. MÁRISCO, Griselda. Editorial KATZ. Argentina. 2006. p. 31.

<sup>339</sup> Vid. GARCÍA, Luis M. *Reincidencia y Punibilidad. Aspectos Constitucionales y Dogmática Penal desde la Teoría de la Pena*. Editorial Astrea. Argentina. 1992. pp. 87-88.

<sup>340</sup> Vid. GARCÍA, Luis M. *op. cit.* pp. 87 y ss.

que la cárcel tenga por fin la reeducación del condenado. La contradicción teórica es sólo aparente; se resuelve estudiando la pena incardinándola en el tiempo. El objetivo retributivo se cumple cuando el juez gradúa la sanción con base en la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del agente, en tanto que la prevención especial positiva se procura en la cárcel con la individualización del tratamiento progresivo y técnico. No obstante, la contradicción práctica sí puede existir, como veremos a continuación.

Siendo nuestro Derecho penal de *aplicación estricta*, este silencio del Constituyente contrasta con la aflictiva realidad de la pena. Si el fin de la pena es solamente la reinserción social, no nos explicamos por qué razón el CPF prevé sanciones de prisión por hasta setenta años, sin derecho a beneficio de libertad anticipada; lo que equivale, para el condenado, a perder *ipso iure* su derecho a ser ciudadano.

En la antigua Roma se consideraba enemigo de la patria al ciudadano que cometiera un crimen contra el Estado. Por tal motivo dejaba de pertenecer a la ciudad; perdía definitivamente su ciudadanía<sup>341</sup>. Pareciera que en nuestro país, hoy día se considera enemigo de la patria a quien cometa un delito de los calificados como graves en el artículo 194 del CFPP. ¿Acaso perder el carácter de ciudadano no es una pena o un efecto de la pena de prisión que resulta infamante para quien la sufre?

Alfonso Quiroz Cuarón había dicho que prisión sin tratamiento es venganza<sup>342</sup>. En los mismos términos podemos afirmar que prisión sin derecho a libertad anticipada es tiranía. No debemos pasar por alto el noble sentido del artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que proclama que todo individuo tiene derecho a la libertad. Quienes están privados de la libertad por

---

<sup>341</sup> Vid. MOMMSEN, Theodor. *Derecho Penal Romano*. Trad. DORADO Montero, Pedro. Temis. Colombia. 1976. p. 556.

<sup>342</sup> Vid. MENDOZA Bremauntz, Emma. *op. cit.* Nota: Frase citada como escolio de la obra.

sentencia firme, deben poseer el derecho de aspirar a recuperarla por medios distintos al subterfugio.

Manuel de Lardizábal y Uribe ya decía: "...pueden conseguirse castigos moderados, el agravarlos sería crueldad y tiranía, y se excederían los límites de la justicia y de la equidad"<sup>343</sup>.

La vida sin libertad sólo tiene sentido si se aspira a recuperarla. Sólo así se explica que la conducta de evasión perpetrada por el propio reo no sea punible, siempre que durante su ejecución se abstenga de cometer conductas tales como: homicidio, daño en propiedad ajena, privación ilegal de la libertad, portación prohibida de arma, portación de arma de fuego sin licencia o de uso exclusivo del Ejército, Fuerza Aérea y Armada Nacional.

El legislador realiza su propia individualización de la pena. Por ejemplo, al prever para el homicidio una pena conjuntiva de prisión y multa, descarta todas las demás sanciones que enlista el artículo 24 del CPF. Cuando fija el marco legal penal con un mínimo de 12 y un máximo de 24 años, excluye el margen inferior comprendido de los 3 días a los 11 años 11 meses 29 días, así como también el margen superior de 24 años 1 día a 70 años. Este sistema descubre que si se establece un límite máximo es porque se desconfía de la prudencia del juez, y si se fija un límite mínimo es porque se duda de su probidad.

Cuando a través del acto legislativo se elevan los márgenes de la penalidad abstracta se sube también, por consecuencia, el margen de referencia obligado para el juzgador al momento de individualizar la sanción. Este problema de inflación punitiva orilla a los jueces a la incongruencia, cuando en la sentencia resuelven: "Se considera justo y equitativo imponer al acusado una pena de cincuenta años de prisión para su reinserción social". Si la reinserción social fuera el fin único de la

---

<sup>343</sup> Cfr. LARDIZÁBAL y Uribe, Manuel de. *op. cit.* p. 41.

pena prisional, sería también materia de instrucción demostrar de forma clínica que en la especie el procesado requiere ser “reinsertado”.

#### **a. Situación Actual**

A nuestro paso por la Subdirección Jurídica de la Colonia Penal Federal “Islas Marías” (donde contrario a lo dispuesto por su reglamento, la mayoría de los colonos cumplían condenas por delitos contra la salud), tuvimos acceso a un gran número de esta clase de sentencias. En la parte de *considerandos* se señala: “De acuerdo a los antecedentes personales del acusado, a su conducta posterior a la comisión del delito, y tomando en consideración que en el caso concreto se trata de un delito formal o sin resultado dañino materialmente cuantificable, es de determinarse que el acusado representa para la sociedad una peligrosidad ubicada entre la mínima y la media con tendencia a la primera, siendo por ende justo y equitativo aplicar una pena de diez años de prisión para su readaptación social”.

Considerar que un delincuente jurídicamente primario, responsable de la comisión de un delito formal cuyos motivos fueron: ignorancia, aislamiento social y pobreza extrema, requiere de diez años en prisión para su reinserción, es desconocer la cárcel desde adentro.

¿Por qué el General Porfirio Díaz, al ganar el asalto a la ciudad de Puebla, el 4 de abril de 1867, le condonó la vida a los vencidos, si conforme a las leyes castrenses y la costumbre militar procedía apresarlos y ejecutarlos? Recordemos su respuesta:

“Según las leyes vigentes, estaban sujetos a la pena de muerte; pero que, tratándose de un número tan grande, me parecía que el gobierno, cuando tuviera conocimiento del caso, haría alguna gracia, y que para eso era necesario conservarlos en prisión muy rigurosa, y yo, que acababa de sufrirla, sabía cuán penosa era, y quería evitarles ese sufrimiento si se comprometían bajo sus firmas a

presentárseme cuando ya los llamara por la prensa, si así me lo exigía el gobierno... »<sup>344</sup>.

Los dejó partir, siendo que en victorias pasadas había hecho precisamente lo que las leyes de guerra y la costumbre militar ordenaban. Sus memorias no responden a esta pregunta de forma expresa, pero siguiendo un orden cronológico podemos deducir que Porfirio Díaz había sido apresado en dos ocasiones, la última después del 9 de febrero de 1865, cuando rindió la plaza de Oaxaca a la intervención francesa. Estuvo detenido en Puebla, hasta evadirse el 20 de septiembre de ese mismo año horadando el suelo del convento que le confinaba. Probablemente fue el número tan grande de vencidos lo que inspiró su indulgencia, como él mismo lo dijo; pero también habló con pleno conocimiento de causa cuando se refirió al sufrimiento que implica el rigor del aislamiento.

En la prisión el tiempo no transcurre igual: las manecillas del reloj se detienen; el aire es más denso; los recuerdos asaltan a la mente; la memoria obstaculiza el presente; la nostalgia nubla la vista; la sombra de la depresión visita constantemente en el claustro; ideas suicidas invaden una y otra vez al preso; el repudio a la vida intramuros colapsa con el temor de volver a ser libre.

La esperanza de volver a ser libre nunca se pierde, porque vivir porque vivir sin libertad es sólo envejecer sin vivir, es aspirar aire por instinto de supervivencia, no por la convicción de aferrarse a la vida. Es caer en una devaluación de sí mismo, volverse un número; es odiar al sistema, hasta que llega la resignación, la consolación de revolverse en sus adentros, de limitarse a desahogar su dolor gritando en el silencio desgarrador que se estrella en la pared perimetral, o se desvanece en las infinitas y furiosas aguas del destierro en “Las Marías”.

Si el reo tiene derecho a libertad anticipada, lo sabe. Cuenta con comprensible obsesión y exactitud de matemático los días que lleva en prisión.

---

<sup>344</sup> Cfr. CONSEJO NACIONAL PARA LA CULTURA Y LAS ARTES. 1994. *Memorias de Porfirio Díaz*. T. II. México. p. 84.



Ese interés remarcado y natural por recuperar la libertad se debe estimular para lograr que el interno participe en su propio proceso de readaptación.

Durante un lunes de audiencia, un colono de “Las Marías”, recluso por violación a la Ley General de Población, acudió con nosotros para pedirnos su preliberación. Mientras examinábamos el expediente mezquino en información, conformado por copias fotostáticas casi ilegibles (que al poco tiempo nos provocaron problemas en la vista) este interno, mirando su cronómetro de mano, exclamó: “Llevo aquí 3 años, 11 meses, 12 días, 10 horas, 33 minutos, creo que ya estoy readaptado. ¿Puedo irme?”. Tan pronto como terminó la frase, repetimos mentalmente lo que al despertar esa mañana habíamos pensado: “Hace apenas 1 mes, 15 días que llegamos aquí y nos ha parecido una eternidad”.

Entendimos al preso cuando nos comprendimos privados de la libertad. Sólo nos distinguían cuatro cosas: (1) la situación jurídica: concepto metafísico que entonces daba lo mismo; (2) que devengábamos un sueldo como funcionarios: lo que al momento era también insignificante porque nos pagaban con depósito bancario y en la Colonia no hay bancos ni cajeros automáticos; (3) el escritorio que entre nosotros se interponía; y (4) el poder que los internos delegaban en nosotros los servidores públicos. Delegaban, en efecto, si tomamos en cuenta que ellos eran 1 mil 596 y nosotros 60, contando a los 22 custodios que integraban el estado de fuerza.

Si la ley prescribe que un delincuente debe permanecer setenta años en prisión y además le despoja toda esperanza de recuperar su libertad, lo está desahuciando, condenando a muerte. Pensemos que para ser imputable al momento de cometer la conducta típica, el agente debe contar con dieciocho años de edad. Todavía suponiendo que sea aprehendido en flagrancia típica el mismo día de su cumpleaños dieciocho, recuperaría la libertad a los ochenta y ocho años. ¡Listo para reinsertarse a la sociedad!

La *retención* fue una figura jurídica que permitió a la autoridad carcelaria mantener en cautiverio al reo aún después de cumplido el tiempo fijado por el juez en su sentencia. Procedía cuando el convicto agotaba la temporalidad de la pena sin mostrar enmienda. El CFPP la previó en sus artículos 549 al 552, hoy derogados.

El artículo 62 de la Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de Libertad del Estado de México, publicada en la Gaceta de Gobierno el 4 de mayo de 1966, dispuso:

“La retención se aplicará cuando, a juicio del Departamento, el reo observe mala conducta durante la segunda mitad de su condena, resistiéndose al trabajo o incurriendo en faltas graves de disciplina”.

Con semejante sentido se redactó el capítulo segundo de la Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Restrictivas de Libertad del Estado de Michoacán, publicada en el Periódico Oficial el 13 de noviembre de 1972, cuyo artículo 123 prescribió:

“La retención se aplicará por el Departamento de Prevención y Readaptación Social a los liberados que fueron sentenciados a sanción privativa de libertad que exceda de dos años, aún cuando no haya sido declarado expresamente en la sentencia, en los casos y circunstancias a que se refiere el articulado correspondiente del Código Penal del Estado. En la retención se aplicarán al liberado hasta las tres quintas partes a la mitad de la sanción impuesta, según haya sido su delito intencional o culposo”.

Veamos ahora la *Memoria Sintética de la Primera Convención Nacional* a que convocó el Gobierno Federal, por conducto de su Secretario de Gobernación, Silvano Barba González, el año de 1936. En la reunión participaron “delegados” de todas las entidades federativas, incluido el “Departamento” del Distrito Federal y

desde luego el Gobierno Central. Durante la décima sesión del día 3 de agosto, el delegado del Departamento (federal) de Prevención Social propuso en su ponencia: “Aplicar la retención, y conceder la libertad preparatoria, previo estudio que se haga, en cada caso, de la conducta del reo y del efecto producido en él, por el tratamiento...”<sup>345</sup>.

Esta “Primera Convención Nacional” tuvo por motivo coordinar esfuerzos ante la ola de inseguridad que azotó a la República en el lejano año de 1936. Setenta y dos años después, el Presidente Felipe Calderón convocó a otra reunión nacional por la misma causa y para igual propósito. Sólo una característica distingue la retención de antaño con la retención actual: la determinación de la sentencia judicial.

La retención ha sido extraída de la esfera de poder del Estado. Sin embargo, este triunfo de la civilidad sobre la barbarie es sólo aparente, pues lejos de estar enterrada en los cementerios del Derecho penal antiliberal, la retención pervive, camuflada, en otro ámbito de poder. En efecto, si bien la autoridad carcelaria está impedida para prolongar el aislamiento social de un interno, el legislador sí puede hacerlo. Esta figura penal sigue vigente en nuestra legislación, sólo que en sus nuevas formas de: (1) elevación de la sanción prisional; y (2) restricción del derecho de libertad anticipada.

Así, la política criminal mexicana aparenta moverse a gran velocidad para superar la de los acontecimientos que pretende atajar, pero en realidad gira en círculos como una brújula averiada.

---

<sup>345</sup> *Cfr.* UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL. MEMORIA SINTÉTICA DE LA PRIMERA CONVENCION NACIONAL. Secretaría de Gobernación. Serie Jurídica No. 1. México. 1937.

## **b. Algunos Problemas Penitenciarios Generados por el Populismo Punitivo**

La cárcel, desde un punto de vista constitucional, existe para regresar al preso a la sociedad. La cárcel, desde un punto de vista politicocriminal, existe para salvar a la sociedad del preso. Esta diferencia entre el *programa* y su ejecución siempre ha existido; pero hoy es más notoria que nunca. David Garland lo dice mejor:

“En las últimas décadas, la prisión se ha reinventado como medio de contención incapacitante que apunta supuestamente a los delincuentes violentos y a los reincidentes peligrosos, pero que también afecta a quienes cometen delitos menores. Se ha restado importancia a la función de reinserción social de la libertad condicional y de la probation y se le ha dado un peso renovado a sus funciones de control y evaluación del riesgo”<sup>346</sup>.

Veamos algunos ejemplos de la realidad penitenciaria mexicana.

A nuestro paso por el Centro de Readaptación Social “Apodaca”, de Nuevo León, dialogamos con un interno de nombre Carlos, recurrente en la comisión de faltas al reglamento interior. Le sugerimos que se acercara a las áreas de psicología, criminología, educación y trabajo, con la promesa de poner atención especial en su “evolución”. Esto fue lo que nos respondió: “Estoy por un delito contra la salud cometido después de las reformas<sup>347</sup>. ¿Para qué trabajo y participo en las áreas si de todos modos me la voy a aventar derecha?”.

---

<sup>346</sup> Cfr. GARLAND, David. *Cultura... op. cit.* p. 48.

<sup>347</sup> Se refería a las reformas del 28 de diciembre de 1992 al CPF, específicamente al artículo 85, mediante las que se establecen restricciones en materia de libertad preparatoria, y que en igual tesitura fueron introducidas a la Ley que Establece Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados, en materia de remisión parcial de la pena.

En estos casos el trabajo del penitenciarista se dificulta gravemente, pues sólo puede recomendarle al preso que prevea la posibilidad de que en un futuro cercano la ley se modifique a su favor, ya que si para entonces no ha tenido una buena trayectoria institucional no se verá beneficiado con la aplicación retroactiva de la norma.

La labor del juez en un procedimiento penal, salvo causas excepcionales, termina con la notificación de la sentencia. Desconoce lo que sigue, la parte más viva del proceso, las consecuencias de la resolución, de su resolución. No debía ser de otra forma ya que la ejecución de las sentencias corresponde al Ejecutivo por designio de la ley. Los legisladores tampoco conocen las cárceles, desconociendo por lo tanto la pena de prisión, la que tanto han privilegiado.

Sobre la suspensión de los derechos políticos que por ministerio de ley acarrea la sanción privativa de libertad, Cesare Beccaria decía: “Muere el ciudadano, queda el hombre”<sup>348</sup>. Queda el hombre, en efecto, pero inmerso en un mundo hostil, no necesariamente por el despotismo de los servidores públicos, sino por las reglas que se imponen los presos mismos para regular sus relaciones. La supervivencia es la regla primera y última de cada día. No exageramos, tampoco proclamamos el fracaso de la prisión como los abolicionistas que critican ferozmente su existencia sin proponer nada en su lugar.

Sí readapta, pero no es su mayor cualidad; también desadapta, también destruye psicológicamente, también mata. La sanción prisional, desde un punto de vista criminológico (no jurídico), es trascendental porque de *facto* alcanza a los familiares. Al quedar el núcleo familiar sin jefe de familia, la esposa no en pocas ocasiones recurre al remedio milenar y lastimoso de la prostitución. Los hijos acuden a la visita familiar bajo el engaño efímero de que su padre está internado en una escuela y no en una prisión. El infante pronto se preguntará: ¿por qué los profesores custodian la escuela con rifles?; ¿por qué los perros con bozal? La

---

<sup>348</sup> Cfr. CESARE BECCARIA. *op. cit.* p. 106.

quimera se desvanece ante sus ojos cuando en el área de visita familiar un interno (“alumno”) es sometido por los custodios después de haber llegado al extremo de golpear a su pareja durante una discusión. Comprende entonces la realidad sin poder escapar de ella.

No proclamamos que el sistema no funcione o esté destinado al fracaso. La histórica falta de voluntad política, primero, y el acto legislativo, después, lo han hecho infructuoso. Las prisiones están sobrepobladas no necesariamente porque existan muchos delincuentes, sino porque a la mayoría de los delitos se les ha vinculado la pena de prisión, con desprecio a la efectividad del resto de las sanciones alternativas a la privativa de libertad; porque el reo es condenado a vivir durante muchos años en la cárcel; porque a los readaptados no se les permite salir del cautiverio; porque las penitenciarías se llenan de personas que no necesitan readaptación; porque muchos procesados tienen que esperar sentencia detrás de las rejas en virtud de la distinción que la ley hace entre delitos graves y no graves (como si la gravedad de un delito implicara presunción de culpabilidad, o fuera una prueba preconstituida, tal como sucede en materia mercantil con los títulos de crédito).

La distorsionada y mal llamada “política criminal” mexicana es incongruente con la realidad financiera del país. En muchos reclusorios no existe presupuesto para proporcionar alimento a los reos como lo ordenan las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas. La justicia de menores infractores no es la excepción. Para 500 internos contábamos con estados de fuerza de hasta 13 elementos. El personal de pedagogía, psicología, trabajo social y médico era por demás insuficiente y, con labor de verdad estoica, hacía lo posible. No contaba con el material más elemental para impartir clases; nos referimos a lápices, libretas, borradores, pizarrones. El fin de la medida de tratamiento para menores infractores, en tales circunstancias, se convertía en contener y, con esfuerzos loables, tratar de adaptar.

Si a esta situación de superpoblación le agregamos el ínfimo monto de la aportación que por concepto de “socorro de ley” otorga el gobierno federal a los estados para la manutención de reos federales domiciliados en reclusorios estatales y municipales, el problema en que está inmerso el sistema (y con él más de 217 mil reos)<sup>349</sup> adquiere babélicas proporciones que exigen, por ciencia, civilidad y sensibilidad política, una respuesta eficaz.

En noviembre de 2004 formamos parte de una comisión de directores generales de prevención y readaptación social que, llevando la representación de todas las entidades federativas, compareció en tres ocasiones ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, a través de la Comisión de Seguridad Pública. En dichas ocasiones, con ley y pruebas documentales en mano, expresamos la inaplazable necesidad de incrementar por lo menos de 18 a 40 pesos diarios las aportaciones que por concepto de “socorro de ley” el Gobierno Federal otorga a las entidades. Para esto hicimos previamente un cálculo del costo diario de manutención por interno, que arrojó la cifra de 170 pesos. La diferencia entre la cuota del socorro de ley y el costo real es absorbida por cada localidad<sup>350</sup>.

¿Cómo reinsertar socialmente al hombre que ha sido condenado a vivir segregado de la sociedad por siempre? Comprobado que en nuestro país el fin del sistema penitenciario (o de la pena en su fase ejecutiva) es la reinsertión social del sentenciado, y que la legislación secundaria (excepto la relativa a la ejecución de las sanciones privativas o restrictivas de libertad) hace caso omiso de aquel designio constitucional, es preciso analizar más a fondo el problema que tal discordancia genera en la administración de los centros de reclusión.

---

<sup>349</sup> Población penitenciaria nacional actualizada a septiembre de 2007. Fuente: Secretaría de Seguridad Pública Federal.

<sup>350</sup> La gestión rindió frutos, pues actualmente la cuota diaria es de 40 pesos. De cualquier forma sigue siendo insuficiente.

Hasta la notificación de la sentencia, el proceso es un acto meramente jurídico. En cambio, en la etapa (también procesal) de la ejecución de la pena de prisión, convergen otras disciplinas con el objeto de conseguir de manera individualizada, progresiva y técnica, la reversión de los factores criminógenos del condenado.

El sujeto, desde que ingresa al centro de reclusión preventiva, es objeto de estudio<sup>351</sup>. Tal estudio tiene por fin, principalmente, determinar la ubicación institucional del nuevo preso con base en sus rasgos de personalidad. A reserva de la posterior elaboración de la historia clínica (clínica en cuanto implica ciencia aplicada basada en la observación), es menester decidir en cuál ambulatorio, ala, pasillo, sección o módulo será alojado. Este procedimiento tiene por propósito disminuir la probabilidad de contaminación carcelaria, resultante de la convivencia con determinado tipo de población; o por el contrario, la contaminación que éste pudiera ejercer sobre aquella. Como se trata de un hombre sin sentencia (que en teoría sigue siendo inocente), la atención terapéutica no puede estar orientada hacia el fin readaptatorio. Su aplicación está encaminada a disminuir la desadaptación social, matizando, en lo posible, los efectos de la prisionización.

Para el correcto funcionamiento de la institución, el total de la población debe dividirse aprovechando los espacios que el adecuado diseño de la infraestructura del inmueble ofrezca. Los elementos principales para determinar la ubicación del preso deben ser:

Peligrosidad, obtenida de la capacidad criminal y de la adaptabilidad al medio, facilitando su conocimiento si se trata de ingreso por traslado de otro Centro.

Tipo de autor: material, intelectual o ambos.

---

<sup>351</sup> Vid. (1) MARCHIORI, Hilda. *op. cit. passim*; (2) RODRÍGUEZ Manzanera, Luis. *Criminología... op. cit. passim*.



Tipo de delincuente criminológicamente: primario, reincidente o habitual; especificando si es reincidente o habitual genérico o específico.

Número de ingresos a prisión y la ubicación que tuvo anteriormente, en su caso.

Adicciones.

Edad.

Sexo.

Preferencias sexuales.

Estado de salud.

Incidencias (conflictivas con otros internos).

Problemas victimológicos al interior del reclusorio. (Familiares o amistades de su víctima que se encuentren en ese reclusorio).

Duración de la condena (si es sentenciado).

Control de impulsos.

Tolerancia a la frustración.

Capacidad de demora.

Coeficiente intelectual.

Rasgos de personalidad: liderazgo, manipulación, rol de víctima o victimario en grupo.

Comportamiento en la institución de procedencia, en caso de traslado.

Grado de instrucción.

Apoyo familiar.

Aptitudes laborales y ocupación en el exterior.

Estrato social.

Extracción: rural o urbana.

Hecho lo anterior, con los datos obtenidos por las áreas durante la entrevista inicial, el Consejo Técnico Interdisciplinario (en su carácter de órgano colegiado, de conformidad con el artículo 9 de la Ley que Establece Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados) determina la ubicación y el tratamiento inicial para el interno. Esta resolución adquiere el carácter de dictamen, y puede explicarse a manera de calendario de actividades, como sigue:

06:00 Levante y pase de lista.

06:30 Aseo personal y de celda.

07:00 Desayuno.

07:45 Conducción a talleres.

11:00 Comida.

11:45 Reanudación de actividad en talleres.

13:00 Psicoterapia individual o grupal.

14:00 Grupo de alcohólicos anónimos.

15:30 Pase de lista.

16:00 Cena.

18:00 Pase de lista.

19:00 Cierre de pasillos.

Sábados: Actividades deportivas, educación preparatoria en sistema abierto y visita íntima.

Domingos: Visita familiar.

Ésta es la individualización efectiva de la ejecución de la pena<sup>352</sup>. Su dosis afflictiva no puede ser materia de individualización especial, pues la sola privación de la libertad basta<sup>353</sup>. Es innegable que el designio constitucional no siempre resulta realizable. Se necesita de la voluntad y disposición del interno. Un reglamento puede disponer, como lo hace el de los centros federales de readaptación social, que el trabajo penitenciario sea obligatorio para el reo; pero tal obligatoriedad (aun cuando la holganza sea considerada como infracción al mismo ordenamiento administrativo) implicaría la sujeción a un trabajo forzado: pena que no existe en nuestra legislación vigente y que no constituye un efecto accesorio de la de prisión.

El Reglamento Interior para el Centro de Readaptación Social “Apodaca”, de Nuevo León, de febrero de 1990, establecía en su artículo 62, fracción IV, la obligación de trabajar a cargo de los internos: “...efectuar trabajos en el Centro de acuerdo a su capacidad, conocimientos, mismos que serán asignados por el Director del Centro, previo estudio respectivo de su caso y situación”.

---

<sup>352</sup> Sobre este tema, *vid.* RODRÍGUEZ Manzanera, Luis. *Criminología... op. cit.* pp. 133 y ss.

<sup>353</sup> *Vid.* Regla 33 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Para el Tratamiento de los Reclusos.

El Reglamento Interior de los Centros de Readaptación Social y Centros Preventivos de Reclusión del Estado de Nuevo León, de junio de 1998, estableció en su artículo 65, fracción XIV, que era falta de los internos: "...acudir impuntualmente o abandonar las actividades y labores a las que deba concurrir sin causa justificada".

Iba más allá que el reglamento de 1990, pues no sólo estableció el trabajo como obligación; también la participación en las "actividades". En el lenguaje penitenciario por "actividades" se entiende toda acción que forme parte del programa de tratamiento, tal como el que reseñamos líneas arriba. Así explicado, entenderemos que el artículo en estudio convirtió en deber lo que realmente es un derecho humano del reo: que la cárcel se organice para reinsertarlo a la sociedad. No obstante, esta norma estuvo siempre destinada a la inobservancia, pues jamás hubo personal suficiente para atender a toda la población.

El artículo 63 de la Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Medidas Restrictivas de Libertad, para el Estado de Sonora, de fecha 5 de enero de 1973, prescribió: "Quienes incurrir en delito tienen el derecho y la obligación de ser sometidos al tratamiento que el Estado esté en posibilidad de proporcionarles para procurar su reforma y readaptación a la vida social".

Este tipo de disposiciones genera duda sobre si la reinserción social es una obligación o un derecho del condenado, entendida no únicamente como un derecho que tiene a que se le corrija; también de superarse académica, psicológica y laboralmente. La solución la proporciona el documento colofón del Sexto Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, que al respecto acota:

"Todo programa institucional significativo estará influido por el derecho a tratamiento, esto es, que el suministro de servicios médicos, psicológicos y sociales básicos y el acceso a ellos por el recluso que los acepte, así como otras posibilidades de rehabilitación

en general y el derecho de resistirse al tratamiento, es decir, el reconocimiento de que no se debe forzar u obligar”<sup>354</sup>.

En este sentido, Sergio García Ramírez expresa:

“El hecho de que los propósitos (sic) de la pena y los medios para conseguirlos se hallen inscritos en un precepto incorporado, a su vez, dentro del elenco de derechos públicos subjetivos, revela que el reo tiene frente al Estado un derecho a la clasificación, en primer término, como lo tiene además al tratamiento, o sea, a una atención *sui generis* dentro del reclusorio, que lo califique para la vida común, con sentido readaptador. El designio exclusivamente punitivo tropieza, pues, con el escudo protector de esta garantía individual”<sup>355</sup>.

No sucede hoy día lo que antaño preveía el artículo 105 del CPF de 1929, con sentido retributivo más que terapéutico:

“La segregación consiste en la privación de la libertad por más de un año, sin que pueda exceder de veinte y tendrá dos periodos.

El primero consistirá en la incomunicación parcial diurna e incomunicación nocturna, con arreglo a los artículos 106 a 109 de este Código.

El segundo periodo es el prevenido por el artículo 110. (Trabajo colectivo).

En ambos periodos será obligatorio el trabajo”.

El trabajo penitenciario ya no se basa en el carácter expiatorio de la pena, porque esta condición se cumple con su sola ejecución, es decir, con la privación efectiva de la libertad. En la actualidad ningún reo debe ser forzado a trabajar, al refugiarse tal actividad en la garantía individual de la reinserción social.

---

<sup>354</sup> Cfr. RODRÍGUEZ Manzanera, Luis. *La Crisis... op. cit.* p. 66.

<sup>355</sup> Cfr. GARCÍA Ramírez, Sergio. *Legislación Penitenciaria y Correccional Comentada*. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1978. p. 61.

El derecho de menores infractores no ha sido la excepción en el tema de las inconsistencias. La Ley (federal) para el Tratamiento de Menores Infractores dispuso en su artículo 6, parte conducente: “El Consejo de Menores es competente para conocer de la conducta de las personas mayores de 11 y menores de 18”.

Mientras que la Ley para la Protección de las Niñas, Niños y Adolescentes, en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, señala que adolescente es el individuo cuya edad oscile entre los 12 años cumplidos, hasta los 18 incumplidos.

La anterior discrepancia llevó al Consejo de Menores de la Secretaría de Seguridad Pública Federal a dilucidar que, prevaleciendo la ley especial sobre la general, este conflicto aparente de normas debía resolverse a favor de la aplicación del artículo 6 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores. Nosotros pensamos que este conflicto de leyes se dirime optando por la aplicación de la ley que más favorezca al sano desarrollo de la personalidad del menor, atendiendo al interés superior del niño.

Esta clase de conflictos legales suceden porque nuestro gobierno suscribe y ratifica tratados internacionales sin estudiar las repercusiones que tendrán en el sistema normativo vigente, o porque una vez incluidos en nuestro Derecho con el nivel que el artículo 133 de la Constitución les proporciona, no se reforman las leyes que tienen injerencia con la materia que regulan.

Hemos querido llegar a este punto, donde dejamos planteada la pregunta de si la reinserción social es un derecho o una obligación, para situar al lector ante el panorama que día a día vislumbra el técnico penitenciario. El psicoterapeuta requiere de pacientes para laborar, de la misma forma que el orador necesita un auditorio para pronunciar su discurso. Pero es la propia ley la que desalienta al interno a participar en el tratamiento. En esta etapa del procedimiento penal, no

sólo las largas condenas fungen como inhibidoras de todo ánimo de auto-superación; también las restricciones legales que han sido introducidas en materia de preliberación. La pena no contramotiva al sujeto que delibera delinquir, pero sí disuade el interés del penado por “reinsertarse”.

El Poder Judicial de la Federación se venía pronunciando en igual sentido, hasta que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dio un giro hermenéutico a través de una resolución que analizamos en otro lugar. A continuación veremos la ejecutoria emitida por el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, durante la Séptima Época. El brillo de los razonamientos que en ésta se formulan y su relación directa con el tema de nuestro interés, nos obliga a transcribir el texto íntegro de su publicación:

“LIBERTAD PREPARATORIA. ES INCONSTITUCIONAL LA RESOLUCION QUE NIEGA ESE BENEFICIO APLICANDO RETROACTIVAMENTE EL ARTICULO 85 DEL CODIGO PENAL A SENTENCIADOS POR DELITOS CONTRA LA SALUD EN MATERIA DE ESTUPEFACIENTES. La situación jurídica del delincuente que se encuentra purgando una pena está determinada fundamentalmente por la sentencia que lo condenó, la cual engendra para ese sujeto un conjunto de derechos y deberes. Así pues, las disposiciones legales aplicables durante el cumplimiento de dicho fallo serán, en principio, las que estaban vigentes en la época en que se dictó y vigentes también al cometerse el delito y sólo podrán aplicarse disposiciones posteriores cuando mediante ellas se favorezca al reo. De lo contrario, se infringiría el artículo 14 constitucional.

En divergencia con lo sustentado por la autoridad recurrente, este tribunal considera que toda sentencia y consecuentemente la condición jurídica de quien ha sido sentenciado encuentran su fuente real en la conducta delictuosa, y por lo tanto, deben regularse por las leyes vigentes en la época en que se cometió el delito. Como el artículo 85 del Código Penal no reformado estaba en vigor cuando el

quejoso cometió los hechos tipificados como delitos contra la salud, adquirió desde entonces el derecho a solicitar la libertad preparatoria y todos los beneficios que la ley vigente en esa época concedía a los sentenciados; la negativa a tramitar su solicitud con base en las reformas al precepto mencionado, que excluyeron de ese beneficio a quienes delinquieran en materia de estupefacientes constituye, pues, una aplicación retroactiva del mismo.

Lo es además en perjuicio del quejoso por las siguientes consideraciones: una condena que supone la posibilidad de obtener la libertad preparatoria es virtualmente menor a una que la rechaza **y sin lugar a dudas, cuando el legislador prevé la posibilidad de obtener dicho beneficio está animado por el espíritu de reducir la pena estimulando**, por otra parte, al sentenciado a adoptar en el futuro una conducta honesta y facilitando en esa forma el camino para su regeneración. **En consecuencia, la negativa del beneficio de la libertad preparatoria se traduce de hecho, en una agravación de la pena...** es verdad que la libertad preparatoria, en los casos en que procede es un derecho que tiene carácter condicional, ya que puede dejar de ser efectivo cuando el solicitante no llena los requisitos legales, pero esto es completamente distinto del hecho de que una disposición legal que no estaba en vigor cuando se cometieron los hechos venga a coartar en forma absoluta la posibilidad de obtener dicho beneficio. Es menester hacer notar que el carácter discrecional de la facultad para conceder la libertad preparatoria no justificaría la arbitraria denegación del beneficio, porque toda autoridad debe fundar y motivar debidamente sus determinaciones, según el artículo 16 constitucional. Además es razonable suponer que el comportamiento del sentenciado ha sido motivado y estimulado por el precepto legal que antes de las reformas le daba la oportunidad de obtener la libertad preparatoria y en tal virtud, aplicar al quejoso una disposición legal que despoja retroactivamente de todo sentido a la conducta y su motivación durante ese lapso, constituye una aberración jurídica que atenta



contra el espíritu del derecho penal y vulnera el principio de seguridad jurídica, custodiado por el párrafo primero del artículo 14 constitucional y al servicio del cual el derecho trata de satisfacer la imperiosa necesidad que experimenta todo ser humano de saber a qué atenerse en el desenvolvimiento de su vida social. La apología de un criterio distinto al que se ha venido sosteniendo equivale a propiciar efectos radicalmente negativos en lo que se refiere a la lucha contra la delincuencia, pues si un sentenciado que está cumpliendo su condena se encuentra ante la perspectiva de que inesperadamente podrá aplicársele un precepto legal que niegue la oportunidad de obtener la libertad preparatoria que un precepto anterior le concedía, naturalmente no encontrará suficiente motivación para adoptar buen comportamiento dentro de la cárcel. **Ello haría, pues, mucho más ardua la tarea ya en sí misma difícil, de readaptación y reforma del delincuente**<sup>356</sup>.

El texto hace referencia, entonces, a la readaptación social del delincuente porque la pena se encuentra en su fase de ejecución, no de individualización judicial. Además sostiene que la negativa de la libertad preparatoria es, de hecho, una agravación de la sanción. He aquí, en la negación de la libertad anticipada, la *retención legislativa*. Contra ella, debemos pronunciarnos, negándole carácter de política criminológica a toda acción de gobierno que para combatir el delito dé la espalda a la excarcelación por méritos.

Decíamos que la pena, como un mal conminado, no es suficiente para disuadir, debido a la impunidad genérica que prevalece, esto es, por su constante inaplicación. Intimida tanto como un revolver que no se usa. Aun cuando se sustituya por otra arma de mayor calibre no intimidará si igualmente se omite su uso. Pero es dentro de la cárcel donde todo su calibre se detona contra el criminal fracasado. Fracasado, en efecto, porque las cárceles están pobladas por los

---

<sup>356</sup> Cfr. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XLV. Sexta Parte. Séptima Época. Tribunales Colegiados. p. 39. Nota: La letra negrita es nuestra.

delincuentes que tuvieron la mala fortuna de ser pillados entre miles de sus colegas impunes<sup>357</sup>.

La impunidad genérica produce en el pueblo una sensación de inseguridad. Esa sensación de inseguridad motiva la petición de “mayores castigos”. La petición de mayores castigos da a los legisladores la oportunidad para congraciarse con sus electores. Como resultado, se eleva la penalidad abstracta con fines intimidatorios, propiciando que esa penalidad desproporcionada concluya en una condena excesiva con la que el sentenciado se convierte en el chivo expiatorio que paga las culpas de quienes no han sido aprehendidos. De esta manera, el acto legislativo, libre de ataduras, vulnera principios rectores del Derecho penal garantista, tales como: culpabilidad, proporcionalidad e intrascendencia. Günther Jakobs, sobre este tema, señala:

“Cuando el delincuente no es responsable de la tendencia delictiva de los demás... cualquier medida de pena que es amenazada, impuesta y ejecutada viola el derecho del autor a ser penado únicamente de acuerdo con la medida de su responsabilidad: de lo contrario, se tratará de una pena *con ocasión* de la culpabilidad del autor por algo de lo que no es culpable, es decir, de la punición, en esta medida, de un inocente, que es tratado como una cosa usada para alcanzar un fin”<sup>358</sup>.

Dos artículos encabezan la conspiración en contra de la reinserción social de los reos del fuero federal: 85 del CPF y 16 de la Ley que Establece Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados. El primero dice:

---

<sup>357</sup> NEUMAN, Elías. “La Institución Abierta”. 2001. IX Congreso Nacional de Criminología. México. Septiembre.

<sup>358</sup> Cfr. JAKOBS, Günther, POLAINO Navarrete, Miguel y LÓPEZ Betancourt, Eduardo. *op. cit.* p. 47.

“Artículo 85.- No se concederá la libertad preparatoria a:

I. Los sentenciados por alguno de los delitos previstos en este Código que a continuación se señalan:

a) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 bis, párrafo tercero;

b) Contra la salud, previsto en el artículo 194, salvo que se trate de individuos en los que concurren evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica; y para la modalidad de transportación, si cumplen con los requisitos establecidos en los artículos 84 y 90, fracción I, inciso c), para lo cual deberán ser primodelincuentes, a pesar de no hallarse en los tres supuestos señalados en la excepción general de este inciso;

c) Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202;

Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 203 y 203 bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204;

d) Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis;

- e) Homicidio, previsto en los artículos 315, 315 bis y 320;
- f) Secuestro, previsto en el artículo 366, salvo los dos párrafos últimos, y tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter.
- g) Comercialización de objetos robados, previsto en el artículo 368 ter;
- h) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 bis;
- i) Robo, previsto en los artículos 371, último párrafo; 372; 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI y XV; y 381 bis;
- j) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis;
- k) Los previstos y sancionados en los artículos 112 bis, 112 Ter, 112 Quáter y 112 Quintus de la Ley de Instituciones de Crédito, cuando quien lo cometa forme parte de una asociación, banda o pandilla en los términos del artículo 164, o 164 bis, o
- l) Los previstos y sancionados en los artículos 432, 433, 434 y 435 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuando quien lo cometa forme parte de una asociación, banda o pandilla en los términos del artículo 164 o 164 bis.

II. Trata de personas previsto en los artículos 5 y 6 de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.

III. Los que incurran en segunda reincidencia de delito doloso o sean considerados delincuentes habituales.

Tratándose de los delitos comprendidos en el Título Décimo de este Código, la libertad preparatoria solo se concederá cuando se

satisfaga la reparación del daño a que se refiere la fracción III del artículo 30 o se otorgue caución que la garantice”.

El criterio que utiliza el legislador para distinguir los casos que no tendrán beneficio de preliberación atiende al delito, no al delincuente, a pesar de que la gravedad del ilícito sea regla para la individualización de la pena, a la luz del artículo 52 del mismo ordenamiento. Lo que se traduce en una licencia para juzgar dos veces la gravedad del ilícito: la primera al momento de individualizar la pena y la segunda al momento de negar, tácita o expresamente, la preliberación por méritos.

## **V. Definición de “Readaptación Social” y “Reinserción Social”**

Como aproximación podemos decir que readaptar es brindar al delincuente los elementos cognoscitivos, hábitos, costumbres, disciplina y capacitación necesarios para que logre introyectar las normas y valores que sirvan como contención en su *psique* ante el surgimiento de ideas criminales, así como otorgarle las armas con que pueda luchar lícitamente en la sociedad por su superación personal, volviéndose un sujeto que desea ser socialmente útil, pero sobre todo que puede serlo, amén de estar capacitado para lograrlo. Esta tarea nada tiene que ver con la conducta ya juzgada, atendible sólo en cuanto refleje la personalidad del sujeto. En efecto, Hilda Marchiori señala:

“La conducta delictiva revela muchos aspectos acerca del delincuente, pero no nos explica por qué ese hombre cometió esa conducta antisocial... la conducta delictiva es siempre significativa, tiene un sentido. Todo delito tiene un sentido cuando la (sic) relacionamos con la vida del sujeto en las situaciones concretas en que dicha conducta se manifiesta. El análisis de la situación delictiva proporciona datos y conocimientos sobre todo individuo que serán

importantes para la integración del diagnóstico clínicocriminológico<sup>359</sup>.

Nosotros definimos *readaptación social* como acción y efecto de aplicar un tratamiento individual, progresivo y técnico con el cual revertir los factores criminógenos en el caso concreto.

Definimos *reinserción social* como la última parte del tratamiento readaptatorio, que consiste en el regreso del individuo a la comunidad y al grupo familiar, en su caso, asistido, orientado y supervisado técnicamente por la autoridad ejecutiva.

Así, entre readaptación y reinserción existe una relación de medio y fin. La readaptación es el medio y la reinserción es el fin. Se readapta para reinsertar. La readaptación se lleva a cabo en la cárcel; la reinserción en la sociedad. Se readapta en cautiverio; se reinserta en libertad.

Al mismo tiempo, entre readaptación y reinserción existe una relación de continente y contenido. La readaptación es el continente; reinserción es contenido. Según lo dijimos en la definición de reinserción social, ésta constituye la parte última del tratamiento readaptatorio. Si se ejecuta la pena prisional para reinsertar, entonces el fin de la pena es su fin.

En esta dialéctica la tesis es la privación de la libertad, la antítesis es la readaptación social, y la síntesis es la reinserción, entendida como parte última del tratamiento y devolución material del hombre a la sociedad.

La devolución a la libertad puede ser de dos formas: (1) dosificada; y (2) abrupta. La primera es la única recomendable, pues por medio de la supervisión y, sobre todo, de la asistencia que la autoridad otorga al ex convicto para

---

<sup>359</sup> Cfr. MARCHIORI, Hilda. *op. cit.* p. 18.

reintegrarse a la familia y a la vida laboral, se logra disminuir la probabilidad de reincidencia.

La segunda no es parte del tratamiento; por el contrario, significa la suspensión violenta de éste. Sucede cuando al ex interno se le abandona clínica y materialmente en la sociedad, pues no se le apoya en su reintegración familiar, social ni laboral. Lamentablemente esta forma de devolución a la libertad es la más frecuente; también la más peligrosa, al representar mayores probabilidades de reincidencia. Equivale a abrir la puerta del reclusorio y cerrarla a las espaldas del liberado. El funcionario se queda en la cárcel, y el hombre libre en la banqueta. En este caso, existe readaptación parcial, pero no reinserción social; por lo tanto, un tratamiento incompleto.

Cuando la liberación llega luego de muchos años, en realidad ya no podemos hablar de “reinserción social” en el sentido de un “regreso” a la sociedad. El ex presidiario ya no reconoce la ciudad, las rutas del transporte público, las avenidas, la dimensión de la mancha urbana, las costumbres, los modismos con que la gente se comunica. En ocasiones no reconoce ni a sus hijos; dejó de verlos en edad de brazos y ahora los encuentra convertidos en adultos. No podemos hablar de “reinserción social”, en efecto, porque al individuo se le extrajo de una sociedad que ya no existe. De este modo, no se le habrá de regresar a la sociedad de la que se le aisló; se le habrá de “insertar”, por primera vez, en la sociedad que se formó mientras él estuvo preso.

La liberación también amerita una intervención esmerada de trabajadores sociales. Hemos conocido casos en los que, ante la falta del “hombre de la casa”, la mujer tuvo que asumir frente a sus hijos las figuras de madre y padre, consiguiendo el sustento de la familia sin descuidar las labores propias del hogar. Luego, cuando el hombre salió de la prisión y regresó al núcleo familiar, quiso asumir el rol de autoridad ante esposa e hijos, sentándose a la cabecera de la mesa durante la cena. Pero ella, acostumbrada a ser la jefa de la casa, se lo

impidió. He aquí la trascendencia de la asistencia pospenitenciaria, en México caída en desuso.

A veces son tan graves las fricciones generadas durante este “reacomodo” de roles, que el matrimonio se disuelve. Es una circunstancia entendible; para la mujer, él no puede regresar como si nada hubiera pasado. Para el varón, desde que ingresó hasta que egresó de la cárcel, el tiempo se detuvo. En cautiverio pensó lo que iba a hacer cuando saliera, porque allá afuera está la vida. Su paso por la prisión fue como un mal sueño. Pero hasta que recuperó la libertad se dio cuenta de que las demás personas no hicieron un alto en el camino; el mundo siguió girando.

## **VI. En Objetivo “Represión” como Obstáculo para la Reinserción Social**

En el periodo de la posguerra, el pensamiento criminológico estuvo delineado por corrientes psicológicas de la anormalidad y sociológicas de la anomia, la subcultura y el etiquetamiento<sup>360</sup>. Fue en esta época que el ideal de la *rehabilitación* tuvo su protagonismo científico. La misma palabra “rehabilitación” anuncia ya, al buen observador, su estirpe clínica; también su enfoque claramente sesgado: el crimen es problema de un individuo defectuoso. Este auge estuvo seguido de lo que algunos han llamado “el declive del ideal de la rehabilitación” (Francis Allen 1981). En México este declive también se ha hecho notorio, pues la política criminal nuestra, sobre todo a partir de los noventa, ha puesto el acento en la prolongación de las condenas a prisión, en la disminución de las penas alternativas, en la disminución de la libertad bajo caución y en la reducción de las preliberaciones de convictos.

Mencionamos líneas arriba que para conseguir que el reo se aproxime a las áreas de tratamiento se requiere de su voluntad y disposición. Pero antes se

---

<sup>360</sup> Vid. GARLAND, David. *Cultura... op. cit.* p. 41 y ss.



necesita que acepte haber regido su vida con base en principios nocivos para sí mismo (a no ser que se trate de un delincuente primario, pasional u ocasional). Se requiere de la misma iniciativa que un alcohólico muestra al admitir que tiene un problema y que necesita ayuda. ¿Qué iniciativa puede tener un desahuciado? Tomemos como ejemplo un extracto de la entrevista que Julio Scherer García sostuvo con una interna en el Centro Federal de Readaptación Social “Puente Grande” Jalisco #2 (hoy “Occidente”):

“-¿Se arrepiente de algo?

-No me arrepiento de nada. Si me arrepiento me gana la tristeza. Si me arrepiento, ¿qué me queda?”<sup>361</sup>.

Es cuestión de dignidad ante el trato inhumano (y nos referimos al trato inhumano prescrito en la ley); también es entereza para afrontar la adversidad. Ante la supresión, la reacción del ser humano y de cualquier otra especie del reino animal es la oposición, la contra-agresión, la confirmación de su preferencia frente a la del otro. En el preso esta reacción se cristaliza en una negativa obstinada ante toda buena intención: “¿Tú que me tienes muriendo tras las rejas vienes a decirme que deseas buenas cosas para mí?”.

Toda idea de reinserción se desdibuja dramáticamente, de la misma forma que la sonrisa espontánea del rostro del interno a medida que va perdiendo la esperanza de volver a ser libre, de obtener su *iustsam libertatem consequentur* (libertad completa y legítima). La negación de beneficios de libertad anticipada es tan arbitraria como la negación, en la antigua Roma, de la manumisión del amo a favor de su esclavo, mediante la cual él podía incluso convertirse en ciudadano.

Pero es el mismo reformador de la ley quien señala con el índice de fuego a las autoridades penitenciarias cuando suceden motines, huelgas de hambre,

---

<sup>361</sup> Cfr. SCHERER García, Julio. *Máxima Seguridad*. Editorial Nuevo Siglo Aguilar. México. 2001. p. 42.

autolesiones, secuestros, daños a instalaciones y reincidencia. En esta tesitura, Efraín García Ramírez señala:

“El endurecimiento en el trato de los reos se refleja en el aumento de población penitenciaria, con los consecuentes problemas de hacinamiento, motines, inconformidades, violencia, corrupción, homosexualidad, tráfico de drogas dentro de los Centros Penitenciarios”<sup>362</sup>.

Despiden (en el mejor de los casos) a directores y jefes de seguridad; como si una sola persona pudiera cambiar el destino fatídico. El reformador no observa que el presupuesto es famélico, que el personal es insuficiente, que la ley penal está en contra del reo y, por lo tanto, en contra el sistema penitenciario; que no hay mantenimiento preventivo ni correctivo para la infraestructura penitenciaria por lo que las paredes se caen a pedazos; que los reclusorios están mal diseñados porque ni la empresa constructora ni las autoridades financieras pidieron parecer a la gente experta en el manejo de presidios; que los custodios que vigilan a un narcotraficante millonario perciben un emolumento raquítico. No se diga cuando se registra una evasión; como si la efectividad de un centro de readaptación social se midiera con base en su inexpugnabilidad. En todo caso, los campos de concentración fueron viva imagen de esa perfección.

El espectador inconsulto no logra colegir que lo infalible debe ser la imposición de la pena porque ésta, a lógica de Hegel (que no compartimos en el fondo), es la negación de la negación del Derecho, la prisión es la negación de la libertad y la evasión es la negación de la negación de un derecho natural<sup>363</sup>. La prisión es antinatural y el ser vivo siempre buscará la manera de seguir existiendo.

---

<sup>362</sup> Cfr. GARCÍA Ramírez, Efraín. *Compendio de Leyes Penales Federales*. Editorial Sista. México. 2001. p. com-4.

<sup>363</sup> Cfr. GARCÍA Ramírez, Sergio. *Manual... op. cit.* p. 69.

Si la finalidad de todo ser humano es obrar conforme a la razón y ser feliz, la prisión es contradictoria a ese fin. Despojado el ser humano de su finalidad ¿qué le queda, si no luchar por recuperarla? y si la ley mina toda posibilidad lícita, él buscará la forma de “obrar conforme a la razón”, porque la razón le indica que el ser humano debe preferir sus decisiones frente a las determinaciones del otro.

Los positivistas suplantaron el libre albedrío por el determinismo. Los partidarios de la tercera escuela (*terza scuola*) adoptan una indeterminada postura ecléctica con la que, ni aceptan la existencia del libre albedrío ni la totalidad del determinismo<sup>364</sup>. Nosotros nos preguntamos ¿por qué es tan aflictiva la privación de la libertad de un ser sin libre albedrío? Después de todo, apresarlo es decidir por él, suplantarlo en sus decisiones. ¡Determinismo puro!; pero lacerante porque es contranatural, es suplantar el libre albedrío por el determinismo artificial, que duele a quien lo padece por ser contrario a su naturaleza de *ser* libre y racional. La prisión es irracional y contraria a la naturaleza, por esto siempre habrá evasiones.

Respecto al carácter aflictivo de la pena, vale recordar parte de lo que se discutió en el Constituyente de 1856-1857, durante la sesión del 22 de agosto de 1856:

“El Diputado Ramírez replica la postura del Señor Ruiz cuando dice que, “creyendo que la comisión no ha de querer sacrificar los intereses de la sociedad a la protección de los reos” (sic), se declara en contra de la abolición de los grillos, porque a veces no hay otro medio de evitar la evasión de un criminal, y en contra de la abolición de la cadena y el grillete, porque son necesarios para trasladar a un reo de un punto a otro.

El Señor Ramírez (don Ignacio) dice que el señor diputado que aboga por las cadenas y los grillos no debe conocer muy bien lo que son estos instrumentos de tormento. El orador ha tenido grillos en una de

---

<sup>364</sup> Vid. RODRÍGUEZ Manzanera, Luis. *Penología... op. cit.* p. 63.

sus prisiones por motivos políticos, sabe que son un verdadero tormento y una pena infamante. Por temor de que un reo pueda fugarse se defienden los grillos para toda clase de criminales, aunque se sabe que estos medios no bastan para evitar evasiones. La fuga de la cárcel, si es crimen, es el menor de los crímenes que pueden cometerse, y esto se comprende sólo con reflexionar que el criminal no deja de ser hombre”<sup>365</sup>.

No se volvió a discutir si el grillete es castigo o medio de seguridad, pero los grillos y las cadenas se salvaron una vez más, por 47 votos contra 32.

El Diputado Zarco, durante la sesión del 20 de enero de 1857, atajó las voces de quienes afirmaban que la condición del erario dificultaría el establecimiento de un sistema penal, diciendo: “Para que haya penitenciarías no se necesitan magníficos edificios como el de Filadelfia; basta lograr el separo, el aislamiento de los presos, y esto puede hacerse hasta en los pueblos más miserables”<sup>366</sup>.

Tenía razón, pues para castigar no se requieren grandes fortalezas; en todo caso la condición deplorable del recinto será razón de aflicción, característica de la noción “penitencia”, aunada al dolor del confinamiento. Sin embargo, hoy día, sin una importante inversión financiera en esas penitenciarías no es posible convertirlas de nidos criminógenos a verdaderos centros de reinserción social; y una disposición legal, aun siendo de talla constitucional, que consigne tal conversión evolutiva sin estar seguida de la liberación del presupuesto necesario para el cumplimiento de sus designios, no pasará de ser un poema elevado a rango de ley suprema, convirtiéndose así en mentira suprema.

La creación de un sistema penal o penitenciario obedeció al aborrecimiento que existía en el sentir general del Constituyente de 1916-1917 por la pena de

---

<sup>365</sup> Cfr. CONGRESO DE LA UNIÓN. 1949. *Los Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*. 2ª ed. T. IV. Porrúa. México. p. 335.

<sup>366</sup> Cfr. CONGRESO DE LA UNIÓN *op. cit.* p. 337.

muerte, conservada empero como mal necesario. Por esto, nuestro sistema penitenciario es germinación de un espíritu humanista que no puede convivir armoniosamente con la utilización que actualmente se le ha dado, ya no para resguardar reos condenados al patíbulo (como intermedio o limbo transitorio hasta llegado el día de la ejecución), pero sí para constituirse en el arquetipo de una perpetuidad disfrazada.

Francesco Carrara ya se preguntaba, a propósito de combatir las entonces nuevas corrientes positivistas, ¿cómo administrar a la pena un doble sentido?; ¿cómo decir que es un bien y un mal?<sup>367</sup>. Al respecto pensamos que la pena (prisión) sólo puede considerarse aflictiva; pero lo que nuestra Constitución ordena es adosar al tiempo de cautiverio fines prácticos y utilitarios: “Si vas a tener a un hombre preso haz algo útil para él; enséñale a vivir en sociedad; edúcalo o reedúcalo; instrúyete un oficio provechoso”. Esto sin pasar por alto que el artículo 18 se resuelve por la advocación de un sólo fin: ni prevención general ni especial, únicamente reinserción social.

No ocurre lo mismo en España, donde la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, prescribe en su artículo 1:

“Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad privativas de libertad, así como la retención y custodia de los detenidos, presos y penados”.

Admite claramente los fines de prevención especial negativa y prevención especial positiva.

Otro ejemplo es el artículo 27 del Código Penal de la República de Cuba, Ley 62, de 1987, que sobre el fin de las sanciones prescribe:

---

<sup>367</sup> Vid. CARRARA, Francesco. Derecho Penal... *op. cit.* p. 70.

“La sanción no sólo tiene por finalidad reprimir el delito cometido, sino también la de reeducar a los sancionados en los principios de actitud honesta hacia el trabajo, de estricto cumplimiento de las leyes y de respeto a las normas de la convivencia socialista, así como prevenir la comisión de nuevos delitos, tanto por los propios sancionados como por otras personas”.

El referido numeral admite los fines de retribución, reeducación, prevención especial positiva y prevención general negativa. En la parte que señala: “...prevenir la comisión de nuevos delitos, tanto por los propios sancionados como por otras personas”, introduce claramente el fin ejemplar de la individualización de la pena. La anterior definición resulta, no obstante, contradictoria con el artículo siguiente, destinado a establecer el catálogo punitivo, toda vez que en éste se prevé la de muerte, pena que por su carácter exterminatorio no puede albergar el *télos* de la reeducación. En efecto, los fines que el artículo citado adminicula a las sanciones, no son concebidos como alternativos o selectivos, según sea el caso, es decir, uno por otro o uno con exclusión de los demás, dado que los establece de manera conjunta.

También resulta incongruente determinar que estos objetivos son buscados por medio de “las sanciones”, en virtud de que mediante la imposición de la pena de amonestación (artículo 28, inciso f) no puede pretenderse la reeducación del condenado “...en los principios de actitud honesta hacia el trabajo, de estricto cumplimiento de las leyes y de respeto a las normas de la convivencia socialista”. Es importante el reconocimiento de la multiplicidad de fines que la pena tiene, aunque pareciera que el legislador, al proyectar el contenido del artículo 27, tuvo en mente sólo la privativa de libertad. ¡Vaya traición del inconsciente, que evidencia la preeminencia de la prisión sobre el resto de las sanciones que la rodean! A la pena privativa de libertad se le hace acompañar de otras penas menos importantes para guardar las apariencias, como las damas de compañía lo hacen con la princesa, solamente para que su soledad no dé de qué hablar.

En el artículo 68 del CPF mexicano de 1929, se establecía como objeto de las sanciones: "...prevenir los delitos, reutilizar a los delincuentes y eliminar a los incorregibles, aplicando a cada tipo de criminal los procedimientos de educación, adaptación o curación que su estado y la defensa social exijan". Admitía así los fines de: (1); prevención general positiva; (2) prevención general negativa; (3) prevención especial positiva; y (4) prevención especial negativa, aunque sin colocar al penúltimo en un sitial privilegiado que lo elevara por encima de los demás objetivos de la sanción penal.

La reinserción social es fin exclusivo de la pena privativa de libertad. Si se priva para reinsertar, es claro que se priva para liberar. Entre el primer acto (negativo), que consiste en privar, y el segundo acto (positivo), que consiste en liberar, hay un camino. Ese camino (medio de, o medio para) es el tratamiento readaptatorio. Sin embargo, convencer al interno para que recorra ese pasaje aun cuando él mismo sabe que no lo llevará a la puerta de salida, es estéril, sinsentido y ocioso. Si el fin de la pena es su fin, el fin de la reinserción social, en el sentido de su muerte o extinción, es el fin de la legitimidad de la sanción más violenta que existe en el sistema jurídico mexicano.

## **VII. Legislación y Pena**

Las reformas que en el devenir de los últimos años se han agudizado en frecuencia y urgencia, marcando una diáfana tendencia hacia la "rigidización" de la ley, han generado una serie de contradicciones que necesitamos advertir. Para este propósito, confrontaremos la parte conducente del artículo 25 del CPF con los numerales 366 parte aplicable del mismo Código y 4 y 5 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. El primero define la pena de prisión, diciendo: "La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a *sesenta* años, y solo podrá imponerse una pena adicional al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en reclusión".

Por su parte, el artículo 366, tercera fracción, párrafo tercero, señala: “En caso de que el secuestrado sea privado de la vida por sus secuestradores, se aplicará pena de hasta *setenta* años de prisión”.

El artículo 4 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, ordena:

“Sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan al miembro de la delincuencia organizada se la aplicarán las penas siguientes:

a) A quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, respecto de la delincuencia organizada, de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días de multa...”.

Veamos ahora qué prescribe su artículo 5:

“Las penas a que se refiere el artículo anterior se aumentarán hasta en una mitad, cuando:

I.- Se trate de cualquier servidor público que participe en la realización de los delitos previstos para la delincuencia organizada...”.

Acerca de los delitos que se pueden cometer de forma corporativista, el artículo 2, fracción IV, menciona el de secuestro, previsto en el artículo 366 del CPF.

El artículo 4 dispone que la pena para el delito de delincuencia organizada se aplique sin perjuicio de las que correspondan por el o los delitos cometidos en delincuencia organizada. Desde otro ángulo: no habrá concurso de delitos; se castigarán como delitos autónomos los de delincuencia organizada y el cometido organizadamente. Ejemplo: El servidor público *x* forma parte de la banda de secuestradores *y*. Los miembros de *y* secuestran a *z*. Los familiares de *z* pagan el rescate pero aún así los miembros de *y* privan de la vida a *z*. Para saber cuál será



la pena máxima que x podrá recibir, debemos determinar los delitos y la circunstancia agravante de pena. Los delitos son: (1) delincuencia organizada; y (2) secuestro con homicidio. La circunstancia agravante de pena consiste en que x era servidor público al momento de cometer los ilícitos. A la luz de los artículos referidos líneas arriba, por el delito (1) procede una pena máxima de 40 años; por el (2) de 70 años. La circunstancia agravante de pena permite incrementar la de 40 años hasta en una mitad, o sea 60 años. Así tenemos dos penas máximas que deberán sumarse:  $60 + 70 = 130$  años. Claro, sin derecho a libertad anticipada.

¡Pero el artículo 25 del CPF define la pena de prisión como la privación de la libertad corporal con una duración máxima de sesenta años! Si pena de prisión es aquella que no exceda de sesenta años ¿qué clase de pena es aquella que supera los sesenta años? El artículo 22 constitucional proporciona la respuesta: Es una pena *inusitada*. Esta clase de errores legislativos eran los que una y otra vez debía resolver el Poder Judicial de la Federación, hasta que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (el último paladín del artículo 18) le dio la espalda a la readaptación social.

El Estado mexicano no es consecuente con la noción de reinserción social. De lo contrario, ¿cómo se explica que para desempeñar los cargos más importantes, que requieren de confianza y alta responsabilidad, (ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, procurador general de justicia y muchos otros que no son de elección popular), la ley (incluida la propia Constitución de la cual emana la garantía de reinserción social) exige no haber sido sentenciado por delito doloso que merezca pena de prisión?

### **VIII. Proporcionalidad y Pena**

La proporcionalidad entre pena y delito, entre acción y reacción, es el triunfo de la civilidad sobre la barbarie, y la conversión de un impulso vindicativo en sanción jurídica. La sanción, como daño a causar, debe ser valorada

correlativamente con el bien jurídico vulnerado. Para todo individuo como para toda sociedad existen derechos de mayor importancia que otros. La vida tiene mayor importancia que la salud, ésta que el honor; aquél es más importante que la propiedad de un bien fungible, consumible y de precario valor pecuniario. El Derecho penal atrae para sí la protección de los bienes más importantes, dejando los secundarios al derecho privado. Además, dentro de los bienes que tutela, realiza la graduación de valores según su importancia para el individuo y la sociedad<sup>368</sup>.

Esta valoración debe ser el criterio para la tasación de las penas. A mayor mal cometido, mayor mal deberá devolverse. He aquí el significado del concepto *justicia* en el terreno de la pena. La sanción deberá ser justa, precisa, exacta frente a la gravedad de su motivación. Una pena justa será aquella que refleje en su graduación legislativa el valor del bien jurídico vulnerado o puesto en peligro, en la medida en que la justicia *predeterminada* en la ley permitirá la justicia *determinada* en la sanción, que a su vez permitirá la justicia *ejecutada* sobre el individuo. La observancia del principio de proporcionalidad en los tres momentos de la pena, hace factible una concatenación armónica entre *ius dare*, *ius dicere* y *ius docere*.

La valoración por la que se llegue a resolver si un mal es mayor a otro, esto es, si el homicidio resulta más dañino que el robo, debe obedecer a las necesidades de cualquier ser humano, consideradas en abstracto. Nadie por más avaro que sea, controvertirá la mayor importancia de la vida frente al patrimonio o parte de éste. Entonces dentro del derecho punitivo debe existir un equilibrio, una equivalencia entre el daño que el agente cometió a la sociedad y el daño que la sociedad le cometerá a él. Por ello, Roberto Reynoso Dávila afirma:

---

<sup>368</sup> Al respecto, *vid.* RIVACOBÁ y Rivacoba, Manuel de. "La Dosimetría en la Determinación Legal de las Penas". En VVAA. IBAIGÚN, David y otros. (Coords.). *De las Penas. Homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti*. Presentación de: ZAFFARONI, Eugenio R. Editorial Depalma. Argentina. 1997. pp. 159-180.

El mal de la pena, ínsito en ella como reacción, solo se explica a través de la naturaleza del mal que la infracción produjo... Es sobre la base de la idea de retribución sobre la que, en el Derecho Penal, hizo su aparición el criterio de proporcionalidad<sup>369</sup>.

En tal inteligencia, si a toda acción típica, culpable y antijurídica deberá obedecer una reacción, tal reacción habrá de ser equivalente a su causa. Rompiéndose la anunciada relación de pesos y contrapesos, se produce un desequilibrio que dificulta la realización fáctica del valor “justicia”.

En este sentido, Otfried Höffe señala:

“Lo decisivo es aquella idea no material sino formal que conocemos del significado originario de la “*Vergeltung*” en cuanto retribución o remuneración. Quien “retribuye” los servicios recibidos con una prestación en dinero, paga con una moneda fundamentalmente diferente, es decir, con dinero en lugar de servicios. Sin embargo se da una correspondencia, una cierta equivalencia de ambas prestaciones. En este sentido, también el grado de la pena se atiene a la gravedad del hecho. Ni es legítimo -“justo”- “hacer un escarmiento” y penalizar con más rigor con fines intimidatorios, ni tampoco renunciar a la pena allí donde sea duperflua la intimidación”<sup>370</sup>.

En México, la ausencia de esa “equivalencia” que Höffe exige a la pena, se produce precisamente por buscar la intimidación demasiado. Tal desequilibrio acaece cuando, a través del acto legislativo, se elevan las penas no porque un bien jurídico determinado se haya encarecido, sino porque el índice de la comisión de delitos en contra de tal bien se incrementó.

---

<sup>369</sup> Cfr. REYNOSO Dávila, Roberto. *Teoría General de las Sanciones Penales*. Porrúa. México. 1996. p. 29.

<sup>370</sup> Cfr. HÖFFE, Otfried. *Derecho Intercultural*. Trad. SEVILLA, Rafael. Gedisa. Col. Estudios Alemanes. España. 2008. pp. 107-108.

El hecho de que un delito se cometa con mayor frecuencia no implica que el valor del bien jurídico se eleve, entendiendo el valor siempre con relación a la mayor o menor necesidad que su poseedor (en abstracto) tenga de conservarlo. En efecto, si se incrementan los robos de vehículo en la vía pública, tal circunstancia no vuelve necesario elevar la pena para los ladrones de vehículos. Advertirá la conveniencia de reducir la impunidad para los que roban automóviles. Recordemos a Cesare Beccaria: “No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas”<sup>371</sup>.

No existe una relación causa-efecto mediante la cual pueda afirmarse, con validez universal, que a mayor pena menor impunidad. Igualmente la eficacia de la pena no depende de sí misma, tanto como de su aplicación. La pena es una herramienta, pero no se emplea sola, no tiene vida. La sanción en la actualidad no cumple un fin disuasivo porque se aplica sólo en casos excepcionales. Es la impunidad y no la ligereza de la pena lo que seduce. Por ello, siguiendo la noción de Francesco Carrara, repetimos que el sujeto no delinque por la levedad de la pena, sino por su confianza a evadirla<sup>372</sup>. Y lo que provoca esta incongruencia legislativa es que, de los miles de delincuentes que pululan por las calles robando automóviles (continuando con el ejemplo) sólo uno es apresado, descargándose sobre él toda la furia de la pena distorsionada que ya no guarda relación con el valor del bien jurídico. Este paroxismo multiplicado por 217 mil presos es lo que tiene enfermo de muerte al ancilario sistema penitenciario mexicano<sup>373</sup>. El crimen como fenómeno complejo sigue siendo subestimado.

El Estado debe actuar con reciedumbre en la persecución de los delincuentes, eficacia en la investigación de los delitos y serenidad en la aplicación

---

<sup>371</sup> “*Uno dei piú gran freni dei delitti non é la crudeltá delle pene, ma l’infalibilitá di esse...*”. Cfr. CESARE BECCARIA. *op. cit.* p. 59.

<sup>372</sup> “La penalidad, por severa que sea, resulta una palabra vana e insignificante (para el agente) eludiéndose la acción atemorizante de mal amenazado por la confianza de evitarlo”. Cfr. CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal Dictado en la Real Academia de Pisa. Parte Especial*. Trad. s.n. Editorial Depalma. Vol. I. T. III. Argentina. 1945. p. 15.

<sup>373</sup> Información estadística actualizada a septiembre de 2007. Fuente: Secretaría de Seguridad Pública Federal.

de las penas, porque reciedumbre, eficacia y serenidad son los atributos que distinguen a un Estado Constitucional de un Estado Policía.

Observemos cómo en la siguiente ejecutoria el Poder Judicial Federal admitía que las penas deben ser moderadas, porque las severas dificultan la readaptación social del reo:

“PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA. Independientemente de que esta Sala ha considerado respecto a la adecuación de la pena y el señalamiento del grado de temibilidad que corresponde a un delincuente, que las autoridades de grado tienen las más amplias facultades para ello, se estima que en ocasiones las motivaciones de las responsables no corresponden al grado de temibilidad media que hayan determinado, tomándose en cuenta tanto las circunstancias objetivas de los ilícitos cuanto las particulares de los sentenciados que, en cierto modo, les son favorables, como cuando se trata del caso de un estudiante joven, que por la inquietud prevaleciente en el medio estudiantil y por el clima de violencia en que actualmente se vive, así como por las propias deformaciones de las costumbres sociales, haya desviado su conducta, previamente correcta y adecuada, por carecer de antecedentes penales y es delincuente primerizo, carente de vicios y, por lo tanto, sano, lo que hace llegar a la conclusión de que no sea un delincuente peligroso y tampoco de una temibilidad media, sino entre mínima y media, concordante con el ideal de la justicia penal que, recogiendo realidades, se ubica siempre en el propósito de buscar la regeneración de los que trasgreden la ley punitiva imponiendo penas menos severas que, contrario a las más graves, permiten la readaptación social, toda vez que el ambiente carcelario con nuestro sistema penitenciario, en lugar de propiciar la rehabilitación, hace que los jóvenes, principalmente, degeneren más, lo que es contrario a nuestra política criminológica”<sup>374</sup>.

---

<sup>374</sup> Cfr. Semanario Judicial de la Federación. Segunda Parte. T. 58. Primera Sala. Séptima Época. p. 61.

Esta política criminal, que es resultado de la alarma social y que consiste en elevar las penas de los delitos con base en su índice de comisión, suplanta la relación “daño causado-daño a causar”, por la de “número de delitos-intensidad de la pena”, olvidándose de la estimación del bien jurídicamente tutelado. Con la práctica de tal política se deposita y agota toda la prevención general del delito en un mero acto legislativo.

En el año 1936 ya se había dicho:

“La sanción como el medio más importante de la lucha contra la criminalidad, es absolutamente insuficiente. El delito se produce mediante la concurrencia de influencias biológicas, físicas y sociales; en consecuencia, es indispensable un vasto conjunto de medios preventivos, de orden político, económico, familiar, educativo, administrativo, etc”<sup>375</sup>.

Es así como en nuestro país la gráfica delictiva determina la gráfica punitiva. Ante el incremento del número de robos de vehículos, hemos llegado al absurdo de poder condenar a más años de prisión a un ladrón que a un homicida doloso. En efecto, el artículo 376 bis del CPF, adicionado por las reformas del 17 de mayo de 1999, prevé la circunstancia agravante específica siguiente: “Cuando el objeto robado sea un vehículo automotor terrestre que sea objeto de registro conforme a la ley de la materia, con excepción de las motocicletas, la pena será de siete a quince años de prisión y de mil quinientos a dos mil días de multa”.

Por su parte el artículo 307 del mismo Código, reformado en misma fecha, dispone: “Al responsable de cualquier homicidio simple intencional que no tenga prevista sanción especial en este Código, se le impondrán de doce a veinticuatro años de prisión”.

---

<sup>375</sup> Cfr. UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL. MEMORIA SINTÉTICA DE LA PRIMERA CONVENCION NACIONAL. *op. cit.* p. 11.

El máximo de pena para el robo de vehículos es mayor al mínimo previsto para el homicidio, como si el *animus necandi* pudiera significar, en determinadas circunstancias, menor daño que el *animus lucrandi*, y los bienes tutelados tuvieran valores equivalentes. Quizá lo que se proteja en realidad sea el patrimonio de las empresas de seguros y no el de los automovilistas.

En el Centro de Readaptación Social Apodaca, de Nuevo León, conocimos a un interno de nombre Gerardo. Cometió robo sin violencia de cuatro vehículos compactos de una misma marca. Al momento de perpetrar la conducta delictiva tenía diecinueve años de edad. Jurídicamente primario, fue condenado a 13 años, 4 meses, 15 días de prisión. Esta pena resulta a todas luces desproporcionada si sopesamos el valor del bien jurídico y comparamos la pena impuesta con el delito y pena previstos en el artículo 321 bis 1 del Código Penal para el Estado de Nuevo León (entidad donde cometió los robos), que dispone:

“Cuando el propósito de la tortura, sea obtener información o una confesión, se sancionará con prisión de cuatro a quince años, multa de doscientas a quinientas cuotas, destitución del cargo e inhabilitación para desempeñar cualquier otro por un tiempo igual al doble de la sanción privativa de libertad que se imponga”.

Ahora confrontemos el daño físico y psíquico que puede sufrir el sujeto pasivo del delito de tortura (lesionado, indefenso, sometido, intimidado) con el que sufre la víctima de un robo de vehículo sin mediar violencia (en la especie utilizó una llave maestra), y tendremos otro ejemplo que evidencia la ruptura del equilibrio “daño-pena”, que debe existir<sup>376</sup>. Puede objetarse que en el caso de Gerardo se trató de varios robos; pero aún así la pena resultante de la

---

<sup>376</sup> “Para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos, contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes”. Cfr. CESARE BECCARIA. *op. cit.* p. 208.

individualización demuestra que ni con las reglas del concurso se pudo atemperar el ímpetu retributivo del legislador.

Una manera clara de advertir el continuo incremento del marco legal de las penas es confrontando la parte sancionadora de un mismo tipo penal, previsto a través de los códigos federales de 1871, 1929 y el de 1931 vigente. Tomemos como muestra la penalidad para el delito de homicidio simple intencional.

CPF de 1871. Artículo 552: “Se impondrán doce años de prisión al culpable de cualquier homicidio intencional simple que no tenga señalada pena especial en este Código”. (Reformado el 26 de mayo de 1884).

CPF de 1929. Artículo 974: “Se impondrán de ocho a trece años de segregación: al responsable de cualquier homicidio simple que no tenga señalada una sanción especial en este Código”.

CPF de 1931. Artículo 307: “Al responsable de cualquier homicidio simple intencional que no tenga prevista una sanción especial en este Código, se le impondrán de doce a veinticuatro años de prisión”. (Reforma del 17 de mayo de 1999).

Setenta años median entre el Código de 1929 y la reforma del 17 de mayo de 1999 del Código de 1931, mediante la cual se incrementa el máximo del marco legal para la pena del homicidio simple intencional.

Este ejercicio demuestra cómo se ha elevado en un 50% el mínimo de la pena, y en un 100% el máximo, sin que esto signifique mayor disuasión. Si la retribución del mal cometido se hiciera realmente con base en el mal generado, calculable en atención al valor del bien jurídico vulnerado, entonces llegaríamos al absurdo de sostener que de setenta años a la fecha, la vida se convirtió en un bien más importante que antaño. No podemos admitir argumento a contrario en el



sentido de que si bien, la vida tiene el mismo gran valor en el espectro del Derecho, es mayor el interés del Estado por protegerla, en cuanto se ha visto atacada con mayor frecuencia en los últimos años. Insostenible discurso, en efecto, porque la incidencia delictiva es ajena a la persona del inculpado, y la ineptitud del Estado para prevenir delitos no debe pagarla el delincuente pillado.

Podríamos seguir citando ejemplos como el anterior, confrontando artículos de los tres códigos penales vigentes en distintos momentos de la vida de la República; pero la penalidad del homicidio simple intencional ha sido mostrada sólo como una invitación al lector para hacer el mismo ejercicio en caso de que todavía tuviera duda sobre la tendencia al endurecimiento de los castigos.

El problema de la inobservancia del principio de proporcionalidad que debe regular la relación “daño causado-daño a causar” tiene su puerto de partida en el hecho de que ese apotegma no estaba entronado a nivel de garantía individual por la Constitución, como sí sucede en materia fiscal a través del artículo 31, fracción IV<sup>377</sup>. A pesar de no estar inmersa en la parte dogmática de la Constitución, esta norma tributaria tiene garantizada su exacta observancia gracias al auxilio que le brinda la garantía de legalidad consagrada en el artículo 16 que, extendiendo su imperio a todo lo ancho del Texto Fundamental, lo envuelve con el manto protector del juicio de amparo. El precepto reza así:

“Son obligaciones de los mexicanos:

IV.- Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera *proporcional* y equitativa que dispongan las leyes”.

---

<sup>377</sup> El principio de proporcionalidad ya se incorporó al texto constitucional, específicamente en el artículo 22. Sin embargo, su redacción limita la extensión de esta garantía, pues sólo obliga al juzgador, no al legislador.

Con este dispositivo, el Constituyente introdujo a la camisa de fuerza de la “proporcionalidad” y la “equidad” cualquier afán del Constituido por incrementar los impuestos como medio automático de solución a futuras bancarrotas del erario.

Igualmente, el artículo 22 constitucional prohíbe la imposición (y por lo tanto la previsión legal) de multa “excesiva” como pena. Así tenemos que la Constitución protege el patrimonio del contribuyente y del penado a pago de multa; pero a nadie ampara en relación al máximo de cárcel que los legisladores puedan fijar en las leyes. Sólo protege contra la graduación judicial excesiva de la pena. El acto legislativo no encuentra más obstáculo que la limitación de la imaginación (y la necesidad de obtener mayoría de votos para que se apruebe la iniciativa).

Con esto pensamos haber demostrado la necesidad de entronarse a nivel de derecho humano el principio de la proporcionalidad de la pena en su etapa legislativa. Sólo así se revertiría este estado de cosas, donde la prisión es la reina de las penas, pero la cenicienta del presupuesto anual. Vedado el camino de la inflación punitiva, se obligaría a los gobernantes a tomar medidas más comprometidas y efectivas dentro de las políticas públicas en materia de criminalidad.

**CAPÍTULO CUARTO**  
**DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL**  
**Y NATURALEZA DEL DERECHO A LA REINSERCIÓN SOCIAL**

“Los Siete Mandamientos: 1. Todo lo que camina sobre dos pies es un enemigo...”<sup>378</sup>.

**I. Planteamiento**

En este capítulo demostraremos la falsedad de la proposición descriptiva (5): “La reinserción social del condenado es un derecho humano de máxima jerarquía”.

Antes de adentrarnos en el tema, una aclaración es pertinente. En este capítulo emplearemos el término “readaptación social” como sinónimo de “reinserción social”, aun cuando teóricamente no sean lo mismo. Nuestra decisión obedece a que aquí analizaremos una ejecutoria dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que tuvo por objeto determinar la constitucionalidad o no de la prisión vitalicia legislada en una entidad federativa, pues cuando esta acción de constitucionalidad fue resuelta, el artículo 18 todavía empleaba el término “readaptación”, que después fue reemplazado por el de “reinserción”.

Demostraremos: (1) que en México el derecho humano a la reinserción social no se considera un derecho de máxima prioridad; y (2) que el derecho humano a la readaptación social entraña el derecho a la libertad y no solamente el derecho a que la prisión (sistema penitenciario) se organice sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación<sup>379</sup>. Para este cometido necesitamos pasar de un modelo interpretativo que considere a la Constitución como un conjunto de reglas, a otro que la conciba como un conjunto de principios.

---

<sup>378</sup> Cfr. ORWELL, George. *Rebelión en la Granja*. Trad. ABELLA, Rafael. Ediciones Destino. España. 2006. p. 38.

<sup>379</sup> Ahora se han agregado la salud y el deporte.

La afirmación que hemos hecho *supra* parece evidente (y por lo tanto aproblemática) desde un punto de vista teórico; pero la praxis judicial demuestra lo contrario. El 5 de septiembre de 2005 la Suprema Corte de Justicia de la Nación, actuando como Tribunal en Pleno, consideró constitucional la prisión vitalicia introducida en la legislación de Chihuahua a través de la modificación de las reglas del concurso material.

Cabe decir que tiempo después de dictada la ejecutoria, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión emitió un punto de acuerdo dirigido a las autoridades carcelarias del Gobierno Federal y de los Estados. Con este pronunciamiento exhortó a los destinatarios a eliminar el rezago que existe en el otorgamiento de la libertad anticipada a favor de presos que, a la luz de las leyes aplicables, satisfacen los requisitos necesarios.

Este documento tiene relación con el tema que aquí trataremos porque contiene la afirmación de que el derecho a la readaptación social es un derecho de los llamados de *seguridad jurídica*. En el capítulo de *consideraciones* se establece:

“...que en nuestro país, la readaptación social de las personas sentenciadas a cumplir una pena de prisión, forma parte de las Garantías de Seguridad Jurídica, reconocida en el segundo párrafo del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”<sup>380</sup>.

En un debate sobre la dimensión constitucional de este derecho, en que se conciba al conjunto de derechos humanos como derechos “indeterminados” (o de dimensión indeterminada, no estática), se debe reconocer que no sólo es un derecho a la seguridad jurídica, sino a la libertad.

---

<sup>380</sup> Este documento fue remitido a los gobernadores de las entidades federativas y al Jefe de Gobierno del Distrito Federal, a través de una carta firmada por el Presidente de la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados, fechada en el Distrito Federal el 10 de abril de 2007.

Sostenemos la tesis de que así como los hombres libres tienen el derecho humano a que el Estado no modifique tal condición, los hombres cautivos tienen el derecho a que se modifique su condición. Se trata de un código binario *libertad/no libertad*, que opera con dos subdivisiones: libertad/no restricción; restricción/libertad. En la primera subdivisión se encuentra representada la situación jurídica de un hombre libre, cuyo derecho se traduce en una obligación de no hacer por parte del Estado, a saber: no restricción de la libertad. En la segunda subdivisión se encuentra representada la situación jurídica de un hombre privado de la libertad, cuyo derecho se traduce en una obligación de hacer por parte del Estado, a saber: liberación.

El hecho de que la condición de “libre” o “no libre” necesite para su explicitación el uso distinto de una subcategoría en exclusión de la otra, no quiere decir que el derecho humano “liberación” tenga por titular sólo al hombre privado de la libertad y no, también, al hombre libre.

Por el contrario, el derecho a la “liberación” le asiste a todo individuo. Esta conclusión encuentra criba en la letra del artículo 1 de la Constitución. Pero aún si quisiéramos buscar en otro sitio bastaría hacer un esfuerzo mínimo para comprender que lo establecido en el artículo 18 del Pacto Federal puede leerse como sigue (siempre que se armonice con el artículo 1): “Todo individuo que sea recluido en el sistema penitenciario, para el cumplimiento de una sanción de prisión, tendrá derecho a que éste se organice sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para su readaptación social”. De esto se obtiene que nunca se trata de un derecho instituido a favor de una minoría, sino de una prerrogativa que favorece a todos, salvo tratándose de incapaces de obrar, ya por edad ya por debilidad mental, ya por enfermedad, pues este grupo especial no tiene capacidad de pena y por lo tanto no tiene capacidad de readaptación social.

Si estamos de acuerdo con esta conclusión preliminar, guiaremos nuestra travesía con una brújula que sólo puede fabricarse con el imán *neoconstitucional*. La afirmación que equivale a la brújula de nuestra intención, es: todo individuo tiene derecho a ser libre, incluso quien por sentencia firme tenga ese derecho suspendido. El hombre libre tiene derecho a conservar su libertad; el hombre preso, a recuperarla.

## **II. Aspectos Generales del Paradigma Neoconstitucional**

### **a. Libertad y Constitución**

Toda vez que, como hemos dicho, este trabajo parte de la afirmación de que los derechos humanos son principios y no reglas, y que esta idea es patrocinada por el paradigma neoconstitucional, resulta necesario hacer algunas consideraciones preliminares a este respecto. El ejercicio no será ocioso; por el contrario, nos permitirá coleccionar conceptos que utilizaremos durante nuestro recorrido.

La libertad (y no sólo la libertad de expresión) es elemento esencial del principio democrático. El gobierno de las mayorías admite lo antedicho porque la democracia, como forma de gobierno, surge reaccionariamente dentro de un contexto histórico donde la realización plena de las libertades del hombre está restringida amén de una realidad estamental, más que natural. La mejor forma de quitarle al príncipe su poder es colocar la soberanía en manos del pueblo, quien además divide el poder en tres fragmentos para evitar que éste vuelva a concentrarse en una sola institución. La libertad es objeto de culto en un Estado democrático liberal: es la base de la vida social.

Hasta aquí debemos distinguir dos momentos históricos en que se separa la libertad, influyendo en su tratamiento constitucional. Al primero lo llamaremos *ideológico* y al segundo *fenomenológico*. Cuando se funda el liberalismo político

sobre la base contractualista, se piensa (o se supone) que la sociedad es un todo orgánico estable y armonioso, conformado por la mayoría. Esta mayoría desea satisfacer necesidades a través de la interdependencia. Tales necesidades no se limitan al intercambio de servicios y bienes de consumo, pues también involucran las relativas a la seguridad personal, primero, y grupal, después.

Esta corriente de pensamiento está impregnada de la idea de *unidad*. El pluralismo no cabe en el contractualismo clásico, ya que la unidad es el motor móvil de la solidaridad social. Al paso del tiempo el paradigma se agrieta; la realidad exige una revisión del contractualismo clásico, en virtud de la diversidad ideológica y la conformación plural de la sociedad. A este paradigma (primero perfecto y luego insuficiente) lo llamamos *ideológico*, precisamente porque ya no es capaz de explicar la conformación de la sociedad y servir de teoría base para diseñar un ordenamiento jurídico y una jurisprudencia a la altura de las necesidades de la realidad francamente plural.

El primer paradigma nació llevando embozado el *principio de legalidad*. Gracias a este constructo la norma jurídica es la unidad de referencia única para identificar otra norma como válida, sin importar si su contenido es justo. Se trata de un control de forma no de fondo sobre la producción legislativa. Atiende a la competencia de la autoridad productora tanto como al procedimiento observado para esa producción. No es necesario indagar el contenido de la norma construida conforme a los cánones legales por ser el pueblo quien se otorga el ordenamiento jurídico. La unidad en toda su expresión es un concepto (y un valor social) que se da por supuesto. Es ideológico porque como paradigma se gesta en el terreno de las ideas, para cambiar una realidad injusta, imponiendo un sistema de conceptos especulativos con los cuales modificar la realidad insatisfactoria. Ya veremos el contenido del segundo momento histórico.

## b. Control Constitucional en una Constitución de Principios

El neoconstitucionalismo no se limita a fiscalizar la competencia de la autoridad y el procedimiento observado por ésta en la producción legislativa. Como sostiene Luis Eduardo Zabala Dealba: “Uno de los ejes sobre los que gira la teoría neoconstitucionalista es el de proporcionar una garantía efectiva a los derechos fundamentales”<sup>381</sup>. A fin de lograr esta protección eficaz, el control judicial se introduce desde la forma para llegar al fondo. Luigi Ferrajoli lo expone así:

“...en el Estado constitucional de Derecho la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas. Paralelamente, se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también, un juicio sobre la ley misma...”<sup>382</sup>.

El neocontractualismo admite la conformación plural de la sociedad. Sin excluir a un grupo reconociendo sólo a su opuesto u opuestos, construye una palestra en la que todos los grupos representativos de la realidad diversificada tengan sitio. Mientras el primer enfoque es *ideológico*, en cuanto construido en el mundo de las ideas (en la abstracción) al margen de la realidad plural, pero que obedeció a una necesidad histórica, el segundo es *fenomenológico*, porque fue delineado por la realidad social, no teniendo la doctrina otra opción que reconocer

---

<sup>381</sup> Cfr. ZABALA Dealba, Luis Eduardo. “Los Derechos Fundamentales ante el (Neo) Constitucionalismo. En: VVAA. TORRES Estrada, Pedro. (Comp.). *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*. Editorial Limusa. Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey. México. 2006. p. 244.

<sup>382</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”. En VVAA. CARBONELL, Miguel. (Editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Trad. ALLEGUE, Pilar. Trotta. España. 2005. p. 18.



esa realidad, incorporándola al constructo teórico, precisamente a través de la revisión del contrato.

Así, la libertad pasó de considerarse como un derecho que se propaga en un ámbito de unidad, a concebirse como un derecho que se dispersa en un espacio plural; situación que originó un cambio visible tanto en el ordenamiento jurídico como en su interpretación. Aquí nos ocuparemos sólo de este segundo cambio.

Si la libertad, *lato sensu*, es un derecho que se ejerce en una sociedad heterogénea y no homogénea, pero las normas jurídicas que la consagran simulan una unidad; si la sociedad es cambiante y no estática, pero el ordenamiento jurídico que la regula es más bien estático; si dentro de una sociedad heterogénea y cambiante los valores que la identifican culturalmente cambian de posición en la escala jerárquica, pero las normas que los positivizan son lentas en su transformación, una práctica forense del Derecho basada en la interpretación literal del ordenamiento jurídico amenazaría ruina. Amenazaría ruina, en efecto, porque atentaría contra la eficacia de las normas legales, pues su vigencia temática (no técnico-jurídica) será tan transitoria como el paso de un cometa.

### **c. De la *One Right Answer* a la Ponderación**

El paradigma neoconstitucional abandona la exegética para adentrarse en un mar de posibilidades. Sin renunciar al sueño de la predictibilidad de las sentencias lo matiza, considerándolo conquistable sólo parcialmente. Admite la existencia de antinomias y lagunas en el sistema jurídico, en vez de negarlas; pues tal negación ha obligado al operador del Derecho a convertirse en un acróbata de la argumentación. También, debe decirse, ha escindido la verdad en dos hemisferios: la verdad legal y “la otra”. Sustituye la certeza por la ponderación. No se trata de dilucidar cuál de las dos normas de igual rango que compiten es válida en todos los casos en exclusión de la otra, sino de resolver cuál es válida para el caso concreto.

La Constitución es un conjunto de principios ponderables. La elección de un principio con exclusión de otro u otros debe estar *justificada*. Esta justificación es argumentativa, racional, y por lo tanto discutible, criticable, mejorable.

Así lo consideró el Tribunal Constitucional alemán:

“La interpretación, singularmente la del Derecho constitucional, presenta el carácter de un discurso en el que no se ofrece, no siquiera con una labor metodológicamente impecable, nada absolutamente correcto bajo declaraciones técnicas incuestionables, sino razones hechas valer a las que le son opuestas otras razones para que finalmente las mejores hayan de inclinar la balanza”<sup>383</sup>.

Siguiendo a Riccardo Guastini, distinguimos dos visiones de la Constitución como producto del poder constituyente. La *formalista* es aquella que reconoce a la Constitución como un conjunto de normas. En cambio la *sustantiva* supone que la Constitución es una totalidad de principios y/o valores<sup>384</sup>. En este sentido, Gustavo Zagrebelsky expone:

“Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre justicia son prevalentemente principios... por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley. Cuando la ley establece que los trabajadores en huelga deben garantizar en todo caso determinadas prestaciones en los servicios públicos esenciales estamos en presencia de reglas,

---

<sup>383</sup> Cfr. ALEXY, Robert. “Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”. En VVAA. CARBONELL, Miguel. *op. cit.* p. 41.

<sup>384</sup> Cfr. GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Edición y presentación de CARBONELL, Miguel. Distribuciones Fontamara. Col. Doctrina Jurídica Contemporánea. México. 2001. pp. 63-64.

pero cuando la Constitución dice que la huelga es un derecho estamos ante un principio”<sup>385</sup>.

De igual forma, cuando la ley secundaria señala que la libertad anticipada de un convicto sólo puede obtenerse previa satisfacción de ciertos requisitos jurídico-criminológicos, estamos frente a reglas. Pero cuando la Constitución dice que el sistema penitenciario debe organizarse para readaptar, estamos ante un principio.

Si la readaptación social es un derecho interpretable como principio y no como regla ¿este punto de partida afectará el resultado final de la interpretación?, y en todo caso ¿de qué manera?

#### **d. Elementos Esenciales de un Ordenamiento Jurídico “Constitucionalizado”**

Guastini reflexiona cuáles deben ser los elementos esenciales de un ordenamiento para considerarlo “constitucionalizado”. Por “constitucionalización” entiende:

“...un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”<sup>386</sup>.

Esta “constitucionalización” se logra no tanto por disposición normativa como por la orientación de la práctica forense. De aquí que nosotros prefiramos más que

---

<sup>385</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil...* op. cit. pp. 109-110.

<sup>386</sup> Cfr. GUASTINI, Riccardo. “La “Constitucionalización” del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano”. En VVAA. CARBONELL, Miguel. *op. cit.* p. 49.

hablar de la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, de la “constitucionalización del sistema jurídico”.

La Constitución no es más la norma fundamental situada en la base de la pirámide, sino en el vértice, desde cuya altura fluye la savia constitucional derramando su esencia por las diferentes gradas hasta impregnarlo todo de constitucionalidad. Para que esto suceda, el autor italiano exige la concurrencia de siete requisitos: (1) una constitución rígida; (2) la garantía jurisdiccional de la Constitución; (3) la fuerza vinculante de la Constitución; (4) la “sobreinterpretación” de la Constitución; (5) la aplicación directa de las normas constitucionales; (6) la interpretación conforme de las leyes; (7) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas<sup>387</sup>.

El objetivo de este trabajo quedaría desbordado si desarrolláramos las implicaciones de los siete elementos esenciales. Por tal razón nos ocuparemos sólo del distinguido con el número (4). La “sobreinterpretación” del texto constitucional implica abandonar la interpretación letrística; reconocer que, con el acto interpretativo extensivo, podemos extraer muchas normas implícitas de la Constitución; admitir que la Constitución está lejos de poder regular toda la vida social y política sin la labor integradora de la interpretación.

Un ejemplo aclarará mejor el significado de la “sobreinterpretación” constitucional. Si practicamos una interpretación letrística de la parte dogmática de la Constitución concluiremos que la felicidad no es un derecho humano en México. En cambio con la “sobreinterpretación” podremos extraer el principio implícito de la felicidad como derecho de todo individuo que viva en territorio nacional. Si bien nuestra Constitución (a diferencia de otras) no contiene este derecho de manera explícita, la lectura de por lo menos la parte dogmática nos permitirá arribar a la conclusión de que la felicidad es un derecho constitucional. Subyace en derechos fundamentales expresos, como: libertad de trabajo, libertad de procreación,

---

<sup>387</sup> Vid. GUASTINI, Riccardo. *op. cit.* pp. 50-58.

libertad de credo, libertad de expresión, derecho a la propiedad privada, derecho a la educación axiológica, entre otros.

### **III. Pena de Muerte a la Readaptación Social**

Los diputados de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua promovieron la acción de inconstitucionalidad radicada bajo el número de expediente 20/2003, contra la reforma legislativa que modifica el artículo 27 del Código Penal de ese Estado. La reforma prevé la acumulación material de penas en caso de concurso real de delitos. Lo que significa que las sanciones de prisión habrán de compurgarse de manera sucesiva (una después de otra), en vez de ejecutarse una sola pena resultante de aplicar la sanción correspondiente al delito de mayor entidad, aumentada hasta la suma del término medio aritmético de las demás correspondientes sin que pueda exceder de la pena máxima.

El 5 de septiembre de 2005, por mayoría de seis votos, se dictó la ejecutoria cuyo extracto autorizado fue publicado con el rubro “Prisión vitalicia. No es una pena inusitada y trascendental, por lo que no viola la Constitución Federal”. El extracto reza como sigue:

“De la interpretación armónica de los artículos 18 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la pena de prisión es una medida aflictiva para el delincuente, pero necesaria para la coexistencia pacífica y armónica de los miembros de la sociedad, y tiene el carácter de preventiva, al inhibir la proliferación de conductas antisociales, al tiempo que restablece el orden jurídico que se ve perturbado por la comisión de delitos. Asimismo, la pena forma parte de la defensa social y debe responder proporcionalmente a la gravedad del ilícito cometido, independientemente de que su finalidad sea, también, la readaptación social del delincuente sobre la base del trabajo, la

capacitación sobre el mismo y la educación para que pueda convivir dentro de su comunidad.

En congruencia con lo anterior, se concluye que la pena privativa de libertad de por vida no es inusitada ni trascendental, dado que lo que proscribe el indicado artículo 22 es el contenido mismo de la pena, esto es, que se convierta en una práctica inhumana, como en forma ejemplificativa lo destaca el propio precepto al prohibir las penas de mutilación y de infamia, los azotes, los palos y el tormento de cualquier especie, así como que sea trascendental, esto es, que afecte a la familia del delincuente. Además, de haber sido la intención del Constituyente establecer un límite en la duración de las penas privativas de libertad así lo hubiera asentado, sin embargo, dejó al legislador ordinario la facultad de determinar cuáles son las conductas delictivas y la penalidad que debe corresponderle a cada una de ellas.

Por otra parte, aunque el calificativo “excesiva” está circunscrito a la multa, no cabe aceptar, por extensión, que también incluya a la pena de prisión vitalicia, pues debe entenderse que en este supuesto aquél no se refiere a la duración propia de la privación de la libertad, sino a que no sea acorde con la gravedad de la conducta delictiva, esto es, que la sanción exceda desproporcionalmente al hecho delictivo, en correlación con el riesgo social y la necesidad de preservar el orden jurídico. Lo anterior se corrobora, con la circunstancia de que el citado artículo constitucional permite al legislador ordinario, en determinados casos, establecer la pena de muerte, la cual, por sí misma, es indudablemente de mayor gravedad para el delincuente en comparación con la de prisión vitalicia”.

A continuación haremos un *análisis*, en el término exacto del vocablo:

1. El Pleno reconoció como fines de la pena: (1) disuasivo, o preventivo-ejemplar; (2) restablecimiento del orden jurídico, o la negación de la negación del

derecho; (3) defensa social; (4) prevención especial positiva, o readaptación social.

Más allá de que la *defensa social* es un fin propio y característico de los regímenes antidemocráticos como el Nazi, y por lo tanto inaceptable en un Estado Constitucional, cabe preguntarnos ¿cuál de estos fines se encuentra explícito en el Texto Fundamental?: Ninguno. Esto no sería problema en el paradigma neoconstitucional, pues la “sobreinterpretación” nos llevaría a concluir que el texto fundamental contiene principios explícitos y principios implícitos.

2. Se afirma que con independencia de los primeros tres fines enlistados, la pena también tiene por objeto la readaptación social: lo que no impide que la sanción de prisión deba graduarse a la luz del principio de proporcionalidad.

¿El principio de proporcionalidad se encuentra explícito en el texto constitucional? La respuesta es negativa<sup>388</sup>.

Al Pleno le faltó visión para resolver como lo hizo la *Corte Costituzionale Italiana*:

*“La finalità rieducativa della pena, prevista dall’art. 27 Const. non riguarda solo la fase esecutiva della pena e non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena. Pertanto é costituzionalmente illegittimo l’art. 444 c.p.p. nella parte in cui non prevede che, ai fini e nei limiti di cui all’art. 27, comma 3° Const., il giudice possa valutare la congruitá della pena indicata dalle parti, rigettando la richiesta in ipotesi di sfavorevole valutazione”.*

(La finalidad reeducativa de la pena, prevista en el artículo 27 constitucional no concierne sólo a la fase ejecutiva de ésta y no

---

<sup>388</sup> Cuando esta ejecutoria se dictó, el artículo 22 constitucional no consagraba el principio de proporcionalidad.

puede ser considerada ajena a la legitimación y a la función misma de la sanción. Por tanto, es inconstitucional el artículo 444 del Código de Procedimientos Penales, en aquella parte donde no preve que, para cumplir los objetivos y dentro de los límites establecidos por el artículo 27 constitucional, el juez pueda valorar la congruencia de la pena solicitada por las partes, rechazando la solicitud en los casos que ésta origine una graduación desfavorable para el acusado)<sup>389 390</sup>.

Esta resolución italiana es muy relevante, por dos razones: (1) afirma que el objetivo readaptatorio no se circunscribe al momento de la ejecución de la pena: por lo que debe entenderse incluido en todos sus momentos (legislativo, judicial y ejecutivo); y (2) en aquella parte que dice: "... y no puede ser considerada ajena a la legitimación...", se toma la importante determinación de considerar legítima una pena sí y sólo sí está encaminada a lograr el fin resocializador. Desde otro ángulo: una pena que imposibilite el fin readaptatorio, es ilegítima, pues se traduce en una *contradictio in adjecto*. Ergo: la pena de prisión vitalicia es ilegítima si dentro del sistema jurídico donde ésta se legisla, dicta y ejecuta, el fin resocializador se encuentra incluido en el discurso legitimante de la pena privativa de libertad en abstracto.

3. Puede apreciarse que la acción de inconstitucionalidad se fundó en los artículos 18 y 22, el primero destinado a definir el objetivo del sistema penitenciario y la forma de conseguir ese objetivo, y el segundo a prohibir unas penas, permitiendo otras, como la de muerte. (En ese entonces seguía vigente la pena capital)<sup>391</sup>.

Como la parte actora no encontró el principio de proporcionalidad explícito en la Constitución, tuvo que invocar el artículo 18 (que prevé el derecho a la

---

<sup>389</sup> Cfr. *Gravità del reato: valutazione agli effetti della pena. Const. 3 luglio 1990, n. 313. In: Codice Penale e leggi Complementari. Giurisprudenza Schemi e Tabelle. A cura di BRICCHETTI, Renato. Editore Il Sole. Italia. 2008. pp. 331-332.*

<sup>390</sup> La traducción es nuestra.

<sup>391</sup> La pena de muerte fue derogada el 9 de diciembre de 2005.



readaptación social) para argumentar que la pena de prisión a perpetuidad es contraria al Texto Fundamental.

4. En la ejecutoria se afirma que la sanción privativa de libertad vitalicia no es inusitada porque el precepto 22 exige para ello que la sanción resulte, por su naturaleza, inhumana, tal como el mismo artículo lo ejemplifica, al prohibir las penas de azotes, palos, marca, tormentos, infamia y mutilación.

Este razonamiento es letrístico, no neoconstitucional. Desproporcionado también, pues si jerarquizáramos las penas incorporadas en el sistema jurídico mexicano con base en su rigurosidad sería difícil colocar los azotes, los palos, la infamia (por ejemplo) por encima de la prisión vitalicia. Por lo tanto decir que basta que una pena no sea inhumana para considerarla constitucional, tomando como barómetro de humanidad lo que a mero título de ejemplo enuncia el artículo 22, es utilizar dos métodos de interpretación diferentes. En efecto, la Corte invoca el principio de proporcionalidad para decir que si bien la readaptación social es uno de los varios fines de la pena de prisión, tal circunstancia no es óbice para que ésta se gradúe según el principio aludido. Aquí el juzgador introduce a su argumento un principio que, como se ha dicho, no está explícito en el texto interpretado. Pero por otra parte, emplea el método exegético para decir que la prisión de por vida no es inhumana porque el artículo 22 no la prohíbe de modo explícito.

El guardián de la Constitución pasó por alto también que la readaptación social como fin del sistema penal mexicano fue producto de una vehemente discusión entre conservadores y liberales. Las sesiones de los días 24 y 25 de diciembre de 1916 en el teatro de Querétaro dan cuenta del triunfo de los segundos sobre los primeros. Incluso omitió considerar que la discusión acerca de “humanizar” las penitenciarías mexicanas tuvo lugar además en el Constituyente de 1856-1857. En ambos constituyentes se debatió la necesidad de excluir la pena de muerte del catálogo punitivo. En el Constituyente de 56-57 los partidarios del

abolicionismo de la pena capital perdieron la batalla, pues la mayoría consideró inviable su proscripción al tener en cuenta la gran cantidad de secuestradores y salteadores de caminos que pululaban en el país. En el Constituyente de 16-17 se propuso un sistema penal orientado a la readaptación social como argumento de contrapeso que favoreciera la eventual eliminación de la pena capital. Los liberales fracasaron en su intento, pero lograron a cambio negociar la instauración de un sistema penitenciario “humanista” que buscara la regeneración del preso.

A continuación demostraremos que la reorientación paulatina del sistema carcelario nacional obedeció a un ánimo humanista. Vale la pena recordar parte de lo que sobre las prisiones se discutió en el Constituyente de 56-57, durante la sesión del 22 de agosto de 1856:

“El Diputado Ramírez replica la postura del Señor Ruiz cuando dice que, ““creyendo que la comisión no ha de querer sacrificar los intereses de la sociedad a la protección de los reos, se declara en contra de la abolición de los grillos, porque a veces no hay otro medio de evitar la evasión de un criminal, y en contra de la abolición de la cadena y el grillete, porque son necesarios para trasladar a un reo de un punto a otro””.

El Señor Ramírez (don Ignacio) dice que el señor diputado que aboga por las cadenas y los grillos no debe conocer muy bien lo que son estos instrumentos de tormento. El orador ha tenido grillos en una de sus prisiones por motivos políticos, sabe que son un verdadero tormento y una pena infamante. Por temor de que un reo pueda fugarse se defienden los grillos para toda clase de criminales, aunque se sabe que estos medios no bastan para evitar evasiones. La fuga de la cárcel, si es crimen, es el menor de los crímenes que pueden cometerse, y esto se comprende sólo con reflexionar que el criminal no deja de ser hombre”<sup>392</sup>.

---

<sup>392</sup> Cfr. CONGRESO DE LA UNIÓN. 1949. *op. cit.* p. 335.

El Constituyente de 16-17 dedicó casi toda la discusión del artículo de interés al tema de la prisión preventiva, así como a decidir si el sistema penal debía estar centralizado, en la inteligencia de que el proyecto del Primer Jefe estaba redactado en tales términos. Durante la vigésimo segunda sesión del 25 de diciembre, el Diputado Macías (ex convicto de la Penitenciaría de México) tomó uso de la palabra para objetar el sentido del proyecto del artículo 18, según el cual, el juez de la causa podía dictar formal prisión sin importar que terminara imponiendo una sanción alternativa a la privación de la libertad. En la misma intervención, ganándose nutridos aplausos del foro, respecto del fin de la pena expuso:

“Un reloj no puede andar, se le lleva al relojero para que el relojero vea por qué no camina; bien porque tiene intermitencias y se adelanta o se atrasa, o bien porque se detiene, de todos modos el reloj está mal. ¿Qué hace entonces el relojero? No toma un martillo y castiga al reloj, sino que busca y compone el engrane como debe, para que su marcha sea perfecta. Esto lo hace la sociedad con los criminales: es muy difícil determinar cuándo hay verdadera delincuencia o cuándo se ha infringido la ley por la deformación del espíritu, del cerebro, por la herencia, por el medio o por la educación; es necesario dar un paso más en la vida, no hay más verdad, no hay más espíritu que el cerebro, organizado en una forma tal, que nos hace sentir y pensar”<sup>393</sup>.

Con estas breves remembranzas es suficiente para aclarar que, en el caso mexicano, la readaptación social, como fin del sistema penal y como derecho humano, es el resultado de un movimiento humanista. Por lo que apegarnos a la letra del artículo 22 para afirmar que la prohibición de penas inhumanas no incluye la prisión perpetua es una interpretación restrictiva del derecho en cuestión. Es también una interpretación que da la espalda al Constituyente de 16-17, porque en

---

<sup>393</sup> Cfr. CONGRESO DE LA UNIÓN. *op. cit.* p. 89.

estos debates el fin de humanizar las penas (incluyendo la de prisión) resulta incontrovertible.

La cárcel como institución ya existía; no fue algo que los constituyentes aquí recordados crearan. Después del Constituyente de 16-17 podemos decir que el antiguo régimen carcelario se “humanizó”, pasando de la mera privación de la libertad a la privación de la libertad como medio para lograr un fin: la readaptación social. Introducir este *télos* fue, ni más ni menos, que la aportación humanista de los diputados constituyentes de la facción liberal.

5. Se niega que la prisión vitalicia sea trascendental, al no afectar a la familia del delincuente.

Esto es cierto. Una pena desproporcionada no es por eso trascendental. El empleo del término por la parte accionante es incorrecto. Como bien considera la Corte, la sanción es trascendental cuando afecta a personas ajenas al delito. La prohibición de penas de este tipo obedece a que en la antigüedad la venganza privada alcanzaba a los seres queridos del delincuente, como sucedía por ejemplo cuando un padre de familia privaba de la vida al hijo del ofendido, a quien le asistía el derecho de ultimar al hijo del homicida.

6. Se afirma que la prisión vitalicia no puede considerarse excesiva a la luz del precepto 22, pues tal calificativo está circunscrito a la pena de multa.

Esta afirmación es producto de una interpretación letrística. Por el contrario, si el artículo 22 prohíbe que la sanción patrimonial exceda la economía del penado ¿cómo pensar que no se encuentra implícito aquí el principio de proporcionalidad para toda la materia penal? Sostener lo contrario, tal como la Corte lo hizo, equivale a afirmar que el Constituyente quiso proteger el bolsillo del delincuente pero no su libertad. De esto obtenemos que el intérprete construyó dos escalas jerárquicas equivocadas. La primera es aquella que, como dijimos arriba, emplea

el barómetro de humanidad de manera que la pena de azotes es más grave que la reclusión perpetua. La segunda es aquella que considera más importante proteger el bolsillo que la libertad personal.

7. Se afirma que el Constituyente dejó en libertad al legislador ordinario para fijar los límites de las penas, pues de haber deseado lo contrario así lo hubiera asentado.

Con esta afirmación la Corte se refugió detrás del Constituyente, desentendiéndose del rol que le corresponde dentro de un Estado Constitucional. Un tribunal constitucional no es el intérprete silencioso y autómatas de voluntades ajenas. Por el contrario es un protagonista con voz alta, responsable de reconstruir día a día la constitucionalización del sistema. Ésta es la diferencia entre una Corte que, excediéndose de sus funciones dentro del modelo interpretativo anterior, legislaba normas para casos concretos.

En este nuevo paradigma la Constitución es un texto incompleto que se pone al día, que se adapta a las circunstancias siempre cambiantes de la vida social, pues se ha abandonado la exigencia ilusoria de esperar a que la vida social se adapte a una Constitución que sirva más como camisa de fuerza al cambio cotidiano que para reconocerlo y encauzarlo jurídicamente.

Siguiendo a Zagrebelsky, distinguimos entre una *constitución revolucionaria* y una *constitución del pluralismo*. La positividad de la primera es *a priori*; la positividad de la segunda es *a posteriori*. En el neoconstitucionalismo (pluralismo) la eficacia de la constitución se logra a través de una labor, no de búsqueda hacia atrás, sino de reconstrucción cotidiana, mediante la convergencia de voluntades<sup>394</sup>.

---

<sup>394</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Trad. CARBONELL, Miguel. Trotta. España. 2005. p. 82.

Adoptando este criterio, podía arribarse fácilmente a la conclusión de que el Constituyente no previó la prisión vitalicia porque no se discutió en su tiempo. Lo que existió fue la pena de muerte (única excepción al principio de readaptación social) aplicable a quienes, según la ciencia entonces en boga (la criminología de Lombroso, Ferri y Garofalo), eran incorregibles.

Hoy día, no obstante esa imprevisión, la Corte está obligada a “sobreinterpretar” la Constitución, valiéndose para esto de normas implícitas, so pena de erigirse en un nuevo Constituyente. En el caso concreto esa norma implícita es el principio de readaptación social. La prisión tiene por fin readaptar, no marginar a perpetuidad. Así lo dice el artículo 18 y eso es bastante para considerar que la prisión vitalicia es inconstitucional, pues la readaptación social es el resultado de un proceso clínico aplicado para preparar al individuo de manera que pueda regresar a la sociedad: regresar a la libertad. Si este argumento resulta insuficiente, reflexionemos que inclusive dentro del modelo interpretativo exegético podemos afirmar que, en todo caso, la readaptación social del preso es la única finalidad que, explícitamente, la Constitución le atribuye a la sanción penal de prisión.

La SCJN consideró que el legislador tiene facultades ilimitadas para prever afectaciones a un derecho humano de tal alta relevancia como la libertad de tránsito. Con este criterio contravino la noción de *Estado liberal*, que es el Estado limitado por los derechos humanos y, además, opuesto al Estado absoluto. Así, en el terreno de la pena prisional, la Corte regresó a la antigua y peligrosa noción de *legibus solutus*<sup>395</sup>.

La idea de un legislador absoluto, en materia penal, es contradictoria de los principios más elementales del Derecho penal liberal, tales como: *nulla poena sine crimine*; *nullum crimen sine lege*; *nulla lex (poenalis) sin necessitate*; *nulla*

---

<sup>395</sup> Vid. AGUDELO Ramírez, Martín. *El Poder Político. Su Fundamento y sus Límites desde los Derechos del Hombre. Una Aproximación a la Filosofía del Poder en la Obra de Norberto Bobbio*. Temis. Colombia. 2006. p. 245.

*necessitas sine injuria*<sup>396</sup>; intrascendencia, humanidad, proporcionalidad mínima, prohibición de la doble punición, culpabilidad o de exclusión de la imputación por la mera causación del resultado y de exigibilidad<sup>397</sup>.

8. Por último, se dice probada la libertad legislativa que el Constituyente le confirió al constituido, en el hecho de que, para algunos casos, le permite incluso implementar la pena de muerte: sanción que es más grave que la de prisión vitalicia.

Este argumento es inconstitucional, porque utiliza una lógica interpretativa *a mayoría de razón*, prohibida explícitamente por el artículo 14. Por el contrario, nosotros sostenemos que en la interpretación de derechos humanos el argumento *a mayoría de razón* debe emplearse para extender la dimensión de aquellos. Así era posible que la Corte dijera: El artículo 22 prohíbe la pena de multa excesiva, por lo que a mayoría de razón debe considerarse que es debido que todas las penas, incluyendo las más graves, sean proporcionales al delito cometido. Esto implicaría un neoconstitucionalismo penal que echara mano de la interpretación *a mayoría de razón in bonam partem*. Lo que, acaso, patrocinaría también la existencia de un Derecho penal *garantista*.

En otras latitudes, el principio de proporcionalidad es conocido también como *principio de prohibición de exceso*<sup>398</sup>. Y esa prohibición es precisamente el contenido de la garantía de proporcionalidad: proteger al gobernado de los excesos de las autoridades. ¿Qué autoridades?: por extensión, todas aquellas que puedan disponer, imponer y aplicar una pena. ¿Excederse en qué?: en la disposición, imposición o aplicación de la sanción punitiva.

---

<sup>396</sup> Vid. FERRAJOLI, Luigi. Derecho... *op. cit.* p. 93.

<sup>397</sup> Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal... *op. cit.* pp. 119-135.

<sup>398</sup> Vid. RUSCONI, Maximiliano. "¿Un Sistema de Enjuiciamiento Influidor por la Política Criminal?". En: VVAA. S.n. Estudios sobre Justicia Penal... *op. cit.* p. 477.

En vez de esto, la Corte utilizó el argumento *a mayoría de razón* para restringir la dimensión del derecho fundamental a la readaptación social, diciendo que si el Constituyente permitió en el artículo 22 la pena de muerte, luego entonces debe entenderse que la Constitución admite todas las penas que sean menos graves que la de muerte. Este argumento, por sí mismo, es incorrecto. El artículo 22 prohíbe penas menos graves que la capital: palos, azotes, tormento, marca, infamia. De lo que obtenemos una tercera jerarquización inexacta. En esta nueva escala de valores, el interprete constitucional estimó que la pena capital no es inhumana, pero las menos graves, como los palos, sí.

Como Robert Alexy lo explica, el paradigma neoconstitucional construye una interpretación constitucional basada en cuatro principios: (1) máximo rango; (2) máxima fuerza jurídica; (3) máxima importancia del objeto; y (4) máximo rango de indeterminación. Sobre este último, el autor en cita afirma:

“Hoy día no se puede colegir lo que representan los derechos fundamentales a partir del sucinto texto de la Ley Fundamental, sino sólo a partir de los 94 volúmenes de sentencias del Tribunal Constitucional Federal que hasta la fecha ha registrado en total su benéfica actividad desde el 7 de septiembre de 1951. Los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación”<sup>399</sup>.

Si el intérprete constitucional participa activamente en la “con-formación” de los derechos fundamentales, es indispensable que comience a trabajar en una “teoría constitucional”. Pero esto no sucederá mientras insista en limitarse a escudriñar voluntades ajenas. Esto es lo que Thomas Jefferson quiso decir a Madison, cuando afirmó: “*The earth belongs to the living*”<sup>400</sup>.

---

<sup>399</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *op. cit.* p. 35.

<sup>400</sup> Retomado por: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia... op. cit.* pp. 41 y ss.



#### IV. Naturaleza del Derecho a la Readaptación Social

Nosotros sostenemos que la readaptación social no sólo es un derecho de los llamados de *seguridad jurídica*. Es también un derecho de los denominados de *libertad*. Es de seguridad jurídica porque el hombre que ingresa a prisión para cumplir una pena tiene derecho a que el sistema se organice para su provecho, no para su sufrimiento. La seguridad jurídica radica, además, en saber (de acuerdo con la literalidad del fallo y a la luz de la ley secundaria) aritméticamente cuándo y cómo podrá exigir su derecho a la extenuación. Es un derecho de *libertad* porque con el paso del tiempo todo ser humano que se encuentre recluido tiene derecho a ser libre otra vez.

Despojar a un humano de la esperanza a recuperar la libertad es tanto como obligarlo a vivir sin un proyecto de vida. ¿Es el azote más inhumano que provocar en un individuo este vacío existencial tan grande llamado desesperanza?

Históricamente el Derecho penal evolucionó al desdivinizar sus fundamentos, alguna vez religiosos; con esta lenta marcha hacia la secularización también civilizó los castigos, al sustituir la venganza privada por la pena pública. La “humanización de los castigos”, primero, y la imposición de límites al *ius puniendi*, después, fueron la función social primigenia de esta rama del Derecho. Cuando alguien con asombro descubre y reclama que el Derecho punitivo es la “carta magna del delincuente” lo que hace en realidad es obviar el desarrollo histórico de la materia que juzga.

Pero hoy día, nuestra materia sufre un regreso a sus fuentes. La pena pública, si bien no se desplaza hacia su reprivatización, se aleja de la civilidad para aproximarse a la venganza. Ocurre a la inversa lo que Manuel de Rivacoba y Rivacoba afirma, cuando explica con lucidez el proceso evolutivo del Derecho criminal:

“En definitiva, el momento en que con propiedad puede decirse que se pasa de la venganza a la pena es aquel en que el instinto se somete a la razón y, reconociendo un hombre, o sea, un individuo, racional y libre, en el delincuente, se infunde en la reacción social contra el delito un fondo ético y valorativo”<sup>401</sup>.

El fondo ético de la sanción privativa de libertad yace en la noción de readaptación social, pues con su búsqueda la sociedad pretende algo más que conseguir su interés egoísta de protegerse. Busca, dentro del mal que significa sufrir los efectos de la sanción, causarle un bien al condenado. Y cuando el egoísmo se matiza con cierta dosis de empatía surge la solidaridad, no de todos contra el delincuente, sino incluso con él.

El fondo valorativo del Derecho penal habita en el principio de proporcionalidad. Así, cuando se juzga la gravedad del desvalor que representa la conducta típica, este principio existe para lograr una dosimetría tal que guarde al Estado de no excederse ni quedarse corto en el ímpetu de la reacción social. A falta de este utilísimo instrumento, la templanza, distintiva de la sanción pública como reacción institucionalizada, se pierde, dando lugar a una reacción formalmente institucional, pero materialmente irracional. La civilidad claudica, dejando su lugar a la venganza pública. Comienza la guerra de todos contra uno, *bellum omnium contra hominis*<sup>402</sup>.

Luigi Ferrajoli considera que la prisión perpetua se sustrae por igual del principio de proporcionalidad y del principio de humanidad. Dice al respecto:

---

<sup>401</sup> Cfr. RIVACOBBA y Rivacoba, Manuel de. *Función y Aplicación de la Pena*. Editorial Depalma. Argentina. 1993. p. 59.

<sup>402</sup> La frase original es de Thomas Hobbes, y dice: *bellum omnium contra omnes* (guerra de todos contra todos). Vid. (1) THOMAS HOBBS. *Leviatán. O la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*. 2ª ed. Trad. SÁNCHEZ Sarto, Manuel. Fondo de Cultura Económica. México. 1980; y (2) *Tratado sobre el Ciudadano*. Trad. RODRÍGUEZ Feo, Joaquín. Trotta. Col. Clásicos de la Cultura. España. 1999.

“Existen dos tipos de pena que parecen por su naturaleza contrarios al principio de proporcionalidad y de igualdad de las penas: la cadena perpetua y las penas pecuniarias... ambas formas de pena carecen de justificación externa por motivos bien distintos: una porque es inhumana y no graduable equitativamente por el juez, la otra porque resulta en todo caso desproporcionada por defecto a cualquier prohibición penal informada por el principio de economía o de necesidad. Pero ambas se sustraen además al principio igualitario de proporcionalidad: la cadena perpetua porque tiene una duración más larga para los condenados jóvenes que para los viejos...”<sup>403</sup>.

Esto es innegable: el joven sufrirá la prisión más tiempo que el viejo; incongruencia que no puede justificarse con la tesis de que al joven le resulta más reprochable que al viejo la comisión del delito. Pero a nuestro autor se le escapa un problema que sucede a la inversa: una pena, por ejemplo, de veinte años de prisión se vuelve vitalicia para el anciano, pero transitoria para el joven. ¿Cómo resolver este problema? La respuesta se encuentra en la etapa del proceso llamada “ejecución de la pena”, a través de figuras como la suspensión de la condena y sustitutivos penales, ya por méritos del individuo ya por incompatibilidad de la sanción con el estado de salud del reo.

A este respecto debemos decir que el Ministro ponente afirmó durante el debate que la prisión vitalicia se circunscribe en el marco de la “readaptación social”. Tal convicción estuvo basada en la fórmula de la remisión parcial de pena, con la cual por cada dos días de trabajo se condona un día de reclusión, de tal suerte que el reo puede, por méritos propios, disminuir su tiempo de estancia en prisión.

Un ejemplo pondrá el caso concreto en perspectiva. De conformidad con la fórmula aritmética utilizada para la remisión de pena, nueve años de prisión pueden disminuirse a seis, siempre que el convicto haya laborado en prisión los

---

<sup>403</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón... *op. cit.* p. 402.

seis años completos (sin un solo día de descanso). Si la pena de prisión fuera de noventa años (es decir diez veces mayor a la del primer ejemplo) el preso tendría que laborar un total de sesenta años, sin un solo día de descanso. ¡El doble de lo que una persona libre requiere para la jubilación!

Aquí es oportuno tener presente a John Howard, quien señala: “Pero la verdad es que muchos de los que sobreviven a su largo confinamiento quedan incapacitados para trabajar”<sup>404</sup> .

Si tomamos como punto de partida que la capacidad penal se adquiere a los dieciocho años de edad, este extraordinario trabajador podría egresar del reclusorio a los setenta y ocho años de edad: edad resultante de sumar los sesenta años trabajados a los dieciocho años de vida que el individuo tenía al ingresar a la cárcel. Sólo que el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) publica una expectativa de vida para el mexicano varón de setenta y tres años<sup>405</sup>. Si restamos a la cantidad de setenta y ocho años la de setenta y tres, obtendremos un cociente de menos cinco. Esto último, siempre que la persona hubiere ingresado a prisión el mismo día de su cumpleaños número dieciocho, de lo contrario el cociente negativo se alejará más del número neutro.

Otra consideración que no fue materia de debate es que el delito de secuestro (motivador de la reforma) suele tener negado en la ley el derecho a la remisión parcial de pena. De modo que la afirmación esgrimida en el sentido de que la cadena perpetua se circunscribe en el marco de la readaptación social, porque puede disminuirse su duración, es inexacta.

Se trata de la resucitación, en México, de la “cárcel perpetua irremisible”, que existió en la época de la Inquisición episcopal. Esta pena se aplicaba al reo de delito grave que se arrepentía tardíamente. A pesar del término “irremisible”, el

---

<sup>404</sup> Cfr. HOWARD, John. *op. cit.* p. 189.

<sup>405</sup> Cfr. <http://inegi.gob.mx>

Santo Oficio podía otorgar el perdón y la liberación pasados ocho años desde el inicio de la ejecución<sup>406</sup>.

Aquí conviene recordar a Michel Foucault:

“La pena transforma, modifica, establece signos, dispone obstáculos. ¿Qué utilidad tendría su hubiera de ser definitiva? Una pena que no tuviera término sería contradictoria: todas las coacciones que impone al condenado y de las que, una vez vuelto virtuoso, no podría jamás aprovecharse, no serían ya sino suplicios, y el esfuerzo hecho para reformarlo serían trabajo y costo perdidos por parte de la sociedad”<sup>407</sup>.

El Código Penal de Chihuahua prevé hoy día una pena de prisión perpetua irremisible, sin gracia; lo que la convierte en sanción más excesiva que aquella, a pesar de que durante la Colonia, a diferencia de hoy, jamás existió una norma suprema que preconizara la readaptación social como el fin del sistema penal.

Si el lector coincide con nosotros en lo que hasta aquí hemos dicho, reflexione ahora las ventajas que ofrece una “sobreinterpretación” constitucional para la defensa de los derechos humanos. Debe emplearse la “sobreinterpretación” de manera extensiva, nunca restrictiva. “Sobreinterpretar” un derecho es llevar su contenido allende de sus fronteras gramaticales. Es una labor donde el intérprete reconstruye, sí, pero guardándose de no erigirse en un constituyente de facto, pues se orienta para esto con el sentido de la Constitución más que con su letra.

---

<sup>406</sup> Vid. GARCÍA-MOLINA Riquelme, Antonio M. *El Régimen de Penas y Penitencias en el Tribunal de la Inquisición de México*. Universidad Nacional Autónoma de México. Serie: “Doctrina Jurídica”. Núm. 17. México. 1999. p. 296.

<sup>407</sup> Cfr. FOUCAULT, Michel. *Vigilar... op. cit.* p. 111.

## CAPÍTULO QUINTO

### DE LA EQUIVALENCIA PENOLÓGICA

#### (BASES PARA UN CONSTRUCTO TEÓRICO)

“...la justicia se refiere al resultado correcto del sistema político; la correcta distribución de bienes, oportunidades y otros recursos. La equidad se refiere a la estructura correcta para dicho sistema, la estructura que distribuye la influencia sobre las decisiones políticas en la forma adecuada”<sup>408</sup>.

### I. Planteamiento

En este capítulo demostraremos la falsedad de la proposición descriptiva (6): “El Derecho penal se limita con principios liberales como, entre otros, el de proporcionalidad”.

El método analítico que utilizaremos en este capítulo para dividir la pena en tres elementos: legislativo, judicial y ejecutivo ha sido empleado por Claus Roxin<sup>409</sup> y Gustavo Malo Camacho<sup>410</sup>, entre otros; pero el primero lo hace para explicar la justificación del *ius puniendi* y el segundo para exponer los criterios que acotan el ejercicio de ese poder (culpabilidad, peligrosidad y política criminal). Nosotros en cambio, buscamos incardinar la pena en el tiempo. La sanción penal se produce, como fenómeno, en un ámbito espacio-temporal, recorriendo tres momentos distintos, buscando en cada etapa un fin diferente.

---

<sup>408</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia. De la Teoría General del Derecho, de las Decisiones e Interpretaciones de los Jueces y de la Integridad Política y Legal como Clave de la Teoría y Práctica*. Trad. FERRARI Claudia. Editorial Gedisa. España. 1988. p. 284.

<sup>409</sup> Vid. ROXIN, Claus. Culpabilidad y Prevención... *op. cit.* pp. 93-145.

<sup>410</sup> Vid. MALO Camacho, Gustavo. *Derecho Penal Mexicano*. 4ª ed. Porrúa. México. 2001. pp. 653-660.

Si la pena fuera un rayo de luz, la veríamos propagarse dentro de un cilindro horizontal dividido en su interior por tres cristales de distinto color. Cuando el rayo de luz blanca traspasara el primer cristal, cambiaría a color verde. Al pasar por el segundo cristal, se volvería roja y, finalmente, al pasar por el tercero, la tonalidad se tornaría azul. El cilindro simboliza el espacio que existe entre: punibilidad, punición y pena.

*Ius dare, ius dicere y ius docere* son fases que se explican como actos diferentes de autoridades también diferentes: (1) dar la penalidad abstracta; (2) determinar la pena; y (3) ejecutar la pena. Dar la penalidad abstracta corresponde al legislador; determinar la pena incumbe al juez; penar, o materializar la pena determinada, concierne a la autoridad ejecutora. Los actos: “dar”, “imponer” y “ejecutar”, obedecen a fines distintos: (1) disuadir; (2) retribuir; (3) reinsertar. Cada acto, orientado hacia su fin respectivo, se lleva a cabo de forma diversa: (1) se disuade amenazando; (2) se retribuye haciendo efectiva la amenaza; y (3) se pena haciendo efectiva la retribución. Abandonando el estudio atemporal y abstracto de la pena, podemos ver que la ejecución no es posible sin la previa retribución y que la retribución no es posible sin la amenaza. También, que es imposible cumplir los fines diversos de la pena a la vez, tanto porque son contradictorios en sí mismos cuanto porque el juez no puede retribuir amenazando, el legislador no puede amenazar retribuyendo, ni la autoridad ejecutora puede penar amenazando o retribuyendo.

Así, en el símil del cilindro, cada cristal representa uno de los órganos que intervienen en los distintos momentos de la sanción: legislativo, judicial y ejecutivo. Se trata de la misma pena, igual que del mismo rayo de luz; pero la pena reemplaza su fin, igual que la luz cambia de color.

Es frecuente escuchar a servidores públicos de alto rango declarar en los medios de comunicación que son necesarias más reformas a la ley penal, porque la sociedad quiere un castigo “justo” para los criminales. El Poder Ejecutivo

Federal puede proponer iniciativas de ley y reformas a las existentes, pero su función principal es hacer cumplir la ley. Afirmar que las normas jurídicas no se pueden hacer cumplir porque su contenido obstaculiza tal cometido, es relevarse de su obligación por vía de la excusa. Ya han sido reformados los artículos 16 y 20 de la Constitución con este pretexto.

Quienes se pronuncian a favor de una reforma “justa” de las penas, no se han referido al concepto de justicia para defender una despenalización de conductas o atenuación de penas. Por el contrario, utilizan el vocablo para expresar que en la actualidad la ley es condescendiente o tibia ante el fenómeno delictivo. Ya decía Roxin que la distinción entre injusto y culpabilidad es considerada con razón como una de las perspectivas materiales más importantes que ha logrado la ciencia del derecho penal en los últimos cien años<sup>411</sup>.

Con estas posturas “político-criminales”, más de un funcionario público desatiende su papel de moderador de civilidad, ignorando la causa por la que el Estado posee el monopolio del *ius puniendi*. La denominada “opinión pública” es tan vacilante como la postura que le corresponda asumir al momento de pronunciarse<sup>412</sup>. Cuando un sujeto es pillado cometiendo un crimen que por su divulgación en los medios de comunicación causa conmoción en la sociedad, muchas voces se alzan para exigir el castigo más severo. Pero tan pronto como este delincuente cruza el umbral de la cárcel, se le concibe como víctima y todo lo que manifieste ante las cámaras de televisión sobre malos tratos se tomará como verdad no sujeta a revisión, con el correlativo descrédito del personal penitenciario.

El ciudadano puede opinar que al homicida o al violador se le confine de por vida en un horrendo calabozo, pero cuando el opinante o un familiar suyo se ve

---

<sup>411</sup> Vid. ROXIN, Claus. Culpabilidad y Prevención... *op. cit.* p. 57.

<sup>412</sup> “La llamada opinión pública, no es más que opinión publicada”. NEUMAN, Elías. *La Institución Abierta*. 2004. Primer Foro de Consulta en Materias de Seguridad y Justicia. Hermosillo, Sonora. México. Septiembre.



inmerso en el drama penal, cambia mágicamente de parecer y se pronuncia en contra de la brutalidad de la ley. Esa magia es lo que se llama “conocimiento de causa”; se produce cuando el saber deriva de la experiencia.

Estas ignorancias han convertido el camino del Derecho penal en un laberinto sin salida, donde la ley se contradice a sí misma y el legislador no sabe cómo prevenir delitos. Este extravío ocasiona lo que hemos llamado “desequilibrio penológico”, que frena el progreso científico del Derecho penal, en detrimento de la libertad.

## **II. La Pena en el Poder Legislativo**

Cuando el legislador advierte la gestación de una nueva forma de causar daño al prójimo, en la siempre cambiante sociedad, decide crear un nuevo tipo penal. Describe en él la conducta de contenido ético-negativo para cumplir con el principio de taxatividad. En la parte sancionadora establece la consecuencia jurídica que se deberá imponer al que cometa la conducta definida. Prevé en esa parte sancionadora un castigo, conminando así la aplicación de un mal para quien cometa un mal. La finalidad de esa parte sancionadora, antes que escarmentar al contraventor, es prevenir su conducta. La forma como se previene la conducta es amenazando.

Esto lo podemos apreciar en el artículo 1 del Código Penal de Ecuador del 22 de enero de 1971, que define las leyes penales como: “...todas las que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena”.

Entre el sujeto y el delito existe una distancia que él debe superar para cometerlo. La forma de superarla es andando un camino. A ese camino se le denomina *iter criminis*<sup>413</sup>, y está conformado por los siguientes pasos:

---

<sup>413</sup> Vid. PAVÓN Vasconcélos, Francisco. *Derecho Penal Mexicano*. 11ª ed. Prol. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Porrúa. México. 1994. pp. 501-504.

1. Ideación.
2. Deliberación.
3. Determinación.
4. Medios preparatorios.
5. Medios ejecutivos.
6. Consumación.

Ideación: Surge la idea criminal en la mente del sujeto.

Deliberación: El sujeto se debate entre cometer o no el delito. Se produce en la *psique* una contienda entre sus principios morales y la idea criminosa. Calcula las probabilidades de realizar el delito exitosamente. El éxito depende de dos circunstancias: (1) poder consumarlo; y (2) huir sin ser aprehendido. En esta etapa, la previsión legislativa de la pena debe actuar como un reforzador de los principios morales del individuo, de la misma manera que el antibiótico en los glóbulos blancos de la sangre. Con la unión de ambas fuerzas, el legislador intenta que la idea delictiva sea vencida. Si esto último sucede, el individuo saldrá del camino por la vereda del desistimiento.

La previsión legislativa de la pena puede significar un importante reforzador de los principios morales, siempre que la persona sepa que existe una alta probabilidad de que el castigo se aplique. Si estima que la sanción pocas veces se impone, entonces el antibiótico penológico no surtirá efectos, pues en el cálculo que el individuo realiza para medir las probabilidades de éxito, la expectativa de poder huir sin ser aprehendido tiene un valor importante.

Con esto venimos sosteniendo que el nivel de efectividad de la previsión legislativa de la pena depende de la impresión que tenga la sociedad acerca de la frecuencia con que se impone la sanción. Lo que resulta muy diferente al conocimiento que la comunidad tenga sobre la gravedad de las penas.

**Determinación:** La suma de los principios morales y la previsión legislativa de la pena no fue suficiente para lograr el desistimiento. El sujeto decide cometer la conducta delictiva.

**Medios preparatorios:** El individuo ha decidido también la forma como habrá de ejecutar el crimen, eligiendo la que consideró con mayor probabilidad de éxito. Los medios preparatorios no son punibles, salvo que constituyan un delito por sí mismos. Por ejemplo, poseer un arma de fuego de exclusivo uso militar. En esta etapa, el agente dispone las condiciones y adquiere los instrumentos necesarios para cometer el delito.

**Medios ejecutivos:** La persona pasa de la preparación al acto. Comienza a realizar la conducta descrita como delito en la ley penal, integrando, uno a uno, los elementos del o de los tipos penales. Escala la barda de la casa habitación, recorre el jardín trasero, fuerza la puerta que comunica esa parte de la casa con la sala-comedor. Ingresa y se dirige a las escaleras. Sube por las escaleras a la segunda planta y se introduce a la recámara principal. Camina hasta el pie de la cama. Coloca una almohada sobre el rostro de su enemigo.

**Consumación:** El sujeto pega la boca del cañón a la almohada y detona el arma. Todos los elementos del tipo penal se han integrado. El bien jurídico tutelado, la vida, dejó de existir.

Debemos comprender que la previsión legislativa de la pena no sólo tiene cabida en la etapa de deliberación; también en las que le siguen, hasta antes de la

consumación, pues después de ésta ya no hay marcha atrás. Por ello el artículo 12 del CPF dispone:

“...si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos”.

Aquí culmina el fin disuasivo de la pena. A esta etapa predelictiva la llamamos “fase legislativa”.

### **III. La Pena en el Poder Judicial**

A la siguiente fase la llamamos “judicial”. Mientras la previsión legislativa pretende influir en el comportamiento de la colectividad, en esta segunda etapa la aplicación de la ley penal se realiza caso por caso. Si bien, la imposición del castigo a un miembro de la sociedad puede guiar el comportamiento de terceros, al anunciarles que las penas sí se aplican, este efecto de ejemplaridad es sólo accesorio. La publicidad, como característica esencial del proceso penal, no significa divulgación masiva. Tampoco es posible justificar la imposición de un sufrimiento al acusado en la necesidad de advertir al prójimo las consecuencias jurídicas del delito, pues con esto se colocaría al penado en situación de sacrificado.

En cada caso concreto, presentado ante la jurisdicción del juez penal, el agente del ministerio público afirma que existen elementos para considerar que un individuo delinquirió. En opinión del fiscal la amenaza de la pena no fue suficiente contención para evitar la determinación del sujeto a realizar la conducta criminal. De tal manera, la aplicación de la pena obedece al interés de colocar la voluntad colectiva por encima de la voluntad disidente, más que para negar la negación del

Derecho, para retribuir el daño causado en el caso particular y, accesoriamente, conservar los fines disuasivos o conminatorios.

Para que el resto de los imputables se abstengan de cometer delitos, es necesario demostrarles las consecuencias de perpetrarlos. Nosotros admitimos la ejemplaridad de la pena y rechazamos la crítica de que a la persona del acusado le resulta ajeno lo que hipotéticamente otros pudieren realizar de no aplicarse la pena al caso concreto. La punición particular no debe fundarse en la ejemplaridad (prevención general), sino en la reprochabilidad de la propia conducta. Sin embargo, la ejemplaridad debe motivar a reducir la impunidad, no ha elevar la punición en perjuicio del acusado.

Se reprocha la conducta porque se ha considerado que al acusado le era posible y, por lo tanto exigible, actuar de modo distinto<sup>414</sup>. No puede sostenerse, con razón, que la pena aplicada no abarque dos o más fines y efectos, pues su aplicación es resultado de un juicio de valor después del cual se ha concluido que la conducta típica fue cometida culpablemente. La aplicación de la pena es un acto personalísimo porque al acusado se le ha extraído de la colectividad para juzgarle en lo individual.

Así, cuando el vecino país, después de haber sido blanco de ataques terroristas, dirigió una reacción bélica contra la nación que consideró responsable de no haberlos evitado, actuó movido por un instinto de venganza. Pero además, su reacción abrigó fines preventivos. Lo hizo en parte para no volver a sufrir el daño. ¿Y por qué no pensar que la invasión al enemigo, el derrocamiento de su gobierno, la detención y confinamiento de sus prisioneros de guerra en la base militar de Guantánamo, tuvo fines o al menos efectos ejemplares?

El mensaje ejemplar está subyacente en la furia de su reacción, en la certeza de sus ataques, en el poder inigualable de su ejército. Tuvo implícito un

---

<sup>414</sup> Vid. VILLARREAL Palos, Arturo. *Culpabilidad y Pena*. 2ª ed. Porrúa. México. 2001. p. 7.

mensaje para el resto de los países del orbe: “Si me atacas, esto es lo que te pasará”. No podemos pensar que basó su ofensiva principalmente en el fin de la ejemplaridad; sin embargo aquella poseyó accesoriamente esa cualidad, porque la advertencia se obtiene de una deducción racional, no del invasor, no del invadido, sino del tercero espectador.

Al respecto, el mismo artículo 51 del CPF señala en su parte conducente: “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”.

La prevención general, como motivación del *quid* de la pena, hace trascendental su aplicación por ser ajenas sus razones a la culpabilidad del agente. En el mismo tenor se expresó García Ramírez:

“No es desacertado, en sí mismo, incorporar a la ley un principio de política criminal; empero, la redacción de ese precepto, ha despertado opiniones diversas, sobre todo en cuanto a la función Judicial para efectos de prevención general, esto es, de disuasión: la sentencia, en el caso concreto, sólo ha de considerar éste en sus términos estrictos; el juez no puede vincular la condena que dicte a la finalidad de obtener un efecto intimidante en los demás integrantes de la comunidad”<sup>415</sup>.

Por esta razón nosotros sostenemos que la ejemplaridad es un efecto accesorio, no relevante para la individualización judicial. Tampoco para la previsión legislativa, pues el efecto intimidante para quien delibera cometer el delito es, en efecto, el *quid* y el *quantum* de la pena, pero la intimidación dirigida a la colectividad se logra evitando la impunidad genérica.

---

<sup>415</sup> Cfr. GARCÍA Ramírez, Sergio. Manual... *op. cit.* p. 113.

Observemos que el artículo 52 del CPF nada dice de la readaptación social como fin de la pena o como elemento a considerar por el juzgador para la individualización de la pena. Sólo alumbra la retribución con base en el grado de culpabilidad del agente y en la gravedad del daño. El artículo señala:

“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...”<sup>416</sup>.

Esta disposición está inspirada en el *Codice Penale* italiano, que prescribe en su artículo 133:

*“Nell’esercizio del potere discrezionale... il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta:*

- 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall’oggetto, dal tempo, dal luogo e de la ogni altra modalità dell’azione*
- 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato;*
- 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa...”*

(En el ejercicio del poder discrecional... el juez debe tener en cuenta la gravedad del delito, deducida:

- 1) de la naturaleza, de la especie, de los medios, del objeto, del tiempo, del lugar y de cada otra modalidad de la conducta;
- 2) de la gravedad del daño o del peligro causado a la parte ofendida;
- 3) de la intensidad del dolo o del grado de la culpa...)<sup>417</sup>.

El Derecho penal mexicano acoge la teoría del margen de la libertad, al otorgarle al juez *libre arbitrio*. Ese libre arbitrio, llamado por el *código penale*

---

<sup>416</sup> “Cuanto más grave la culpabilidad, más severa la pena”. Cfr. LISZT, Franz Von. *La Idea del Fin del Derecho Penal*. Trad. s.n. Themis. Colombia. 1998. p. 52.

<sup>417</sup> La traducción es nuestra.

italiano (artículo 132) “*potere discrezionale*”<sup>418</sup>; sustituye al sistema de la pena exacta que había acogido el código Martínez de Castro. Sobre los riesgos de la libertad judicial, Luis Jiménez de Asúa y Antón Oneca expresan:

“Al postular hoy la amplitud de movimientos del juzgador, resurgen los riesgos de la injusticia y de los atropellos de antaño. El arbitrio judicial representa el más agudo riesgo para la libertad de los individuos, ya que el Juez, en la elección del tratamiento y en la determinación de la pena, puede cometer abusos contra los que es preciso prevenirse”<sup>419</sup>.

Hasta aquí la aplicación de la pena se basa en el daño causado y en la culpabilidad. Excluye, pues, toda idea de readaptación social, ya que no ordena al juez determinar cuál pena escoger y cómo graduarla según lo que resulte idóneo para la readaptación social. En este sentido, Gustavo Malo Camacho afirma:

“El criterio de culpabilidad afirma que la pena y su individualización no deben responder a la personalidad o al carácter del sujeto o a cualesquiera otra referencia con la así denominada culpabilidad de autor, y, por tanto, limitan (sic) también a la reincidencia como factor de imposición penal autónomo y directo, sino que implica que la pena debe determinarse exclusivamente en relación con el hecho realizado”<sup>420</sup>.

En la fase judicial la pena tiene por *télos* retribuir el mal causado con el mal de la pena. Lo anterior demuestra y justifica la divisibilidad, diferenciación o disección de los fines de la pena según el poder gubernamental que intervenga y el momento en que esa intervención tenga lugar.

---

<sup>418</sup> “*Nei limiti fissati dalla legge, il giudice applica la pena discrezionalmente; esso, deve indicare i motivi che giustificano l’uso di tale potere discrezionale...*”. (En los límites fijados por la ley, el juez aplica la pena discrecionalmente; por ello, debe indicar los motivos que justifican el uso de tal poder discrecional...). Nota: La traducción es nuestra.

<sup>419</sup> Cfr. JIMÉNEZ de Asúa, Luis y ONECA, Antón. *Derecho Penal Conforme al Código de 1928*. Editorial Reus. España. 1929. p. 25.

<sup>420</sup> Cfr. Malo Camacho, Gustavo. *op. cit.* p. 654.



El juez ha de individualizar la pena con base en una escala derivada de la práctica judicial. Elena Ramos Arteaga la expone:

- “1. Mínimo;
2. Ligeramente superior al mínimo;
3. Entre el mínimo y el medio con tendencia al primero;
4. Equidistante entre el mínimo y el medio;
5. Entre el mínimo y el medio con tendencia al segundo;
6. Medio;
7. Ligeramente superior al medio;
8. Entre el medio y el máximo con tendencia al primero;
9. Equidistante entre el medio y el máximo;
10. Entre el medio y el máximo con tendencia al segundo;
11. Máximo”<sup>421</sup>.

Así, si el marco penal legal es, por ejemplo, de 2 a 8 años de prisión, y se estima que la culpabilidad en el caso concreto es media, entonces la pena aplicable será de 5 años. Si, por el contrario, se considera que la culpabilidad es máxima, entonces la pena será de 8 años. O, si la culpabilidad es equidistante entre el mínimo y el medio, la pena será de 2 años 6 meses. En este último caso, la pena resulta de sumar el mínimo y el máximo  $(2 + 8) = 10$ , y el cociente dividirlo entre  $2 = 5$ . Como la pena de 5 años sería aplicable para la culpabilidad de término medio, entonces se realiza una segunda división. Con esta segunda división se obtiene la pena aplicable para la culpabilidad equidistante entre el mínimo y el medio, que es: 2.6 años. La pena 2.6 años, está justo a la mitad de la distancia que separa al mínimo (2 años) del máximo (8 años). De allí que a ese grado de culpabilidad se le llame “equidistante entre el mínimo y el medio”.

Para que el juez pueda moverse dentro de esta escala, debe atender a las reglas que para la racionalidad y proporcionalidad de las penas establece el ya citado artículo 52 del CPF.

---

<sup>421</sup> Cfr. RAMOS Arteaga, Elena. *op. cit.* p. 168.

Continuemos con el análisis del artículo en cuestión:

“...teniendo en cuenta:

I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto”.

Esta fracción establece el principio de retribución proporcional al daño causado o al peligro corrido; pero dentro del mínimo y del máximo del marco penal legal. Lo que implica que si el marco legal de la pena fijado para el delito es desproporcionado frente a la importancia del bien jurídico, o de la peligrosidad revelada objetivamente, el juez sólo podrá aplicar la pena menos injusta. El juez está limitado por el marco legal penal, pues como afirma Felipe Tena Ramírez:

“De los tres Poderes federales, los dos primeros que enumera la Constitución están investidos de poder de mando; el legislativo manda a través de la ley, el ejecutivo por medio de la fuerza material. El tercer Poder, que es el judicial, carece de los atributos de aquellos otros dos Poderes; no tiene voluntad autónoma, puesto que sus actos no hacen sino esclarecer la voluntad ajena, que es la del legislador contenida en la ley”<sup>422</sup>.

Es aquí donde encontramos el suelo sobre el cual descansa la balanza de la justicia penal. No existe una justicia absoluta realizable, pero la mayor proximidad o lejanía que la ley guarde frente a ese anhelado valor dependerá siempre de la graduación de la pena con base en la estimación de la importancia del bien jurídico tutelado.

Es difícil medir la importancia de los bienes jurídicos para colocarlos en una escala jerárquica de valor, de manera que, entre más cercano se encuentre el bien tutelado del vértice de la pirámide, mayor sea la severidad de la pena. Pero

---

<sup>422</sup> Cfr. TENA Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. 27ª ed. Porrúa. México. 1993. p. 253.

cuando el grado de reacción penal se mide por la frecuencia con la que socialmente se comete una clase de delito y no por la importancia abstracta del bien jurídico, la balanza pierde estabilidad, inclinándose hacia la represión, en desprecio del Derecho penal valorativo.

La fracción II del artículo en estudio dice que el juez también deberá tomar en cuenta: “La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla”.

Al lado de la magnitud de daño, calculable con base en la importancia del bien jurídico vulnerado o puesto en peligro, existe el principio de peligrosidad<sup>423</sup>; mas entendido como la dogmática penal lo admite, no como la Criminología pretende.

Resulta interesante que el artículo 399 bis del CFPP, prescriba:

“En caso de delitos no graves, el Juez podrá negar a solicitud del Ministerio Público, la libertad provisional del inculpado, cuando éste haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como graves por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al Juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad...”.

Aquí encontramos, en sustancia, el concepto *peligrosidad*. Permite negar el derecho a la libertad bajo caución por existir el antecedente penal de un delito grave. Este artículo va más allá de la sola negación provisional de libertad, pues representa la introducción de la presunción de culpabilidad en la nueva causa penal y el abandono del principio de inocencia. ¿Cómo podrá el juez deslindarse,

---

<sup>423</sup> Vid. BARRITA López, Fernando A. *Prisión Preventiva y Ciencias Penales*. 2ª ed. Porrúa. México. 1992. p. 167.

al momento de dictar sentencia, de haber considerado altamente peligroso al acusado que ahora va a absolver? En los casos de delitos graves sucede de manera distinta: el juez no incurre en contradicción al dictar un fallo absolutorio a quien meses atrás declaró formalmente preso, porque la ley no le deja margen de decisión.

Basar la suposición de que la libertad de un individuo puede representar un riesgo para la sociedad, en el hecho de que ha sido condenado con anterioridad por delito grave, es para el Estado adoptar una postura ambivalente y contradictoria, que refleja su escepticismo frente a la reinserción social.

Este tipo de disposiciones no pueden encontrar asidero en ninguna teoría justificadora del *ius puniendi* que no sea la de defensa social. La noción de la *ultima ratio* y la ideología de un Derecho penal mínimo, no encuentran cabida en una legislación penal que intente hacer coexistir el estado peligroso de un imputable con el principio de inocencia.

Nótese como este artículo dice: "...por las circunstancias del delito cometido...", lo que revela palmariamente que el legislador incluso dio por hecho que el delito se cometió y que el inculpado es responsable.

Aquella parte del artículo que dice: "(Cuando)... por las circunstancias y características del delito cometido (la libertad del inculpado) representa un riesgo para el ofendido o para la sociedad...", podría originar interpretaciones contradictorias. ¿A cuáles circunstancias o características se refiere el legislador? ¿Las del delito anterior o a las de los hechos materia del nuevo proceso? Debemos buscar la respuesta en el mismo precepto.

El legislador se refiere a las circunstancias o características de los hechos materia del nuevo proceso, por esa razón menciona al ofendido. Este artículo dispone que la libertad del inculpado puede ser peligrosa para: (1) el inculpado; (2)

la sociedad. Afirmar que el legislador hace alusión al delito pasado sería sostener que la libertad del inculpado, dentro del nuevo proceso, podría ser peligrosa para el ofendido de su delito anterior. Esto es ilógico, pues antes de la aprehensión por el nuevo proceso, el sujeto se encontraba en libertad.

El vocablo que genera esta confusión es el mismo con el que el legislador demuestra haber sido traicionado por su inconsciente: “cometido”. La parte conducente del artículo faculta al ministerio público a solicitar, y al juez a decidir, la negación de la libertad bajo caución cuando por las particularidades de los nuevos hechos se presume que la libertad del inculpado puede ser un riesgo para el ofendido. Sólo que a estos nuevos hechos el legislador los llamó: “el delito cometido”. Con esta frase, el artífice de la norma evidencia su intención de reducir las dimensiones legales del principio de inocencia.

La fracción III del artículo 52 dice: “Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado”.

Debe analizarse la situación concreta que se juzga, sin la creencia clásica de que todos los sujetos de Derecho son igualmente responsables ante la violación de la ley. Las particularidades de los hechos y la forma de cometer el delito, según lo que aparezca probado en autos, serán tomadas en cuenta por el juez para elegir la clase de pena (si fuere alternativa) así como su magnitud. Con esta fracción, nuestra legislación rechaza la teoría “*Punktstrafe*” (pena exacta) desarrollada en la dogmática penal alemana en contraposición de la teoría del “margen de libertad”<sup>424</sup>.

La fracción IV dispone: “La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido”.

---

<sup>424</sup> Vid. ROXIN, Claus. Culpabilidad y Prevención... *op. cit.* pp. 96-113.

Aporta también elementos de juicio para dilucidar el grado de culpabilidad del agente, con base en la medición de su participación y de su responsabilidad frente a la mutación acaecida en el mundo exterior. Es además un elemento de juicio para determinar qué tan exigible era que el acusado obrare de otra manera de acuerdo a las circunstancias específicas.

El Derecho positivo mexicano acoge la teoría de la *conditio sine qua non* para medir el grado de participación del agente. Opera en los casos de coparticipación, dentro de la recreación mental del hecho con base en la interpretación del material probatorio que arroja la realidad histórica. Se trata de un método analítico y especulativo. Con el material probatorio, el juez reconstruye los hechos. Dentro de esa reconstrucción, se incluyen los actos realizados por el agente. Si la conducta del agente no puede ser removida de la reconstrucción mental del delito, sin que éste siga siendo posible, entonces se estima que la participación de aquel es “eficiente”.

Veamos ahora la fracción V:

“La edad, la educación, la ilustración, las costumbres las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomará en cuenta, además, sus usos y costumbres”.

Esta fracción es de corte positivista; mas no tiene el fin que algunos le adminiculan. Aunque refiriéndose al CPF de 1929, Porte Petit Caundaudap reflexiona:

“El Código Penal de 1929 no realizó íntegramente los postulados de la Escuela Positiva por obstáculos de orden constitucional y errores de carácter técnico, haciéndolo notar la Comisión redactora del Código Penal de 1929: Estimando en conciencia que no se debía

presentar como reforma sustancial un código retrasado que no pudiera luchar eficazmente contra la delincuencia, resolvió cambiar radicalmente el principio básico del Código y sus orientaciones y así lo propuesto al Presidente de la República, quien aprobó la idea, resolviendo: se estudiará y redactará un Código de transición basado en los principios de la Escuela Positiva, pero limitando sus procedimientos con las prescripciones constitucionales, que no era factible echar en olvido<sup>425</sup>.

No busca individualizar la pena dirigiendo su efecto utilitario hacia la redención del acusado. Su objetivo es determinar el grado de reprochabilidad que corresponde al sujeto como autor de la conducta típica. En efecto, es el primer párrafo del artículo en cita el que dispone que la pena se aplique “con base en la gravedad del delito y el grado de culpabilidad”, lo que cierra el camino a toda idea de elegir la sanción que resulte más conveniente para la readaptación social del delincuente.

Esta disposición envuelve la afirmación de que será más reprochable para un abogado violar la norma penal que para un campesino, y no que el primero requerirá mayor tiempo de cautiverio para la reflexión.

La fracción VI dice: “El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido”.

Esta fracción, como todas las del artículo en estudio, está inspirada en el precepto 133 del *codice penale* italiano, que en su número 3 dice: “*dalla condotta contemporanea o susseguente al reato...*”<sup>426</sup>. Reproche y peligrosidad se funden en esta fracción, sin que la segunda sea fundamento principal de la imposición de la pena. Queda relegada, por la culpabilidad, al carácter de un elemento más para elegir el *quid* (en caso de pena alternativa) y el *quantum*.

---

<sup>425</sup> Cfr. PORTE PETIT, Caundaudap, Celestino. *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal*. 17 ed. Porrúa. México. 1998. pp. 41-42.

<sup>426</sup> Con Regio Decreto del 19 de octubre de 1930, número 1398.

La escuela sociológica italiana del Derecho penal sostuvo la idea de punir en función de la peligrosidad manifestada por la persona, al tiempo que defendió la conveniencia de fundar la aplicación de medidas de seguridad en la responsabilidad social, y no en la responsabilidad personal, como lo exigía la teoría de la culpabilidad<sup>427</sup>.

El positivismo penal italiano también introdujo semejantes ideas en el contenido de la pena, alumbrando la concepción de un Derecho penal de peligrosidad, basado en la construcción de un arquetipo llamado “Derecho penal de autor”. Este paradigma defendía la existencia de una culpabilidad de autor más que de acto. Lo que propició la previsión de medidas no sólo postdelictivas; también predelictivas a partir del estado peligroso. Naturalmente, un modelo punitivo diseñado en tales términos resultó gravemente cuestionable a la luz de los principios de tipicidad y culpabilidad<sup>428</sup>.

Fillipo Gramática ya había afirmado:

“La peligrosidad no puede ser elevada a rango de elemento subjetivo del sistema de defensa social por dos tipos de razones. Ante todo, porque la peligrosidad permanece vinculada a un concepto materialista que no puede responder... a una exigencia de valoración integral de la personalidad. En segundo lugar, porque ésta representa objetivamente un peligro, probabilidad de daño que no puede poseer ese contenido psicológico indispensable para la valoración del sujeto y, consiguientemente, no puede ser apta para integrar el elemento subjetivo que buscamos. Finalmente, porque en la aplicación práctica de la institución en el Derecho positivo general, esta peligrosidad se presume a cargo del sujeto”<sup>429</sup>.

---

<sup>427</sup> Vid. ROXIN, Claus. Derecho Penal... *op. cit.* pp. 817 y ss.

<sup>428</sup> Vid. GRAMATICA, Fillipo. *Principios de Defensa Social*. Editorial Montecorvo. Trad. s.n. España. 1974. p. 229.

<sup>429</sup> Cfr. GRAMATICA, Fillipo. *op. cit.* pp. 165-166.



La fracción VII dispone:

“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”.

Muestra elocuentemente que el fin de la fracción V es ponderar todos aquellos elementos que sean útiles para el juzgador en su misión de determinar el grado de culpabilidad del agente. Aquí tampoco cabe la readaptación social. Por esta razón Carlos Fontán Balestra afirma: “No se pena por lo producido causalmente, sino por lo hecho culpablemente”<sup>430</sup>.

Otro ejemplo claro de la punición con base en la retribución, no en la readaptación social, lo proporciona el contenido del artículo 64, incluido en el capítulo IV del Título Tercero del Libro Primero que establece las reglas para la aplicación de sanciones en caso de concurso, delito continuado, complicidad, reincidencia y error invencible:

“En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, que aumentará hasta en una mitad del máximo de su duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero”.

En el acta 5 del Proyecto de Código Penal para el Estado de Veracruz-Llave, de 1923, podemos ver el contenido de los artículos 36 y 37, que resolvían la individualización de la pena como sigue:

---

<sup>430</sup> Cfr. FONTÁN Balestra, Carlos. *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. 16ª ed. Editorial Abeledo-Perrot. Argentina. s.d. p. 312.

“Artículo 36:

Las penas se fijarán según la mayor o menor perversidad de los delincuentes; a este efecto se les divide en:

I.- Delincuentes primarios que hayan observado siempre buena conducta y que delincan.

A) Por necesidad.

B) Obligados por una fuerza física o moral.

C) Por causa de una perturbación mental, accidental, y ocasional, provocada por motivos ajenos a su voluntad,

D) Calculadamente, pero impulsados por un estado pasional o de perturbación mental que los prive del control de su voluntad.

E) Por las circunstancias especialmente propicias en que se encuentren.

II.- Delincuentes notoriamente perversos.

Artículo 37:

A cada una de las clases de delincuentes enumeradas en el artículo anterior corresponderá la pena especial modificada en cada caso particular por las circunstancias en que el delito se haya ejecutado y por la conducta posterior del delincuente ante la justicia”<sup>431</sup>.

Estas reglas para la graduación de la pena, con base en una tipología criminológica, dejan de lado la correspondencia “culpabilidad-daño-pena” que debe ser la medida de la justicia penal. Por tal motivo García Peña dijo: “Se necesitaría que los Jueces fueran psicólogos de una penetración que seguramente no es posible encontrar en la mayoría de ellos”<sup>432</sup>. Más adelante complementa:

---

<sup>431</sup> Cfr. S.n. “Proyecto de Código Penal para el Estado de Veracruz-Llave, del año 1923”. 1974. *Criminalia*. Academia Mexicana de Ciencias Penales. Año XLV Números 3 y 4. México. pp. 254-256.

<sup>432</sup> Cfr. S.n. “Proyecto de Código Penal... CRIMINALIA. *op. cit.* pp. 254-256.

“Considero también completamente inconveniente que no se tenga en cuenta el daño causado, pues éste es un elemento necesario para fijar la gravedad del delito y, por consiguiente, de la pena. Existe gran diferencia entre la moral y el Derecho y si la primera sólo tiene en cuenta la intención y la perversidad, el segundo necesita valorizar el daño causado, pues sólo con éste se lesiona a la sociedad”<sup>433</sup>.

Por todo lo anteriormente expuesto, afirmamos que el fin de la pena en la fase judicial es la retribución simple, entendida por la teoría absolutista como retribuir por retribuir.

Si interpretamos armónicamente los ordenamientos jurídicos vigentes que dan vida a nuestro Derecho penal, veremos que la garantía constitucional de reinserción social sólo es aplicable a lo que el artículo que la consagra denomina “sistema penitenciario”; y por tal debemos entender el conjunto de presidios del país, no el conjunto de autoridades que integran el sistema de administración de justicia penal.

Todos los artículos que nutren a la pena con fines readaptatorios se refieren a la de prisión y están contenidos en leyes de ejecución de sanciones privativas de libertad. Por lo tanto (y al no existir en el articulado del CPF alguno que base la individualización de la pena en tal objetivo) es claro que la regeneración del delincuente se limita al fin de la cárcel o de las instituciones de semilibertad.

El fin readaptatorio de la pena sólo existe después de cumplido el fin retributivo. Hasta entonces, aquel yace sedimentado en el fondo de la sanción. Prueba histórica de lo anterior es el contenido del artículo 205 del CPF de 30 de septiembre de 1929, que respecto de la ejecución de las penas prescribió:

---

<sup>433</sup> Cfr. S.n. “Proyecto de Código Penal... CRIMINALIA. *op. cit.* pp. 254-256.

“En la ejecución de las sentencias y dentro de los términos que en éstas se señalen, el Consejo (Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social) aplicará al delincuente los procedimientos que se estime conducentes a la corrección, educación y adaptación social de éste, tomando como base de tales procedimientos:

I.- La separación de los delincuentes que revelen diversas tendencias criminales, teniendo en cuenta las especies de delitos cometidos y las causas y móviles que se hubieren averiguado en los procesos, a más de las condiciones económicas y sociales del delincuente;

II.- La diversificación del tratamiento durante la sanción para cada tipo de delincuente, procurando llegar hasta donde sea posible, a la individualización de aquélla;

III.- La elección de medios adecuados para combatir los factores psíquicos que más directamente hubieren concurrido en el delito; y las de aquellas providencias que desarrollen los elementos antitéticos a dichos factores, y

IV.- La orientación del tratamiento en vista de la mejor readaptación del delincuente y de la posibilidad, para éste, de subvenir con su trabajo a sus necesidades”.

Resulta interesante apreciar cómo en este artículo se establecen criterios para la clasificación de reos (fracción I); también las primeras bases para perseguir el fin readaptatorio de la pena. Lo que más incumbe a nuestro estudio es su significado como evidencia de que la readaptación social sólo es el fin de la individualización de la pena en la fase ejecutiva, no en la jurisdiccional.

La naturaleza fáctica de la pena es retributiva y toda afirmación a contrario se desmiente con hechos. Los hechos se constatan no sólo en la abstracción; también en el proscenio del drama penal. A nuestro paso por la Subdirección Jurídica en la Colonia Penal Federal “Islas Marías”, lamentamos que tal institución no contara con un archivo histórico. Tenía, sin embargo, el archivo de “bajas” conformado por aproximadamente 16 mil expedientes que en igual número

correspondían a los últimos colonos que por diversos motivos habían terminado la ejecución de su condena en la isla “María Madre”.

Cuando arribamos a la Colonia (como era de esperarse) los internos probaron, retaron, intentaron medir la viveza de la nueva administración. Durante los primeros días encontramos cartas anónimas en el buzón de la Dirección. Anunciaban la próxima ejecución de distintas evasiones durante los días sin luna, que son los más oscuros en el archipiélago. En esas madrugadas bastaba caminar unos cuantos pasos afuera de la oficina (situada en “Puerto Balleto”, frente a la playa), para comprobar el hermetismo de la noche, al resultar imposible ver la mano propia extendida frente al rostro.

Tomando en cuenta las condiciones de nuestro estado de fuerza (22 elementos de custodia) y la poca colaboración de los infantes de marina, decidimos emprender un estudio histórico sobre el *modus operandi*: número de participantes, épocas del año y playas utilizadas para la perpetración de las fugas. El trabajo no fue fácil porque aun cuando un reo tuviera varios años de evadido, su expediente seguía archivado entre los de “reos presentes”, como si se tratara de una herida punzante que no terminara de cicatrizar.

Buscamos entre los empolvados legajos. La tarea consistía en extraer sólo aquellos que pertenecieran a reos con ejecución de pena “suspendida”. Las pilas de expedientes mezquinos en información se erigieron ante nuestros ojos, a una altura que comprometía su equilibrio. El dato más antiguo sobre el tema fue del año 1985; demasiado reciente si se considera la longevidad de la Colonia. Sin embargo, los resultados permitieron conocer la siguiente cifra: 4.4, era el promedio de evasiones consumadas por año.

Es una Colonia donde las crujías se sustituyen por casas, los ambulatorios por campamentos, la falta de privacidad de las celdas por la privacidad del “hogar”, la discontinuidad de la visita íntima por la permanente convivencia con la

pareja, la visita familiar por la estancia permanente de los hijos menores de 12 años. Y a pesar de todas esas bondades, los hombres sufren por no ser libres.

Recordemos el contenido del Libro Primero, Título XII de las *Institutionum Justiniani*, que respecto del *ius potestatis* dice: “Aquel que por algún crimen ha sido deportado a una isla pierde los derechos de ciudad, se sigue de aquí que es borrado del número de los ciudadanos romanos, cesando desde entonces sus hijos, como si hubiere muerto, de estar bajo su poder”<sup>434</sup>.

En los días destinados a la concesión de audiencias, la fila de colonos completaba los cincuenta. La mayoría solicitaba la práctica del estudio de personalidad para beneficio de libertad anticipada. Muchos de ellos tenían cumplidas más de las tres quintas partes de la pena; algunos llegaban hasta las cuatro quintas partes y su caso nunca se había analizado para preliberación.

Solamente un reo de los varios que de nuestra voz recibieron la noticia de la libertad mostró una reacción ambivalente, dubitativa. Llevaba más de 10 años en claustro por un delito contra la salud cometido antes de las reformas del 28 de diciembre de 1992. Su reacción resultaba incierta, un tanto desconcertada, pero no por incredulidad. Le preguntamos el motivo de su confusión y respondió: “Es tan traumático como cuando te aprehenden. Te preguntas, ¿ahora qué va ser de mí? ¿cómo será mi vida en prisión? Luego te acostumbras, de alguna forma te haces a la idea. Pero ahora usted me llama para decirme que ya me voy a la sociedad, y yo me pregunto: ¿qué va a ser de mí allá afuera si no tengo a nadie ni nada, ni trabajo ni techo?”.

La tarde de ese mismo día jueves (día de barco) acompañamos al nuevo “ciudadano” hasta el muelle donde el barco Maya #01 (de la Armada de México) se encontraba listo para zarpar de regresó al continente. Después de entregarle el salvoconducto que acreditaba su legal excarcelación, nos despedimos de aquel

---

<sup>434</sup> Cfr. JUSTINIANO. *Instituciones*. Libro Primero, Título XII. *op. cit.*

hombre cuyos ojos todavía reflejaban el vértigo de la libertad devuelta abruptamente.

Antes de permitir que un ex convicto abordara el navío, teníamos el deber de mostrar al Subdirector de Seguridad la ficha antropométrica que se elabora cada vez que un nuevo colono llega a la isla. Algunas veces, como en ésta, resultaba difícil reconocer el rostro de la fotografía comparado con el del hombre liberado. El infamante paso del tiempo dejaba su huella en la piel; pero la nocividad de la prisión se apreciaba en la extraviada y nostálgica, lastimosa y devaluada mirada del individuo, endurecido por la experiencia carcelaria, de la que se pregonan tantas cosas.

El mismo Estado reconoce en el artículo 55 del CPF el carácter aflictivo de la pena de prisión:

“Una vez dictada la sentencia ejecutoriada, la pena podrá ser sustituida por una medida de seguridad, a juicio del juez o tribunal que la imponga de oficio o a petición de parte, cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona, o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria o irracional que se compurgue dicha pena.

En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apotará siempre en dictámenes de peritos”.

Es la privación de la libertad el mayor de los males que en la actualidad un hombre puede sufrir por designio de la ley en nuestro país. La reforma del 9 de diciembre de 2005 derogó la pena de muerte, pero para ese entonces la prisión ya era la reina de las penas.

El Decreto del 15 de junio de 1908, que adicionaba el CPF de 7 de diciembre de 1871, disponía en su artículo 1: “Se establece la pena de relegación,

la cual se hará efectiva en colonias penales establecidas en islas o en lugares de difícil comunicación con el resto del país”.

En semejante tesitura se redactó el artículo 114 del CPF de 1929, que disponía: “La relegación se hará efectiva en colonias penales, que se establecerán en islas o en lugares que sean de difícil comunicación con el resto del país y nunca será inferior a un año”.

El Estado, inmerso en su papel de moderador de civilidad, ha eliminado las formas más infamantes de la pena: muerte, tormento, azote, marcas, palos, destierro. Pero la intensidad de la sanción de prisión se ha venido elevando a tal grado que su crueldad y desproporción la sitúa por encima de las proscritas. ¿Quién con mediana inteligencia y amor por la vida preferirá setenta años de prisión a dos semanas de azotes? Después de todo sanará de sus heridas, pero no podrá de vivir larga vida después de los 88 años de edad.

Readaptar en estos términos es preparar para la muerte. He aquí otra clara evidencia de la desproporción de la pena frente al promedio de vida del ser humano. Si se impusiera privativa de libertad por setenta años a un individuo de cincuenta, el cumplimiento de la misma resultaría imposible, puesto que requeriría continuar con vida hasta los 120 años. Esta exigencia hace que la pena sea insólita, porque a lo imposible nadie está obligado. También inusitada (de *sententia ferenda*) por convertirse de hecho en cadena perpetua.

Así lo entendieron los miembros de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, durante la quinta época, al emitir el siguiente criterio:

“PENAS INUSITADAS. Para los efectos de la ley penal, la expresión “inusitado”, se aparta de la interpretación gramatical que a la misma corresponde y toma un sentido de condena social, que puede definirse como la estimación colectiva, general, de toda la sociedad, rechazando como muy graves y desproporcionadas con la naturaleza



del acto penal, determinadas penas; es decir, el concepto de inusitado es relativo y se precisa con respecto al uso que, en otros tiempos, se hacía de determinadas sanciones y a la aplicación de las mismas, en un solo lugar de un grupo nacional, en discordancia con las demás legislaciones, en general. Puede sostenerse que la privación definitiva, de derechos o a perpetuidad, para el ejercicio del cargo de un empleo, impuesto como pena, no tiene el carácter de inusitada, porque en la República se acostumbran esas sanciones, en las legislaciones de algunos estados; de manera que puede afirmarse que esta sanción es aceptada en principio. Aunque el concepto de estudio no puede determinarse de una manera puramente teórica; sin embargo, las penas inusitadas puede decirse que son aquellas que chocan con el sentir general de una colectividad; tales son para nuestro tiempo, la lapidación, la cadena perpetua, la confiscación y otras igualmente graves o trascendentales<sup>435</sup>.

Montesquieu pensó lo mismo: “La severidad de las penas es propia de un gobierno despótico, cuyo principio es el terror, que de la monarquía o de la república, las cuales tienen por resorte, respectivamente el honor y la virtud”<sup>436</sup>.

Todo aquel que se sienta comprometido con la libertad, está moralmente obligado a hacer algo para convencer al gobernante de que mayor pena no es antónimo de impunidad; que reducir sanciones no es disminuir la seguridad pública; que la ciencia no se suple con política; que el tema de la libertad es el tema de la humanidad.

#### **IV. La Pena en el Poder Ejecutivo**

Definidas en la ley la conducta prohibida y la penalidad abstracta; cometida la primera y aplicada la segunda, sigue para el reo la noticia más trágica y el lado

---

<sup>435</sup> Cfr. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. T. LXI. Primera Sala. p. 239.

<sup>436</sup> Cfr. MONTESQUIEU. *El Espíritu de las Leyes*. Trad. s.n. Colección “Sepan Cuantos...” Porrúa. México. 1998. p. 56.

más humano (en el deber ser) del procedimiento penal: la ejecución. La sanción ya no es una amenaza, ya no es una probabilidad, es una realidad que comenzará a sufrirse a través de la restricción de un bien jurídico; del más valioso de los bienes jurídicos susceptibles de suspensión estatal. La punibilidad se convirtió en punición, y la punición se vuelve pena.

En esta fase no debe procurarse mayor sufrimiento que el resultante de la naturaleza intrínseca de la sanción. No deben utilizarse instrumentos antaño empleados para torturar, como cadenas y grilletes, a no ser para traslados y casos excepcionales de control.

El reo ha recorrido el camino que conduce a la prisión: mundo artificial donde deberá procurarse la readaptación social. En esta etapa el fin o efecto paralelo de la pena es la prevención especial.

El tecnicismo jurídico-penal abre paso a la criminología clínica. La instrucción de un proceso penal no está en manos de criminólogos porque el fin de la pena en la etapa judicial no lo justifica, aun cuando los más ilustres de entre ellos pugnen por la apertura de estos campos de trabajo a favor de sus huestes. Los artículos 51 y 52 del CPF cierran filas a tal idea. Al jurista le interesa el delito en cuanto implica trasgresión a la norma; para él, el delito siempre guardará relación con la ley. Esta relación queda perfeccionada con el *principio de imputación*. Al respecto, Hans Kelsen sostiene:

“El acontecimiento externo que, por su significación objetiva constituye un acto conforme a derecho (o contrario derecho), es, pues, en todos los casos, en cuanto suceso que se desarrolla en el tiempo y en el espacio, sensiblemente perceptible, un trozo de la naturaleza y, en cuanto tal, determinado por leyes causales. Sólo que ese suceso, en cuanto tal, como elementos del sistema de la naturaleza, no es objeto de conocimiento específicamente jurídico y, de esta suerte, no constituye en general nada que sea derecho. Lo

que hace de ese acontecimiento un acto conforme a derecho (o contrario a derecho) no reside en su facticidad, en su ser natural, es decir, en su ser determinado por leyes causales, encerrado en el sistema de la naturaleza, sino el sentido objetivo ligado al mismo, la significación con que cuenta. El acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a él con su contenido, que le otorga significación en derecho, de suerte que el acto puede ser explicitado según esa norma<sup>437</sup>.

Esto significa que la dimensión jurídica de un acontecimiento perceptible a través de los sentidos no se encuentra entre los elementos esenciales del fenómeno *per se*. Lo que permite juzgar que el fenómeno adquiere “naturaleza jurídica” es la existencia de la norma vinculante que así lo prescriba.

El culto a la ley por parte del practicante del Derecho obedece a que en la norma encuentra el cristal a través del cual contemplar los fenómenos externos, para dilucidar su relevancia o irrelevancia jurídica. La norma es para él lo que el estetoscopio para el médico. Por esta razón la ejecución de la sanción debe quedar en manos del criminólogo, cuya técnica de trabajo es la observación, teniendo a la experiencia como brújula.

El Derecho penal es eminentemente objetivo, por ello el artículo 168 del CFPP exige al ministerio público investigador ejercer acción penal sólo cuando pueda acreditar: “El conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en caso de que la descripción típica lo requiera”.

No compartimos la opinión de Octavio Orellana Wiarco, cuando dice:

---

<sup>437</sup> Cfr. KELSEN, Hans. *op. cit.* p. 17.

“La esmerada preparación que el Juez llegue a tener en el campo jurídico, no le bastará para imponer la pena adecuada no sólo al delito, sino más importante, la necesidad para lograr su rehabilitación, lo que es precisamente (sic) el resorte de la Criminología, que se convierte en pilar de una verdadera justicia individual y social”<sup>438</sup>.

La ideología de readaptación social es un triunfo para la ciencia y el progreso social en aras de la civilidad; pero el causalismo criminológico no puede entrometerse en la noción de justicia sin alterarla, porque retribuir no significa socorrer.

La noción de justicia no incluye la observancia de las particularidades más subjetivas de la personalidad del individuo. Si admitimos con *Justiniano* que justicia es: “*Constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*”<sup>439</sup>, no podemos colegir que al delincuente pasional deba aplicársele un tratamiento en externación por que en la especie no revele (subjetivamente) probabilidad de reincidencia.

La reacción ante el sufrimiento provocado por la conducta de otro, es en el hombre un instinto; mas ese instinto debe ser moderado, graduado, destilado a través del manto de la justicia. Tal moderación implica el triunfo de la razón sobre el instinto y, por ende, la ratificación del ser humano como ente virtuoso. Así, la justicia representa un valor. Es valor en cuanto guía al hombre a regir su andar dentro de la senda del bien. Toda persona, aun siendo ajena a la materia, desea y aspira a lo justo (a pesar de que no siempre actúe conforme a su noción personal de justicia). Ese sentimiento que lo impulsa a exigir lo que considera justo para sí o para otro, brota de la noción innata del merecimiento. El merecimiento se

---

<sup>438</sup> Cfr. ORELLANA Wiarco, Octavio. “Sistemas de Justicia y Criminalidad. La Constitucionalidad de los Estudios Criminológicos Interdisciplinarios”. *MEMORIA DEL PRIMER CONGRESO NACIONAL DE CRIMINOLOGÍA*. Colegio de Criminología. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UANL. Sociedad Mexicana de Criminología. México. 1983. p. 284.

<sup>439</sup> Cfr. JUSTINIANO. *Instituciones... op. cit.* Título I. *De justitia et jure*.

explica, como concepto abstracto, en la sentencia que ordena dar a cada cual lo que le corresponda por sus actos: mal por mal, bien por bien.

Esta noción bifronte (instinto y valor) emana de la dualidad natural que converge en el ser humano. Es un animal instintivo: posee reacciones naturales como la conservación, el regimiento de la vida con base en el principio de placer, el egoísmo como preferencia de sí mismo frente a las cosas y ante los semejantes. Dice Filippo Gramática que existen también sentimientos que pueden inducir al hombre al sacrificio del egoísmo, de las propias libertades y, por lo tanto, al sentido del altruismo y a la máxima expresión del bien, especialmente la religión y el amor. Pero también son sentimientos que empujan al hombre a alcanzar un beneficio propio, un goce superior después de la muerte, por una necesidad espiritual, e incluso un goce en la vida, y, por ello, en cierto sentido, se hallan en función de una utilidad egoísta<sup>440</sup>.

Es un ente pensante: tiene su intelecto, que le proporciona la capacidad, más o menos cierta, de distinguir entre el bien y el mal; sus valores; su interés por aspirar a lo bueno en cuanto es bello. Hay quienes sostienen que en la sociedad existe un elemento de cohesión subjetivo denominado “conciencia colectiva”. Si admitimos esa tesis, entonces el “súper yo” social tendría que ser la ley, como la más fiel expresión de la moral mínima de un pueblo.

Siendo instintiva la reacción ante un sufrimiento a mano de tercero, y crueles las conductas que tal impulso bravío lo ha orillado a cometer, el hombre trata de matizar sus contestaciones. El intelecto le ha permitido ordenar cronológicamente el devenir de sus ancestros, de tal forma que el hombre es un ente incardinado en la historia, en su paso por el mundo. Ese archivo de conciencia le informa que sus semejantes han cometido los más reprobables crímenes, tratando de redimir otros sufridos en carne propia, de menor escala. La empatía, como sentimiento desarrollado, le aconseja no hacer a otro lo que no desea que a él le hagan.

---

<sup>440</sup> Vid. GRAMÁTICA, Filippo. *op. cit.* p. 44.

Ante estas contradicciones internas, el hombre se descubre como un ser cuya dualidad lo hace único en el mundo. Comprende que gobernar sus instintos de venganza lo lleva al terreno de la virtud, que es la práctica reiterada de los valores. Entre esos valores conoce la justicia y comprende que actuar conforme a ella es obedecer a la razón que lo eleva por encima del resto de los seres vivos y lo ratifica como ente superior, en cuanto es capaz de regir su propio destino y aspirar a lo bello de la mano de la virtud.

Basada en el merecimiento la noción de la justicia, no es factible encontrar a un sacerdote de la justicia aplicando un bien a quien ha cometido un mal. Debe graduar la retribución en términos de ley, en cuanto ésta significa el medio para buscar el valor que modera a la pasión. Justicia es dar a cada cual lo que le corresponde (merecimiento); no dar a cada cual que requiere (readaptación).

A pesar de la imposibilidad apuntada, por razones de civilidad, humanismo y ciencia, la resocialización debe reconocerse como un fin de la pena con igual jerarquía que los demás. Fin que, por cierto, es el único previsto expresamente en el Pacto Federal.

Para poder tener como meta, tanto el preso como el técnico penitenciario, la readaptación social, es indispensable que ésta sea posible. No nos referimos a que la aplicación de las ciencias concernidas surta o no resultados. No dudamos de su efectividad, pues la hemos conocido. Decimos que para rehabilitar socialmente a un sujeto, es menester devolverle físicamente a la sociedad después de suministrado el tratamiento. Si por la prolongada duración de la condena el preso nunca dejará de serlo, el esfuerzo resultará estéril.

La metodología de la pena en su etapa ejecutiva consta de dos pasos: (1) readaptar; (2) reinsertar. El primero es el medio para llegar al segundo, que es el fin. Si el segundo no podrá alcanzarse por la prolongada duración de la condena o

por que la ley niega el derecho a la libertad por méritos, el primero no tendrá sentido.

Por esta razón Antonio Beristáin Ipiña afirma:

(Pretender) "...que un condenado a veinte años de cárcel sepa desde el primer día que, haga lo que haga, no saldrá a la calle en todo ese tiempo... sería una estructura injusta, un delito de *lege ferenda*. Y una norma absurda. Sí, absurda porque tal calificativo merece la norma que se opone a lo que determinan todos los Códigos Penales democráticos sin excepción: la libertad condicional"<sup>441</sup>.

Un gobierno no puede autocalificarse de democrático por el solo hecho de emanar de elecciones populares, cuando el poder lo ejerce con leyes dictadas durante regímenes autoritarios. La propia pena mina sus fines, se auto-limita, hace imposible su mandato final. Al reducir todo el ámbito de la prevención general a la acción cómoda de incrementar las penas, el legislador produce el efecto multiplicador de elevar la retribución en la fase judicial.

Si elevar la penalidad abstracta fuera la forma de disminuir el índice de criminalidad, esto significaría que el índice delictivo sería inversamente proporcional al índice de reacción social. Mientras más alto fuera el segundo, más bajo sería el primero. Ejemplo:

Ley antes de la reforma

Número de delitos	1555
Intensidad de la pena	555
Resultado de restar al primero la segunda:	1000 delitos

---

<sup>441</sup> Cfr. BERISTÁIN Ipiña, Antonio. *Futura Política Criminal en las Instituciones de Readaptación Social. (Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad)*. Secretaría de Gobernación. México. 1999. p. 327.

Número de delitos	1555
Intensidad de la pena	777
Resultado de restar al primero la segunda:	778

La primera cifra representa hipotéticamente el número de delitos que se cometen. La segunda representa el grado de intensidad de la pena. El resultado reflejaría una disminución en la comisión de delitos, gracias a la disuasión legislativa. Lamentablemente en esta proposición lógica (falsa) se pasa por alto una variable: la impunidad.

Lo único que se consigue con esta lógica legislativa es desproporcionar la retribución en la fase judicial, pues su intensidad ya no guarda relación con la gravedad del ilícito, al evidenciar un reflejo condicionado producido por el incremento en la comisión de cierta clase de delitos. Esto produce que la ley desestime a la justicia, convirtiéndola, de instrumento para conseguir distribución proporcional de premios y castigos, en bayoneta represiva.

Esta antilogía es lo que hemos llamado *desequilibrio penológico*. Se asemeja a la artrosis que ataca las coyunturas óseas, porque anquilosa las articulaciones que existen entre cada etapa de la pena. La misma sanción se anula, como una serpiente que se devora a sí misma, y al preso que lleva adentro.

Recibir una pena de setenta años de prisión es mayor sufrimiento que beber de la cicuta socrática, porque el contenido de la segunda es a un mismo tiempo daño y alivio, debido a la velocidad de su efecto. En cambio, la prisión perpetua implica sufrir día a día, segundo a segundo, hasta que el corazón deje de latir.

Anulada la pena por sí sola, continúa casi virgen el campo de la prevención general positiva y devastado, en muchas veces, el de la readaptación social. El campo de la retribución siempre ha estado nublado por la babélica sombra de la



impunidad. De esta forma, el remedio pensado por el legislador para decrecer el número de delitos se ha convertido en enfermedad para el ya de por sí sintomático sistema penitenciario, convertido en la adumbración del Derecho penal.

Los efectos negativos del desequilibrio penológico, en los términos anotados, se puede representar como sigue:

+Disuasión	+Retribución	-Readaptación social
Legislativa	Judicial	Ejecutiva

Para que la pena pueda cumplir cabalmente sus fines en cada una de sus fases, es menester que exista una equivalencia, sólo posible si el legislador los pondera todos al momento de redactar o reformar la ley.

Los centros de readaptación social se rigen con leyes dictadas por el Estado; se encuentran en territorio nacional; ejercen un presupuesto adjudicado mediante la Ley de Egresos; operan bajo el imperio de la Constitución Política del país, por tanto son parte de la sociedad. Forman parte del deber del Estado de procurar el bien común, porque ésa es su finalidad primera y última<sup>442</sup>.

No puede pretender hacer el bien para la sociedad con la solitaria y adusta acción de segregar a quien hizo un mal. El preso también forma parte del deber del gobierno. Sigue sujeto al pacto social, aunque haya inobservado alguna de sus cláusulas. ¿O acaso tener suspendidos los derechos que le distinguen como ciudadano implica dejar de ser sujeto de Derecho? Tiene derecho a la educación, al trabajo, a la libertad de expresión, a la petición pacífica y respetuosa, al *non bis in idem*, al debido proceso legal, al principio de legalidad, a la libertad religiosa, etc. Quien recluye a un individuo en prisión para olvidarse de él, como se encierra a un animal bravío, viola la principal cláusula del contrato social: *la fraternidad*.

---

<sup>442</sup> “Cuando el poder lo usufructúa la mayoría de la colectividad, resulta la forma pura de la democracia si ese poder favorece a todos por igual”. Cfr. TENA Ramírez, Felipe. *op. cit.*, p. 89.

¿Cómo puede privilegiarse la libertad individual con el más drástico de sus antónimos: el claustro perpetuo nutrido por la desesperanza? Al reo no sólo se le restringe el derecho natural (libertad) que le resulta indispensable para ser feliz; además se le priva de la aspiración a recuperarlo. Así, se le despoja su razón para seguir existiendo: la esperanza.

Un sistema penal basado en la crueldad y en la desesperanza no es democrático, porque en la doctrina internacional contemporánea se considera que el respeto a los derechos humanos es la base de las instituciones. La cultura de la observancia a las prerrogativas fundamentales es la extremidad en donde se le toma el pulso al grado democrático de un gobierno.

El Estado tiene la legitimación inicial que el pueblo le concede para ejercer monopólicamente el *ius puniendi*, mas no para aniquilar la esperanza de libertad a un reo, so pretexto de que éste ha violado el pacto social en sus cláusulas más importantes, porque ese pacto le ha excluido de sus beneficios. En estas circunstancias, aplicar al disidente todo el rigor de la ley, implica hacer efectivo en su contra un contrato que es unilateral, al imponerle únicamente gravámenes, sin recibir beneficio alguno a cambio<sup>443</sup>, y no es así como funciona el contrato social hobbesiano y sobre el cual se erige el liberalismo renovado.

Al autor de un delito se le estigmatiza socialmente como “delincuente”, como si la comisión de un sólo acto lo definiera de por vida. En todo caso, a quien otorga limosna por una sola vez debiera considerársele filántropo y premiársele. Es difícil el tema de la distinción entre lo bueno y lo malo; no existe una línea limítrofe entre ambos conceptos. El ejemplo que hemos dado de filantropía estaba antaño prohibido por el Reglamento de la Ley Represiva de la Vagancia, de marzo 3 de 1828, bajo pena de 25 pesos de multa, a quien diera limosna a mendigos<sup>444</sup>. Por esta razón, la distinción entre el bien y el mal no puede dejarse al arbitrio de

---

<sup>443</sup> “La democracia es... el gobierno de todos para beneficio de todos”. Cfr. Tena Ramírez, Felipe. *op. cit.*, p. 98.

<sup>444</sup> Vid. MACEDO, Miguel S. *op. cit.* p. 256.

los ciudadanos. Debe ser establecida, bien o mal, pero establecida, en la ley, pues su definición, su discriminación cierta y clara, es por sí sola un bien, en cuanto genera certidumbre bajo el amparo del principio de taxatividad.

Si la gravedad de la pena ya no guarda proporción con la del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, entonces su imposición se basa únicamente en la prevención especial negativa. Prescribir sanciones por hasta setenta años de cárcel es una decisión simplista (aunque de consecuencias muy complicadas) con la que el Estado encierra al sujeto tanto tiempo como sea posible para olvidarse de él, como quien, careciendo del valor para matar a una bestia indómita, decide acorralarla lo más que pueda, hasta reducir su radio de acción a cero, lejos de su alcance, dejándola encerrada hasta que muera. Si tiene larga vida, entonces la alimentará todo ese tiempo, pero nunca la dejará salir porque no le conviene, porque es feliz sin ella, porque así no le da problemas.

Veamos lo que dice la exposición de motivos del Código Civil de 1928, sobre el significado de la solidaridad social, como nuevo elemento de cohesión:

“Nuestro actual Código Civil, producto de las necesidades económicas y jurídicas de otras épocas, elaborado cuando dominaba en el campo económico la pequeña industria y en el orden jurídico un exagerado individualismo, se ha vuelto incapaz de regir las nuevas necesidades sentidas y las relaciones que, aunque de carácter privado, se hallan fuertemente influenciadas por las diarias conquistas de la gran industria y por los progresivos triunfos del principio de solidaridad social. Para transformar un Código Civil en el que predomina el criterio individualista, en un Código Privado Social, es preciso reformarlo sustancialmente, derogando todo cuanto favorece exclusivamente el interés particular con perjuicio de la colectividad, e introduciendo nuevas disposiciones que armonicen el concepto de solidaridad”.

A manera de colofón, expresamos la necesidad de que la pena sea calculada, desde su inclusión en un código penal, atendiendo los tres fines a que sucesivamente sirve, o en atención a sus efectos cualitativos, si se prefiere.

El dador de normas debe tomar en cuenta que el efecto disuasivo sólo es la antesala de la residencia; comprender que así como la antesala no es la residencia completa, el efecto disuasivo no es la pena entera, sólo su inicio. Gracias a que, desde el punto de vista jurídico, el problema se produce por la impunidad genérica, no existen todavía tantos presidios que resulten más poblados que muchas ciudades del país.

Se trata de proyectar la pena de manera tal que sus fines se concatenen según el uso vaya variando, porque es innegable que el uso de la pena varía según la situación jurídica del sujeto.

Esta concatenación se obtiene mediante la congruencia que debe existir entre la graduación del mal que habrá de retribuirse y la valoración del mal cometido, pero siempre dentro de un parámetro en cuyos límites de su mínima y máxima expresión habite privilegiadamente la idea de que el preso viene de la sociedad para regresar a ésta.

Las reglas de la individualización judicial de la pena pueden ser consideradas como el punto de equilibrio o el puente de plata de la equivalencia penológica. La razón por la que afirmamos que la segunda fase debe ser el fiel de la balanza, en exclusión de las otras, es que la pena debe estar asociada con la noción de justicia, y la proporcionalidad es el equilibrio entre disuadir y readaptar.

Entendida la pena como una institución jurídica progresiva o dinámica frente a la conducta típica, la representación de la equivalencia penológica sería la siguiente:

-Disuasión  
Legislativa

-Retribución  
Judicial

+Readaptación social  
Ejecutiva

Con este esquema nos referimos al acto legislativo. No estamos sosteniendo que el juez deba aplicar siempre la sanción mínima. Los signos de menos (-) que hemos utilizado para anteceder a las palabras “disuasión” y “retribución”, significan la intensidad de la reacción social.

## **V. Concepción Dinámica de la Pena**

A la luz de nuestro sistema jurídico, la pena debe cumplir fines de prevención general, retributivo o de justicia y de prevención especial positiva, o de resocialización. Ya la Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Restrictivas de Libertad del Estado de Sinaloa del 24 de mayo de 1973, había dispuesto, en su artículo 3: “La ejecución de las sanciones privativas y restrictivas de libertad tiene por objeto el cumplimiento de un mandamiento emanado de autoridad jurisdiccional y la readaptación social y educativa del interno”.

Pero no son fines que a un mismo tiempo la sanción deba cumplir; se suceden según la fase que se proyecte frente al individuo. Ahora desarrollaremos nuestra *concepción dinámica de la pena*, procurando que su grado de abstracción la vuelva aplicable a todos los casos concretos.

Según lo vimos líneas arriba, el artículo 51 del CPF, dispone: “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*”.

Menciona tres fines: (1) justicia; (2) prevención general; y (3) prevención especial. Cuando dice: “los fines de justicia”, se refiere a la retribución con base en el merecimiento. Así lo denotan las fracciones del artículo 52.

La prevención general orbita en torno a la idea de la evitación del delito en el seno social. Se trata de intimidar a terceros con el espectáculo del sufrimiento ajeno. Pero, como hemos sostenido, es sólo un efecto accesorio. La noción de prevención especial puede ser negativa y positiva. La primera se anima en poner a la sociedad a salvo de un nuevo ataque, y se cumple manteniendo al criminal en cautiverio. La segunda es igual a readaptación social. La prevención punitiva sucede en la etapa judicial, la prevención especial se dinamiza en la ejecución.

Para explicar la concepción dinámica de la pena, recurriremos a un ejemplo de merecho mercantil. Imaginemos que dos personas celebran un contrato bilateral. Las partes lo suscriben para pasar por él en todo momento. Si uno de ellos falta al *pacta sunt servanda*, su contraparte tiene la acción para comparecer a juicio y exigir las consecuencias legales que devienen de su inobservancia. El contrato es una base de certeza jurídica para las partes, en la medida en que define los pormenores de la relación mercante, como triunfo ante la incertidumbre que implicaría la ausencia del contrato escrito. También sirve de documento base de la acción para el acreedor insatisfecho.

Obteniendo la parte actora sentencia favorable, la literalidad del contrato servirá de fundamento para fijar los términos de la ejecución, de acuerdo a lo estipulado por la cláusula o cláusulas de interés, como lo podría ser el pacto de una pena convencional. De esta manera, para el acreedor insatisfecho, el contrato significó (sucesivamente) ventajas diversas que no hubiera poseído con tanta claridad de no haber formalizado la relación de tráfico mediante tal acto jurídico. Fue fuente de Derecho, puesto que fijó derechos y obligaciones para sus signantes; constituyó la base de la acción de la parte actora; y además, definió el sentido, alcance y pormenores para la ejecución.

No son fines que el contrato tiene a un mismo tiempo, pero sí son ventajas que otorga a las partes. Estas ventajas son las que buscan los celebrantes mediante su firma; lo formalizan por la facultad de previsión que poseen. Es una

manera de brindar certeza jurídica a un acto de comercio y una protección para ambos.

Es la misma facultad previsora del ser humano la que motiva al Estado a legislar con base en preceptos generales y abstractos, determinando además, una sanción penal para quien cometa una conducta prohibida en la ley. La pena tiene así, como primer fin: otorgar seguridad al ciudadano. El contrato: brindar a las partes el aterrizaje de los términos de la operación mercante. El contrato les proporciona seguridad en cuanto implica crear normas particulares para su relación. También sirve como documento base en un juicio, a cuya literalidad el juez deberá ceñirse para la condena y la ejecución.

La pena también proporciona seguridad a los ciudadanos en cuanto establece normas de conducta, disipando la bruma que podría generar la inexistencia de Derecho escrito. Garantiza que el juez ciña su decisión en los mínimos y máximos que la ley establece. Su fin es disuasivo, de la misma forma que puede serlo la firma de un contrato con penalidades previstas para la parte que deliberara infringirlo. La pena es retributiva, en la medida en que el contrato lo es. El segundo se basa en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, por lo tanto, es bilateral o unilateral por acuerdo, pero siempre basado en la idea de proporcionar a cada cual lo que le corresponda conforme a lo convenido, con los límites establecidos por las leyes de tráfico. La pena es retributiva en cuanto implica dar a cada uno lo que merece por su conducta en sociedad.

El fin readaptatorio de la pena no puede expresarse mediante el símil del contrato, por el carácter humanista de su ejecución; sin embargo sí podemos decir que es en la relación Estado-individuo donde se origina el efecto, que deviene irremisiblemente de la violación de una cláusula del contrato. El juez ordenará la ejecución de la cláusula penal pues, no obstante haberse pactado el cumplimiento de una obligación, el delincuente incumplió.

El contrato mercantil puede ser nominado o innominado, unilateral o bilateral, traslativo de dominio, de posesión, conmutativo, aleatorio; de la misma manera que la pena puede ser: pecuniaria, restrictiva de libertad, privativa de libertad, alternativa, conjuntiva. Tanto el contrato como la pena poseen fines distintos según las circunstancias en que se aproveche por el acreedor su formalidad y por el Estado su fijación en la ley. Antes del delito: disuadir y dar seguridad; antes de la contravención del contrato: disuadir y dar seguridad. Cometido el delito: retribuir; después de la inobservancia al contrato: impetrar su cumplimiento por la vía legal. Después de la sentencia penal: readaptar; después de la sentencia mercantil: condenar el cumplimiento de la consecuencia pactada en la pena convencional, entre otros conceptos.

Así, la pena no puede contemplarse como un ente mono-teleológico, sin dar la espalda al Derecho positivo. La dogmática penal se ha dedicado a construir teorías para: (1) justificar el uso del *ius puniendi*, con el objetivo de orientar el uso de ese poder (defensa social, restablecimiento del orden jurídico, paz social); (2) explicar qué fines puede cumplir la pena de prisión (absolutas, relativas, mixtas); (3) orientar las decisiones del juez (teoría del margen de libertad, teoría de la pena exacta, teoría del valor del empleo). Estas finalidades son científicamente válidas y prácticamente importantes, pero no logran poner en equilibrio los objetivos a que la pena sirve.

El conjunto de fines que la pena cumple, uno a uno, debe concebirse como un sistema. Tal idea nos conducirá hacia la representación de un conjunto de elementos interdependientes.

La ausencia de una teoría de contrapesos favorece a que se sitúen los tres fines en un plano unidimensional, uno sobre otro, formando una línea vertical con estructura jerárquica. En esta figura gráfica, la disuasión ocupa el punto más elevado, situándose por encima de los otros dos fines; la retribución proporcional



ocupa el segundo nivel; finalmente, la ejecución readaptatoria se coloca en el punto más bajo de la línea.

Esta ordenación vertical no obedece realmente a la preeminencia de un objetivo sobre los otros. Los fines tienen idéntico peso y valor. El orden vertical se debe al momento cronológico en que cada fin se realiza. Como primero se procura el fin disuasivo, a éste se le ubica en el punto más alto de la línea recta. Como la retribución proporcional es el segundo momento cronológico de la sanción, se le sitúa entre los otros dos fines. La ejecución readaptatoria es posible sólo agotados los primeros dos objetivos, por esa razón ocupa el punto más bajo de la línea.

El orden cronológico no es razón suficiente para utilizar un plano unidimensional en el que se jerarquicen los tres fines primordiales de la sanción privativa de libertad. Con la concepción dinámica de la pena, proponemos las bases de una teoría que logre la coexistencia armónica de los tres objetivos, sin necesidad de que la preeminencia de uno socave la consecución de otro.

Para la elaboración de esa teoría necesitamos algo más que volver horizontal la línea vertical. Debemos pasar de un esquema mental unidimensional a otro tridimensional. Así como los protones, neutrones y electrones coexisten en el átomo, cada uno surcando su propia órbita, los tres fines de la pena pueden subsistir, lográndose lo que aquí llamamos *equivalencia penológica*.

Hemos falsado la proposición derivada número 6, que dice: “El Derecho penal se limita con principios liberales como, entre otros, el de proporcionalidad”.

## CONCLUSIONES

### Conclusión de corte histórico:

**Única:** La prisión, contrario a la opinión dominante, no nació del reclamo iluminista en contra de la pena capital ejecutada en público y con suplicios. El tránsito del sistema feudal al capitalista, la deflación demográfica producto de guerras y pestes, el nacimiento de la libertad como derecho hasta entonces inédito en una sociedad estamental, la necesidad de mano de obra por parte de la burguesía emergente, fueron factores todos que hicieron conveniente inclinar la balanza a favor del encierro y no de la muerte, más que por compasión, por avaricia.

El humanismo en realidad fue utilitarismo, y el valor “dignidad” que los conservadores han querido izar en el primigenio mástil carcelario, se descubre como valor “mercantil”. Así se explica por qué la prisión, desde su inicio, estuvo asociada con el trabajo forzado.

### Conclusiones que aplican al México del tiempo presente.

**Primera:** La proposición derivada número 1, que dice: “El Derecho penal tiene por objeto cumplir el valor *justicia*, dando a cada cual lo que merece según sus actos”, es falsa.

**Segunda:** La proposición derivada número 2, que dice: “El Derecho penal existe para lograr la convivencia armoniosa de los individuos con igualdad jurídica, supliendo además la *vindicta privata* por la moderación de los castigos”, es falsa.

**Tercera:** La proposición derivada número 3, que dice: “El *ius puniendi* se legitima por los fines programáticos, democráticos, elevados e imparciales, que el Estado busca con su ejercicio”, es falsa.

**Cuarta:** La proposición derivada número 4, que dice: “La pena de prisión es legítima por el hecho de que la cárcel donde ésta ha de ejecutarse, funciona para procurar la reinserción social de un semejante”, es falsa.

En México, hoy día, el poder punitivo es ilegítimo, pues no cumple ni se dirige hacia el cumplimiento de sus fines programáticos. Debe, entonces, reorientarse con los principios de un Derecho penal liberal, tales como: *ultima ratio*, proporcionalidad, inocencia y reinserción social.

**Quinta:** La proposición derivada número 5, que dice: “La reinserción social del condenado es un derecho humano de máxima jerarquía”, es falsa.

Si “sobreinterpretamos” el derecho a la readaptación social como límite al acto legislativo tendremos entonces, implícitamente, que el principio de proporcionalidad encuentra resquicio en la Constitución. De manera que el legislador estará impedido para crear normas contrarias al Código Político Fundamental. Con este razonamiento podría construirse un Derecho penal liberal. (Hasta hoy inexistente en México, a pesar de sus principios rectores como el de culpabilidad).

El principio de proporcionalidad ordena que la sanción sea equivalente, correspondiente, exacta, racional, “justa” con el delito (daño) cometido. Obliga a guardar paridad entre el mal hecho y el mal a hacer. Hoy día existen delitos que prevén penas más altas que otros, a pesar de que estos últimos protejan bienes de mayor entidad o valor. Por ejemplo, el robo de vehículo en vía pública puede ser penado con una sanción más grave que el homicidio simple intencional. Este fenómeno es lo que Bobbio llama *antinomía de valoración*:

“...se presenta cuando una norma castiga un delito menor con una pena más severa que la prescrita para un delito mayor. Es claro que en este caso no existe una antinomia en sentido propio, porque las dos normas, la que castiga el delito más grave con una pena menor y

la que castiga el delito menos grave con una pena mayor, son perfectamente compatibles. En este caso no se debe hablar de antinomia sino de injusticia. Antinomia e injusticia tienen en común que ambas dan lugar a una situación que requiere una corrección; pero la razón para corregir la antinomia es diferente de la que se invoca para corregir la injusticia. La antinomia produce incertidumbre; la injusticia produce desigualdad, y, por tanto, en los dos casos la corrección obedece a dos valores diversos: en un caso al valor del orden y en el otro al valor de la igualdad<sup>445</sup>.

Siendo la proporcionalidad sustancia de la justicia penal, tenemos que en esta materia lo justo es lo equivalente, lo correspondiente; la reacción social que, representada en la pena pública, guarda paridad con el acto motivador. Estamos entonces ante la dimensión de la readaptación social como derecho humano y ante las posibilidades de la justicia en el ámbito penal. ¿Será posible desentendernos de un asunto tan relevante para todo Estado Constitucional, so pretexto de que el Constituyente veló por la proporción de la multa pero no por la proporción de la vida sin libertad? Por ello, Manuel de Lardizábal y Uribe ya decía:

“...entre la pena y el delito debe haber cierta igualdad a cuya regulación contribuyen todas las circunstancias que constituyen la naturaleza del delito... esta igualdad es la que llamamos proporción entre la pena y el delito, y la que es absolutamente necesaria, por ser el alma y el principal nervio de toda buena legislación criminal, la cual, faltándole esta proporción, se destruirá por sí misma, a manera de un vasto edificio, en el cual los pesos menores se cargasen sobre las más fuertes columnas y los más enormes sobre las más débiles”<sup>446</sup>.

La proporcionalidad es para el Derecho penal lo que el temple para el hierro de la buena espada, máxime cuando las posibilidades de sus fines preventivo-

---

<sup>445</sup> Cfr. BOBBIO, Norberto. Teoría General... *op. cit.* p. 190.

<sup>446</sup> Cfr. LARDIZÁBAL y Uribe, Manuel de. *op. cit.* p. 18.

generales dependen de la correspondencia delito-sanción. Así lo dice el filósofo de Tlaxcala:

“La razón misma dicta que el delito grave se castigue con más severidad que el leve. Si la ley no hace esta justa distinción en las penas, los hombres tampoco harán diferencia entre los delitos, y de esta injusta igualdad resulta una muy singular contradicción, la cual es que las leyes tengan que castigar delitos, que ellas mismas han ocasionado, a la manera de Domiciano refiere Zonáras, que imponía la pena de adulterio a las mujeres de que él mismo había abusado”<sup>447</sup>.

Si la ley penal tiene por objeto desmotivar la comisión de conductas tipificadas como delitos y tal desaliento es procurado a través de la amenaza de castigo, pero esa amenaza de castigo promete mayores sufrimientos para el latrocinador que para el homicida; parecerá claro que ante la imposibilidad de extinguir los delitos, el legislador ha preferido los homicidios que los robos.

Con nuestra propuesta podría construirse una teoría de la proporcionalidad penal, que establezca una tabla de referencia penológica. La importancia del bien jurídico tutelado sería el criterio orientador de la penalidad para cada delito. De manera que el juez no sea el único actor obligado a graduar de manera proporcional su decisión, sino también el legislador. Mientras esto no suceda, la Corte seguirá fomentando la inflación punitiva, cuyo límite será la muerte: todo lo que sea menos grave que la muerte será constitucional.

En efecto, si la Corte siguiera utilizando este criterio para medir la dimensión del derecho “readaptación social”, no podría declarar inconstitucional una reforma que en el catálogo de sanciones penales incluyera la pena de trabajos forzados, al ser ésta menos grave que la de muerte.

---

<sup>447</sup> Cfr. LARDIZÁBAL y Uribe, Manuel de. *op. cit.* p. 19.

**Sexta:** La proposición derivada número 6, que dice: “El Derecho penal se limita con principios liberales como, entre otros, el de proporcionalidad”, es falsa.

La dogmática penal ha enfocado todo su esfuerzo a la segunda de las tres fases de la pena. Desde esa ubicación intermedia, pretende interpretar la voluntad del legislador y ponderar, accesoriamente, si la sanción puede cumplir fines de prevención especial positiva. Esta visión sesgada limita sus posibilidades exploratorias, al no poder orientar el acto legislativo de modo que su adecuada realización permita la adecuada realización de los fines distributivo y readaptatorio.

Buscar la voluntad del legislador es orientar las prácticas judiciales, pero no hacer ciencia. Es hacer apología de la norma escrita y teorizar la voluntad ajena.

La teoría de la equivalencia penológica que proponemos aspira a elevarse de nivel, ubicándose por encima de la dogmática penal teorizante y del acto legislativo inconsulto, para procurar orientar al acto orientador de decisiones judiciales y poner en equilibrio los fines sucesivos de la pena.

En el siguiente esquema exponemos la secuencia cronológica de los tres fines principales de la pena de prisión:<sup>448</sup>

---

<sup>448</sup> Esquema vertical y unidimensional.

Disuasión

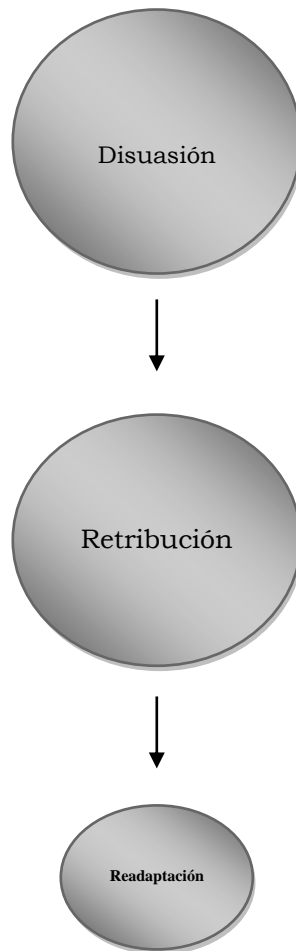


Retribución



Readaptación

Si continuamos utilizando un pensamiento vertical, unidimensional y atemporal, para confrontar la pena con sus fines, a la vez que por falta de creatividad (o de conocimiento) se reduce el ámbito de la prevención general al solo acto legislativo, la armonía que debe existir entre los objetivos de la sanción estará perdida. En efecto, el incremento legislativo del *quantum* de la sanción (punibilidad) genera, como efecto dominó, el incremento de la pena en su etapa judicial (punición). El incremento de la pena en su etapa judicial provoca la disminución de las probabilidades fácticas de readaptación social (readaptabilidad), como lo exponemos a continuación:<sup>449</sup>



---

<sup>449</sup> Consecuencias lógicas generadas por el empleo del esquema horizontal y unidimensional.



De esta conclusión puede derivarse la proposición lógica siguiente:

$$+D = +R = -RS$$

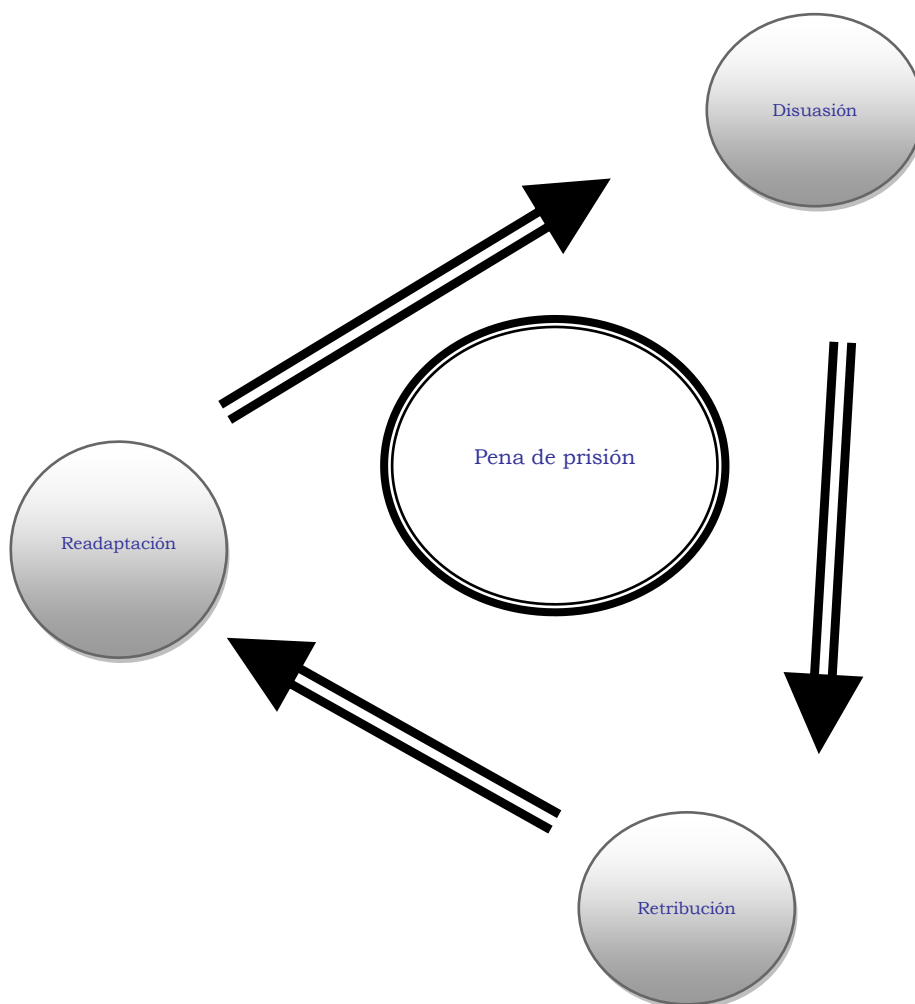
En esta proposición, cada variable representa un estado de cosas<sup>450</sup>. La variable “D” representa “Disuasión”. La “R” simboliza “Retribución”. “RS” quiere decir “Readaptación Social”. Dos son las consecuencias lógicas del acto legislativo formulado en estos términos: (1) al incrementar el marco legal de la pena obliga al juzgador a individualizar una sanción desproporcionada; o lo que es lo mismo: orilla al juez a aplicar la sanción menos injusta; (2) disminuye las probabilidades fácticas de la readaptación social, en la medida en que prolongue el cautiverio.

El esquema de pensamiento tridimensional que proponemos es un sistema donde las distintas esferas que orbitan en torno al núcleo se comunican entre sí. Mas esta acción comunicativa no es parcial de modo que la disuasión, por ejemplo, cuide su armonía con respecto a la retribución, independientemente de la readaptación social. Por el contrario, cada fin es contrapeso de los otros dos y todos poseen el mismo peso específico en el ámbito donde gravitan:<sup>451</sup>

---

<sup>450</sup> “Representan enunciados que describen estados de cosas o procesos que pueden o no darse (continuar) en un momento determinado o en una ocasión determinada. Estos enunciados están **abiertos**, es decir, las proposiciones que expresan no son “en sí mismas” verdaderas o falsas, sino que adquieren un valor de verdad cuando se asocian a una determinación individualizada, especial y/o temporal”. Vid. WRIGHT, George Henrik von. *Normas, Verdad y Lógica*. 2ª ed. Trad. ALARCÓN Cabrera, Carlos. Distribuciones Fontamara. México. 2001. p. 27.

<sup>451</sup> Esquema tridimensional donde a cada esfera le es asignada una órbita específica, evitando la colisión y consecuentemente la disminución del peso de una o dos, con el derivado incremento de otra.



La equivalencia de pesos permite la obtención de un equilibrio que garantiza las probabilidades intrínsecas de conquista que posee cada objetivo en su respectivo ámbito espaciotemporal. Esto es: (1) que la pena legislativa desmotive; (2) que la pena judicial retribuya proporcionalmente; y (3) que la pena ejecutiva readapte.

Si la pena es la medida de la culpabilidad, su proporcionalidad fáctica será la dimensión de la justicia penal, en cuanto que en esta materia aquel valor inasible y etéreo adquiere corporeidad a través de la graduación judicial.

**Séptima:** La pena prisional ha perdido su legitimidad, pues no cumple con los fines programáticos que justificarían, racionalmente, el uso de la violencia estatal.

**Octava:** El incremento de las penas no disminuye el índice de criminalidad porque no influye en la etapa del *iter criminis* denominada “deliberación”, pero sí dificulta la resocialización del sentenciado: fin único que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos otorga al sistema penitenciario en cuanto a la sanción prisional se refiere.

**Novena:** Las variables “tasa de encarcelamiento” y “tasa de delitos” son independientes. El número de presos no depende del número de delitos, sino de las criminalizaciones primaria y secundaria (política criminal).

**Décima:** La dimensión constitucional del derecho a la reinserción social es de máxima jerarquía; su naturaleza jurídica es de libertad, y su titular es el individuo, no la sociedad. Se traduce en el derecho a recuperar la libertad.

**Décimo Primera:** La reforma de 3 de marzo de 2008 al artículo 22 de la Constitución Federal deja intocada la libertad con que cuenta el legislador para elevar el marco legal de las penas, propiciando así la inflación punitiva que, a su vez, ocasiona *desequivalencia penológica*.

**Décimo Segunda:** Los tres principales fines de la pena de prisión (disuadir, retribuir y reinsertar) no conviven armoniosamente, de modo que todos puedan cumplirse sucesivamente. El incremento del fin “disuasión”, genera que la retribución resulte desproporcionada negativamente y que el fin “reinserción” tenga pocas probabilidades fácticas.

**Décimo Tercera:** Para resolver el problema de la *desequivalencia penológica* es necesario construir una teoría que, partiendo del principio de

proporcionalidad, logre armonizar los tres fines principales a que la pena de prisión sirve.

**Décimo Cuarta:** En materia penal, en la misma medida en que se logre la observancia del principio de proporcionalidad se conseguirá cumplir con el valor “justicia”. Si justicia es dar a cada cual lo que le corresponde, al agente corresponde recibir una pena exacta, proporcionada, equivalente al daño cometido y a su grado de culpabilidad. Así tenemos que en materia de individualización de la pena, lo “justo” es lo que no sobra ni falta. La dosimetría de la pena, en sus tres etapas (legislativa, judicial y ejecutiva) sólo podrá conseguirse con una teoría basada en el principio de proporcionalidad.

## PROPUESTAS

**Primera:** En el sistema jurídico mexicano debe existir un límite constitucional máximo para el acto legislativo relacionado con la duración de la pena prisional.

**Segunda:** Mientras en el sistema jurídico mexicano no exista un límite constitucional máximo para la duración de la pena de prisión, los tribunales de amparo y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deben reconocer la existencia del *principio de prohibición legislativa sobre pena prisional excesiva*.

**Tercera:** En una Constitución de principios, existen principios explícitos e implícitos. Los explícitos se encuentran previstos de manera literal o evidente. Los implícitos se deducen de la interpretación armónica, sistemática y dinámica de los principios constitucionales. Así, de la existencia del principio de prohibición de legislación e imposición de pena de multa excesiva (artículo 22), se deduce, a mayoría de razón, la existencia del principio de prohibición legislativa y judicial de pena prisional excesiva.

**Cuarta:** Si bien, a la luz del artículo 14 constitucional, en el Derecho penal existe el principio de prohibición de interpretación a mayoría de razón, éste debe considerarse circunscrito a los casos en que tal clase de interpretación origine un perjuicio al acusado. Por el contrario, cuando la interpretación de un principio constitucional se realice a mayoría de razón, de tal suerte que por esta vía se extienda o dilate un derecho humano, la interpretación a mayoría de razón debe considerarse no sólo lícita, sino debida.

**Quinta:** Adoptar una interpretación exegética de la Constitución ha impedido que los tribunales de amparo extiendan el principio de prohibición de pena de multa excesiva para proteger al acusado frente a la pena de prisión excesiva. Sin embargo, adoptar el mismo método de interpretación para determinar el significado y los alcances de la garantía de reinserción social, obligaría a estos

órganos jurisdiccionales a resolver que, constitucionalmente, la cárcel, tratándose de ejecución de penas, sólo tiene un fin, a saber: reinserción social. En efecto, estarse a la letra del artículo 18 de la CPEUM, impediría considerar que la cárcel cumple diversos propósitos que están implícitos en su naturaleza: custodiar al procesado, custodiar al condenado, evitar la reincidencia, etc.

Es necesario construir una teoría constitucional penológica y penitenciaria. Con la interpretación extensiva se lograría, además de favorecer al gobernado en cada caso y extender los derechos humanos, una congruencia mínima a partir de la cual, eventualmente, se construya la referida teoría, que permita un mínimo de predecibilidad de las decisiones judiciales.

**Sexta:** En la doctrina mexicana se deben reorientar los estudios sobre teoría de la pena, considerando que ésta cumple fines sucesivos. La ordenación cronológica de los objetivos punitivos, permitiría desarrollar un constructo teórico que imprima legitimidad a la pena.

**Séptima:** Los argumentos lógico-jurídicos que aquí proponemos para la construcción de la *teoría de la equivalencia penológica*, han de considerarse fundamentales o principales. Sobre ellos deben colocarse otros intermedios que incluyan la gradación de los delitos con base en su gravedad. Frente a esta escala, podría situarse otra donde aparezcan las sanciones penales ordenadas según su gravedad. Sólo así se lograría evitar la *antinomía de valoración*, pues el principio de proporcionalidad, hastaahora formal, podría materializarse en la praxis.

**Octava:** El constructo que se necesita debe tener por piedra angular al principio de proporcionalidad, siendo preciso que éste abarque los tres momentos de la pena: legislativo, judicial y ejecutivo.

## BIBLIOGRAFÍA

AFTALIÓN, Enrique R., VILANOVA, José y RAFFO, Julio. *Introducción al Derecho*. 4ª ed. Editorial Abeledo-Perrot. Argentina. 2004.

AGUDELO Ramírez, Martín. *El Poder Político. Su Fundamento y sus Límites desde los Derechos del Hombre. Una Aproximación a la Filosofía del Poder en la Obra de Norberto Bobbio*. Temis. Colombia. 2006.

ÁLVAREZ Ramos, Jaime. *Justicia Penal y Administración de Prisiones*. Porrúa. México. 2007.

ANDER-EGG, Ezequiel. *Introducción al Trabajo Social*. 2ª ed. Siglo Veintiuno Editores. España. 1996.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Historia de los Pensamientos Criminológicos*. Prol. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Editores del Puerto. Argentina. 2005.

ANIYAR DE CASTRO, Lolita. "El Triunfo de Lewis Carrol". En: VVAA. ELBERT, Carlos Alberto (Coord.). *La Criminología del Siglo XXI en América Latina*. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. s.a.

ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. 17ª ed. Porrúa. Col. "Sepan Cuantos...". México. 1998.

BÁEZ Soto, Oscar. *Inflación Penal, Determinismo Criminal y Segregación. La Inutilidad de la Propuesta Readaptadora ante la Nueva Emergencia del Criminal Genéticamente Determinado*. Editorial Ubijus. México. 2008.

BAIGÚN, David y otros. (Coords.). *De las Penas. Homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti*. Presentación de: ZAFFARONI, Eugenio R. Editorial Depalma. Argentina. 1997.

BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico-Penal*. Trad. BÚNSTER, Álvaro. Siglo Veintiuno Editores. Argentina. 2002.

\_\_\_\_\_ *Criminología y Sistema Penal. Compilación in Memoriam*.  
ELBERT, Carlos Alberto. (Dir.). BELLOQUI, Laura. (Coord.). Editorial B de F. *Memoria Criminológica*. Argentina. 2004.

BARRITA López, Fernando A. *Prisión Preventiva y Ciencias Penales*. 2ª ed. Porrúa. México. 1992.

BENTHAM, Jeremy. 1975. "De la Medida de las Penas y de las Calidades que deben Tener". En: *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*. Secretaría de Gobernación. No. 16. México.

BERGALLI, Roberto, BUSTOS Ramírez, Juan y MIRALLES, Teresa. *El Pensamiento Criminológico. Un Análisis Crítico*. Temis. T. I. Colombia. 1983.

BERISTÁIN Ipiña, Antonio. *Futura Política Criminal en las Instituciones de Readaptación Social. (Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad)*. Secretaría de Gobernación. México. 1999.

BERNALDO de Quirós, Constancio. *Lecciones de Derecho Penitenciario*. Textos Universitarios. UNAM. México. 1953.

BLACK, Antony. *El Pensamiento Político en Europa, 1250-1450*. Trad. CHUECA Crespo, Fabián. Cambridge University Express. España. 1996.



BOBBIO, Norberto. *Estado, Gobierno y Sociedad. Por Una Teoría General de la Política*. Trad. FERNÁNDEZ Santillán, José F. Fondo de Cultura Económica. México. 1989.

\_\_\_\_\_ *La Teoría de las Formas de Gobierno en la Historia del Pensamiento Político*. 2ª ed. Trad. FERNÁNDEZ Santillán, José F. Fondo de Cultura Económica. México. 2001.

\_\_\_\_\_ *Teoría General del Derecho*. 2ª ed. Trad. GUERRERO R., Jorge. Temis. Colombia. 2005.

BONNECASE, Julien. *Introducción al Estudio del Derecho*. 2ª ed. Trad. GUERRERO, Jorge. Temis. Colombia. 2000.

CARBONELL, Miguel. (Editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Trad. ALLEGUE, Pilar. 2ª ed. Trotta. España. 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *Cómo Nace el Derecho*. Trad. SENTÍS Melendo, Santiago y AYERRA Redín, Marino. Temis. Colombia. 2007.

CARRANCÁ y Rivas, Raúl. *Código Penal Anotado*. 23ª ed. Porrúa. México. 2002.

CARRANZA, Elías. (Coord.). *Justicia Penal y Sobrepopulación Penitenciaria. Respuestas Posibles*. Trad. s.n. 2ª ed. Siglo Veintiuno Editores. México. 2007.

CARRARA, Francesco. *Derecho Penal*. Obra compilada y editada. Trad. s.n. Editorial Pedagógica Iberoamericana. Col. Clásicos del Derecho. México. 1995.

\_\_\_\_\_ *Programa del Curso de Derecho Criminal Dictado en la Real Academia de Pisa. Parte Especial*. Trad. s.n. Editorial Depalma. Vol. I. T. III. Argentina. 1945.

CASERO Martínez, Antonio. *Análisis Estadístico en Psicopedagogía*. Editorial Palma. España. 2006

CASSIRER, Ernst. *Filosofía de la Ilustración*. 3ª ed. Trad. ÍMAZ, Eugenio. Fondo de Cultura Económica. México. 1972.

CASTEL, Robert. *La Metamorfosis de la Cuestión Social. Una Crónica del Salariado*. Trad. PIATIGORSKY, Jorge. Paidós. España. 1997.

CESANO, José Daniel. *Estudios de Derecho Penitenciario*. Editorial Ediar. Argentina. 2003.

CESARE BECCARIA. *Dei Delitti e Delle Pene*. Editore Einaudi. Italia. 1994.

CHOMSKY, Noam. *Cómo Mantener a Raya a la Plebe*. Entrevistas por: BARSAMIAN, David. Trad. VERICAT Núñez, Isabel. 2ª ed. Siglo Veintiuno Editores. México. 2002.

CHRISTIE, Nils. "Control de la Delincuencia en Europa y Norteamérica: Ejemplos que no Deben Seguirse". En VVAA. CARRANZA, Elías. (Coord.). *Justicia Penal y Sobre población Penitenciaria. Respuestas Posibles*. Trad. s.n. 2ª ed. Siglo Veintiuno Editores. México. 2007.

CHRISTIE, Nils. "El Delito no Existe". En: VVAA. S.n. *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*. Editores del Puerto. Argentina. 2005.

\_\_\_\_\_ *La Industria del Control del Delito. ¿La Nueva Forma del Holocausto?* 2ª ed. Prol. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Editores del Puerto. Argentina. 2003.

\_\_\_\_\_ *Una Sensata Cantidad de Delito*. Trad. ESPELETA, Celia y IOSA, Juan. Editores del Puerto. Argentina. 2004.

CISNEROS, José Luis. *¿Para qué Sirven las Prisiones? Nuevas Formas de Penalidad en el Estado de México*. Editorial elaleph.com. Col. Insumisos Latinoamericanos. Argentina. 2006.

CONGRESO DE LA UNIÓN. 1949. *Los Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*. 2ª ed. T. IV. Porrúa. México.

CONSEJO NACIONAL PARA LA CULTURA Y LAS ARTES. 1994. *Memorias de Porfirio Díaz*. T. II. México.

CUELLÓN Calón, Eugenio. *La Moderna Penología. (Represión del Delito y Tratamiento de los Delincuentes. Penas y Medidas. Su Ejecución)*. Casa Editorial BOSCH. España. 1958.

DAHRENDORF, Ralf. *El Recomezo de la Historia. De la Caída del Muro a la Guerra de Irak*. Trad. MÁRISCO, Griselda. Editorial KATZ. Argentina. 2006.

DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia. De la Teoría General del Derecho, de las Decisiones e Interpretaciones de los Jueces y de la Integridad Política y Legal como Clave de la Teoría y Práctica*. Trad. FERRARI Claudia. Editorial Gedisa. España. 1988.

ELBERT, Carlos Alberto (Coord.). *La Criminología del Siglo XXI en América Latina*. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 1999.

ELSTER, Jon. *Rendición de Cuentas. La Justicia Transicional en Perspectiva Histórica*. Trad. ZAIDENWERG, Ezequiel. Editorial Katz. Argentina. 2006.

FEIJOO Sánchez, Bernardo. *Retribución y Prevención General. Un Estudio sobre la Teoría de la Pena y las Funciones del Derecho Penal*. Editorial B de F. Argentina. 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Trad. IBÁÑEZ Perfecto, Andrés y otros. Prol. CARBONELL, Miguel. Trotta. España. 2008.

\_\_\_\_\_ *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 7ª ed. Trad. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés y otros. Prol. BOBBIO, Norberto. Trotta. España. 2005.

FERRI, Enrico. *Sociología Criminal*. Trad. s.n. Valletta Ediciones. Argentina. 2006.

FEUERBACH, Anselm V. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. ZAFFARONI, Eugenio Raúl y HAGEMEIERS, Irma. (Traducción al castellano de la 14ª edición alemana). Editorial DEPALMA. Col. Criminalistas Perennes. V.I. Argentina. 1989.

FONTÁN Balestra, Carlos. *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. 16ª ed. Editorial Abeledo-Perrot. Argentina. s.d.

FOUCAULT, Michel. *Defender la Sociedad*. 2ª ed. Trad. PONS, Horacio. Fondo de Cultura Económica. México. 2002.

\_\_\_\_\_ *El Poder Psiquiátrico*. Trad. PONS, Horacio. Fondo de Cultura Económica. México. 2005.

\_\_\_\_\_ *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Trad. LYNCH, Enrique. Gedisa. España. 1978.

\_\_\_\_\_ *La Vida de los Hombres Infames*. Trad. VARELA, Julia y ÁLVAREZ-URÍA, Fernando. Editorial Altamira. Col. Caronte Ensayos. Argentina. 1996.

\_\_\_\_\_ *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión.* Trad. GARZÓN DEL CAMINO, Aurelio. Siglo Veintiuno Editores. Argentina. 2002.

FRIEDRICH NIETZSCHE. *Genealogía de la Moral.* 7ª ed. Trad. OVEJERO Maury, Eduardo. Porrúa. Col. "Sepan Cuantos...". México. 2004.

GARCÍA García, Guadalupe Leticia. *Derecho Ejecutivo Penal. Análisis de la Aplicación de la Pena en México.* Porrúa. México. 2005.

GARCÍA Méndez, Emilio y BELOFF, Mary (Comps.). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina...* 2ª ed. Prefacio: FERRAJOLI, Luigi. Temis Ediciones Depalma. T. I. Colombia. 1999.

GARCÍA Ramírez, Efraín. *Compendio de Leyes Penales Federales.* Editorial Sista. México. 2001.

GARCÍA Ramírez, Sergio. *Legislación Penitenciaria y Correccional Comentada.* Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1978.

\_\_\_\_\_ *Manual de Prisiones. (La Pena y la Prisión).* 4ª ed. Porrúa. México. 1998.

GARCÍA, Luis M. *Reincidencia y Punibilidad. Aspectos Constitucionales y Dogmática Penal desde la Teoría de la Pena.* Editorial Astrea. Argentina. 1992.

GARCÍA-MOLINA Riquelme, Antonio M. *El Régimen de Penas y Penitencias en el Tribunal de la Inquisición de México.* Universidad Nacional Autónoma de México. Serie: "Doctrina Jurídica". Núm. 17. México. 1999.

GARCÍA-PABLOS de Molina, Antonio. *Criminología. Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos.* 5ª ed. Editorial Tirant lo Blanch. España. 2005.

GARLAND, David. *Castigo y Sociedad Moderna. Un Estudio de Teoría Social*. 2ª ed. Trad. RUIZ DE LA CONCHA, Berta. *Siglo Veintiuno Editores*. México. 1999.

\_\_\_\_\_ *Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*. Trad. SOZZO, Máximo. Gedisa. España. 2005.

\_\_\_\_\_ *Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences*. Sage Pubns. United States of America. 2001.

GAROFALO, R. *Criminología. Estudio sobre el Delito y la Teoría de la Represión*. Trad. DORADO Montero, Pedro. Ángel Editor. México. 1999.

GODWIN, W. *An Enquiry Concerning Political Justice, Its Influence, General Virtue and Happiness*. T. I. London. 1798.

GOFFMAN, Ervin. *Estigma. La Identidad Deteriorada*. Trad. GUINSBERG, Leonor. Editorial Amorrortu. Argentina. 1970.

GRAMATICA, Fillipo. *Principios de Defensa Social*. Editorial Montecorvo. Trad. s.n. España. 1974.

GROSSI, Paolo. *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Trad. MARTÍNEZ Neira, Manuel. Trotta. España. 2003.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Edición y presentación de CARBONELL, Miguel. Distribuciones Fontamara. Col. Doctrina Jurídica Contemporánea. México. 2001.

HASSEMER, Winfried. *Por qué no debe Suprimirse el Derecho Penal*. INACIPE. México. Col. "Conferencias Magistrales". 2003.

HEGEL. *Filosofía del Derecho*. 2ª ed. Trad. MENDOZA de Montero, Angélica. Intro. KARL MARX. Ediciones Casa Juan Pablos. México. 1986.

HEGGLIN, María Florencia. *Los Enfermos Mentales en el Derecho Penal. Contradicciones y Falencias del Sistema de Medidas de Seguridad*. Editores del Puerto. Col. Tesis Doctoral. Argentina. 2006.

HENTIG, Hans von. *La Pena. Las Formas Modernas de Aparición* Trad. RODRÍGUEZ Devesa, José María. T. II. Editorial Espasa-Calpe. España. 1968.

HÖFFE, Otfried. *Derecho Intercultural*. Trad. SEVILLA, Rafael. Gedisa. Col. Estudios Alemanes. España. 2008.

HOWARD, John. *El Estado de las Prisiones en Inglaterra y Gales*. Trad. CALDERÓN, José Esteban. Estudio Introductorio: GARCÍA Ramírez, Sergio. Fondo de Cultura Económica. México. 2003.

JAKOBS, Günther, POLAINO Navarrete, Miguel y LÓPEZ Betancourt, Eduardo. *Función de la Pena Estatal y Evolución Dogmática Post-Finalista. (Estudios de Derecho Penal Funcionalista)*. Trad. POLAINO-ORTS, Miguel. Porrúa. México. 2006.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. 2ª ed. Trad. CUELLO Contreras, Joaquín y SERRANO González de Murillo, José Luis. Editorial Marcial Pons. España. 1997.

JAREBORG, Nils. "Criminalization as Last Resort. (Ultima Ratio)". En: *Ohio State Journal of Criminal Law*. V. II. *United States of America*. 2005. p. 532.

JIMÉNEZ de Asúa, Luis y ONECA, Antón. *Derecho Penal Conforme al Código de 1928*. Editorial Reus. España. 1929.

JUSTINIANO. *INSTITUCIONES DE JUSTINIANO*. 2ª ed. Trad. MÉLQUIADES Pérez, Rivas. Edición bilingüe. Editorial Heliasta. Argentina. 2005.

KARL MARX. *El Capital*. Trad. ROCES, Wenceslao. Fondo de Cultura Económica. L.I. México. 1959.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 12ª ed. Trad. VERNENGO, Roberto J. Porrúa. México. 2002.

GARRIDO, Luis (Prol.) PORTE Petit, Celestino (Notas). *La Reforma Penal Mexicana. Proyecto de 1949*. Editorial Ruta. México. 1951.

LAMNEK, Siegfried. *Teorías de la Criminalidad*. 5ª ed. Trad. CARRIL, Irene del. Siglo Veintiuno Editores. México. 2002.

LARDIZÁBAL y Uribe, Manuel de. *Discurso sobre las Penas*. Prol. PIÑA y Palacios, Javier. Porrúa. México. 2005. Edición facsimilar de la primera edición publicada en Madrid, España, en 1782.

LEA, John. *Delito y Modernidad. Nuevas Argumentaciones en la Criminología Realista de Izquierda*. Trad. PIOMBO, Alejandro. Ediciones Coyoacán. Col. Alter Libros. México. 2006.

LEVIN, Jack. *Fundamentos de Estadística en la Investigación Social*. 2ª ed. Trad. VALLE, Vivián del. Harla. México. 1979.

LISZT, Franz Von. *La Idea del Fin del Derecho Penal*. Trad. s.n. Themis. Colombia. 1998.

LOMBROSO, Cesare. *Los Criminales*. Trad. s.n. Editorial Leyer. Colombia. 2005.



LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. 2ª ed. Trad. TORRES Nafarrate, Javier. Herder. España. 2005.

\_\_\_\_\_ *Introducción a la Teoría de los Sistemas*. Trad. s.n. Universidad Iberoamericana. Col. Teoría Social. México. 1996.

\_\_\_\_\_ *Sociedad y Sistema: La Ambición de una Teoría*. Trad. LÓPEZ Petit, Santiago y SCHMITZ, Dorothee. Paidós. Col. Pensamiento Contemporáneo. España. 1990.

LUZÓN Peña, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Universitat. T. I. España. 1996.

MAGUIRE, Mike y otros. *Manual de Criminología*. 2ª ed. Trad. APARICIO Vázquez, Arturo. Oxford. México. 2002.

MALO Camacho, Gustavo. *Derecho Penal Mexicano*. 4ª ed. Porrúa. México. 2001.

MAQUIAVELO. *El Príncipe*. 3ª ed. Trad. s.n. Editorial del Valle de México. México. 1997.

MARCHIORI, Hilda. *El Estudio del Delincuente. Tratamiento Penitenciario*. 4a ed. Porrúa. México. 2002.

MATHIESEN, Thomas. *Juicio a la Prisión. Una Evaluación Crítica*. Trad. ZAMUNER, Amanda. ProI. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Editorial Ediar. Argentina. 2003.

MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo. *Cárcel y Fábrica. Los Orígenes del Sistema Penitenciario. (Siglos XVI-XIX)*. 4ª ed. Trad. MASSIMI, Javier. Siglo Veintiuno Editores. México. 2003.

MELOSSI, Dario. *El Estado del Control Social. Un Estudio Sociológico de los Conceptos de Estado y Control Social en la Conformación de la Democracia*. Trad. MUR Ubasart, Martín. Siglo Veintiuno Editores. México. 1992.

MÉNDEZ Paz, Lenin. *Derecho Penitenciario*. Oxford. México. 2008.

MENDOZA Bremauntz, Emma. *Derecho Penitenciario*. McGraw Hill. México. 1999.

MERKEL, Adolf. *Derecho Penal. Parte General*. Trad. DORADO Montero, Pedro. Editorial B de F. Col. Maestros del Derecho Penal. No. 13. Argentina. 2004.

MEZGER, Edmund. *Teoría de la Pena*. Trad. s.n. Editorial Leyer. Col. Clásicos del Derecho. Colombia. 2005.

MIR Puig, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. Editorial B de F. Argentina. 2006.

MOCCIA, Sergio. *El Derecho Penal entre Ser y Valor. Función de la Pena y Sistemática Teleológica*. Trad. BONANNO, Antonio. Editorial B de F. Col. Maestros del Derecho Penal. Argentina. 2003.

MOMMSEN, Theodor. *Derecho Penal Romano*. Trad. DORADO Montero, Pedro. Temis. Colombia. 1976.

MONTESQUIEU. *El Espíritu de las Leyes*. Trad. s.n. Colección "Sepan Cuantos..." Porrúa. México. 1998.

MORO, Tomás. *Utopía*. Trad. RUTIAGA, Luis H. Editorial Tomo. Col. "Filosofía". México. 2000.

MUÑOZ Conde, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Temis. Col. Monografías Jurídicas. No. 98. Colombia. 2004.

NAUCKE, Wolfgang y otros. *Principales Problemas de la Prevención General*. Trad. ABOSO, Gustavo Eduardo y LÖW, Tea. Editorial B de F. Argentina. 2004.

NAUCKE, Wolfgang. *Derecho Penal. Una Introducción*. Trad. GERMÁN Brond, Leonardo. Astrea. Argentina. 2006.

NEUMAN, Elías. *La Ausencia del Estado*. Porrúa. México. 2007.

\_\_\_\_\_ *Prisión Abierta. Una Nueva Experiencia Penológica*. Porrúa. México. 2006.

NÚÑEZ Torres, Michael. *La Capacidad Legislativa del Gobierno desde el Concepto de Institución. El Paradigma de Venezuela y España*. Porrúa. Universidad Autónoma de Nuevo León. Universidad Iberoamericana. 2006.

OJEDA Velázquez, Jorge. *Derecho de Ejecución de Penas*. 2ª ed. Porrúa. México. 1985.

ORELLANA Wiarco, Octavio Alberto. *La Individualización de la Pena de Prisión*. Porrúa. México. 2003.

\_\_\_\_\_ "Sistemas de Justicia y Criminalidad. La Constitucionalidad de los Estudios Criminológicos Interdisciplinarios". *MEMORIA DEL PRIMER CONGRESO NACIONAL DE CRIMINOLOGÍA*. Colegio de Criminología. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UANL. Sociedad Mexicana de Criminología. México. 1983.

ORWELL, George. *Rebelión en la Granja*. Trad. ABELLA, Rafael. Ediciones Destino. España. 2006.

PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación. Teorías Criminológicas Burguesas y Proyecto Hegemónico*. 8ª ed. Trad. MUÑAGORRI, Ignacio. Siglo Veintiuno Editores. México. 2003.

PAVÓN Vasconcélos, Francisco. *Derecho Penal Mexicano*. 11ª ed. Prol. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Porrúa. México. 1994.

PEÑALOZA, Pedro José. *¿Castigo sin Prevención? Crisis del Modelo de Seguridad Pública en México*. Porrúa. México. 2007.

\_\_\_\_\_. *Pena de Muerte. Mitos y Realidades*. Porrúa. México. 2004.

PONT, Luis Marco Del. *Derecho Penitenciario*. Cárdenas Editor. México. 1984.

PORTE PETIT, Caundaudap, Celestino. *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal*. 17 ed. Porrúa. México. 1998.

POUND, Roscoe. *Justicia Conforme a Derecho*. Trad. s.n. Editorial Colofón. México. 1995.

RAMÍREZ Delgado, Juan Manuel. *Penología. Estudio de las Diversas Penas y Medidas de Seguridad*. 3ª ed. Porrúa. México. 2000.

REYNOSO Dávila, Roberto. *Teoría General de las Sanciones Penales*. Porrúa. México. 1996.

RIGHI, Esteban. *Teoría de la Pena*. Editorial Hammurabi. Argentina. 2001.

RIVACOBBA y Rivacoba, Manuel de. *Función y Aplicación de la Pena*. Depalma. Argentina. 1993.

RIVERA Beiras, Iñaki. (Coord.). *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas*. Editorial Anthropos. Col. Autores, Textos y Temáticas. Ciencias Sociales. España. 2005.

\_\_\_\_\_ *La Cuestión Carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria. Prólogo I: PAVARINI, Massimo. Prólogo II: BERGALLI, Roberto*. Editores del Puerto. Argentina. 2006.

RIVERA Montes de Oca, Luis. *Juez de Ejecución de Penas. La Reforma Penitenciaria del Siglo XII*. 2ª ed. Prolog. CARRANZA, Elías. Porrúa. México. 2008.

RODRÍGUEZ Manzanera, Luis. *Criminología Clínica*. Porrúa. México. 2005.

\_\_\_\_\_ *La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión*. Porrúa. México. 1998.

\_\_\_\_\_ *Penología*. 4ª ed. Porrúa. México. 2004.

ROSS, Alf. *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*. 3ª ed. Trad. CARRIÓ, Genaro R. y otros. Distribuciones Fontamara. Col. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. México. 1997.

\_\_\_\_\_ *Sobre el Derecho y la Justicia*. Trad. s.n. 3ª ed. Editorial Eudeba. Argentina. 2005.

\_\_\_\_\_ *Teoría de las Fuentes del Derecho. Una Contribución a la Teoría del Derecho Positivo sobre la Base de Investigaciones Histórico-Dogmáticas*. Trad. MUÑOZ DE BAENA SIMÓN, José Luis y otros. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Col. El Derecho y la Justicia. España. 1999.

RAMOS Arteaga, Elena. *La Individualización Judicial de la Pena. Teoría y Práctica*. Porrúa. México. 2009.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Trad. MUÑOZ Conde, Francisco. Editorial Reus. España. 1981.

\_\_\_\_\_ *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Trad. LUZÓN Peña, Diego-Manuel. Editorial Civitas. T. I. España. 1996.

\_\_\_\_\_ *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*. Trad. ABANTO Vásquez, Manuel. Editorial Grijley. Perú. 2007.

\_\_\_\_\_ *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Trad. LUZÓN Peña, Diego-Manuel. Editorial Reus. España. 1976.

RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y Estructura Social*. Trad. GARCÍA Méndez, Emilio. Temis. Colombia. 2004.

RUSCONI, Maximiliano. "¿Un Sistema de Enjuiciamiento Influido por la Política Criminal?". En: VVAA. S.n. *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*. Editores del Puerto. Argentina. 2005.

SABINE, George H. *Historia de la Teoría Política*. 3ª ed. Trad. HERRERO, Vicente. Fondo de Cultura Económica. México. 1994.

SÁNCHEZ Gil, Rubén. *El Principio de Proporcionalidad*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2007.

SANZ Mulas, Nieves. *Alternativas a la Prisión. Su Viabilidad en las Legislaciones Centroamericanas, Española y Mexicana*. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México. 2004.

SCHERER García, Julio. *Máxima Seguridad*. Editorial Nuevo Siglo Aguilar. México. 2001.

SCHMILL, Ulises. *El Debate sobre Mitilene. La Justificación de las Penas*. Editorial Verdehalago. México. 1998.

SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN. *UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL. MEMORIA SINTÉTICA DE LA PRIMERA CONVENCION NACIONAL*. Serie Jurídica No. 1. México. 1937.

SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría Constitucional del Delito*. 2ª ed. Prol. VIRGOLINI, Julio. Editores del Puerto. Argentina. 2007.

SMITH, Adam. *Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones*. 2ª ed. Trad. FRANCO, Gabriel. Fondo de Cultura Económica. México. 1958.

STRATENWERTH, Günter. *¿Qué Aporta la Teoría de los Fines de la Pena?* Trad. SANCINETTI, Marcelo A. universidad Externado de Colombia. Serie: Cuadernos de Conferencias y Artículos. No. 8. Colombia. 1996.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Las Siete Partidas del Sabio Rey*. Partidas IV, V y VII. México. 2004.

TAVIRA, Juan Pablo de. *¿Por qué Almoloya?* Editorial Diana. México. 1984.

TAYLOR, Ian, WALTON, Paul y Young, Jock. *La Nueva Criminología. Contribución a una Teoría Social de la Conducta Desviada*. 2ª ed. Trad. CROSA, Adolfo. Editorial Amorrortu. Argentina. 2001.

TENA Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. 27ª ed. Porrúa. México. 1993.

THOMAS HOBBS. *Leviatán. O la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*. 2ª ed. Trad. SÁNCHEZ Sarto, Manuel. Fondo de Cultura Económica. México. 1980.

\_\_\_\_\_ *Tratado sobre el Ciudadano*. Trad. RODRÍGUEZ Feo, Joaquín. Trotta. Col. Clásicos de la Cultura. España. 1999.

VILLARREAL Palos, Arturo. *Culpabilidad y Pena*. 2ª ed. Porrúa. México. 2001.

VILLORO Toranzo, Luis. *De la libertad a la Comunidad*. Editorial Ariel. Cuadernos de la Cátedra Alfonso Reyes del Tecnológico de Monterrey. México. 1999.

VIRGOLINI, Julio E.S. *La Razón Ausente. Ensayo sobre Criminología y Crítica Política*. Prol. PAVARINI, Massimo. Editores del Puerto. Argentina. 2005.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva*. 2ª ed. Trad. MEDINA Echavarría, José y otros. Fondo de Cultura Económica. México. 1964.

\_\_\_\_\_ *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*. Trad. LEGAZ Lacambra, Luis. Terramar Ediciones. Col. Caronte Ensayos. Argentina. 2006.



WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Derecho Material*. Trad. GONZÁLEZ Vicen, Felipe. Editorial B de F. Argentina. 2005.

WRIGHT, George Henrik von. *Normas, Verdad y Lógica*. 2ª ed. Trad. ALARCÓN Cabrera, Carlos. Distribuciones Fontamara. México. 2001.

ZABALA Dealba, Luis Eduardo. "Los Derechos Fundamentales ante el (Neo) Constitucionalismo. En: VVAA. TORRES Estrada, Pedro. (Comp.). *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*. Editorial Limusa. Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey. México. 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. Porrúa. México. 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología. Aproximación desde un Margen*. Temis. Colombia. 2003.

\_\_\_\_\_ *El Enemigo en el Derecho Penal*. Editorial Ediar. Argentina. 2007.

\_\_\_\_\_ *En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimación y Dogmática Jurídico-Penal*. Editorial Ediar. Argentina. 2003.

\_\_\_\_\_ *Origen y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal. (Lectio Doctoralis)*. Laudatio: ERBETA, Daniel. Editorial Ediar. Universidad Nacional de Rosario. Argentina. 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. 2ª ed. Trad. GASCÓN, Marina. Trotta. España. 2005.

\_\_\_\_\_ *Contro l' Etica della Verita´*. Editori Laterza. Italia. 2008.

\_\_\_\_\_ *Historia y Constitución*. Trad. CARBONELL, Miguel. Trotta. España. 2005.

ZARAGOZA Huerta, José. *Derecho Penitenciario Español*. Prol. GARCÍA Valdés, Carlos. Editorial Elsa G. de Lazcano. México. 2007.

\_\_\_\_\_ *El Sistema Penitenciario Mexicano*. Prol. GARCÍA Valdés, Carlos. Editorial Elsa G. de Lazcano. México. 2009.

**De la red electrónica:**

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. *Segundo Informe Especial sobre el Ejercicio Efectivo del Derecho Fundamental a la Seguridad Pública en Nuestro País. 2008. En:*  
<http://www.cndh.org.mx/lacndh/informes/espec/espec.htm>

FERÁÑDEZ Arévalo, Luis. *La Crisis del Sistema Penitenciario Español. Medidas Alternativas y Trabajo en Beneficio de la Comunidad*. p. 11. Versión electrónica en:  
<http://www.comisionesprisiones.es/modules>

<http://www.coneval.gob.mx>

<http://www.inegi.org.mx>

<http://www.visionofhumanity.orggpil/home.php>.

<http://www.workhouses.org.uk>

INSTITUTO ANDALUZ INTERUNIVERSITARIO DE CRIMINOLOGÍA. Sección de Málaga. Boletín Criminológico No. 53. Mayo-junio. 2001. En: <http://www.uma.es/estudios/propias/criminologia>.

MARTÍNEZ JASSO y VILLEZCA Becerra, Pedro A. 2003. La Alimentación en México: Un Estudio a Partir de la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares. En: *Notas: Revista de Información y Análisis*. No. 21. México. pp. 26-37. En:<http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/contenidos/articulos/sociodemograficas/alimento03.pdf>

Programa Nacional de Seguridad Pública 2008-2012. p. 16. En: <http://www.ssp.gob.mx/portalWebApp/ShowBinary?nodeId=/BEA+Repository/414002>.

**Anexo 1**  
**INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA SOBRE LOS VERDADEROS**  
**ALCANCES DELA PREVENCIÓN PUNITIVA**  
**(CASO EN NUEVO LEÓN)**

**I. Hipótesis**

En un sentido estrictamente lógico, la proposición descriptiva: “el incremento de las penas no disminuye los delitos” parece falsa. Un razonamiento lógico abstracto nos llevaría a la conclusión de que a mayores penas menos delitos. ¿Por qué no sucede de esta manera? La esterilidad de la pena para disminuir delitos es multifactorial, pero la investigación debe partir de la impunidad. Por lo demás, contestar a la pregunta “¿por qué no sucede de esta manera?” no fue objetivo de la investigación cuyos resultados aquí exponemos. Ésta se centró exclusivamente en demostrar que la elevación de las penas, en efecto, no disminuye los delitos.

Si el principio beccariano cobró carta de naturalización en la academia y se transmite por tradición, ¿cuál es la utilidad de esta investigación? El problema de la proposición descriptiva: “la gravedad de las penas no disminuye los delitos” es que no está comprobada. Es un dogma, no una verdad de ciencia. Este defecto, en buena medida, es lo que ha originado que haya sido abrigada sólo en el ámbito académico, sin encontrar acogida en la política legislativa. Se trata de un principio hijo de la Ilustración, que hoy requiere ser destilado a través del cedazo de la ciencia positiva.

El incremento de las penas no disminuye los delitos por no influir en el estadio del <i>iter criminis</i> llamado “deliberación”.
---

Explicación: La elevación de las penas, antes que una acción política es una reacción humana<sup>452</sup>. Esa reacción, naturalmente, deriva de un estímulo externo. Ese estímulo externo es el incremento de la criminalidad (presupuesto); es decir, que una clase de delito se cometa más que antes<sup>453</sup>. La reacción, como producto racional, tiene un fin o propósito. Ese fin o propósito es revertir el incremento de la criminalidad. El mensaje que el legislador quiere enviar a los destinatarios del Derecho penal es: “*crime does not pay*”<sup>454</sup>.

La práctica (política) legislativa consistente en la elevación de la penalidad para frenar delitos se incardina dentro de lo que en la teoría de la pena se conoce como “prevención general negativa”<sup>455</sup>. En el pensamiento del legislador el problema es el incremento de la criminalidad y la solución es la elevación de la sanción penal. Por “elevación” se entiende agravar el *quid*<sup>456</sup> o el *quantum*<sup>457</sup> de la pena, según el caso.

La penalidad, también llamada “marco penal legal”, representa una amenaza de castigo para quien delibere cometer una conducta prevista como delito en la ley penal. Si la penalidad es por naturaleza una amenaza, esa amenaza tiene como propósito disuadir o desmotivar a quien delibera cometer la conducta típica. Se trata de una ruta de pensamiento cuyos orígenes se remontan al año 1801, cuando Anselm V. Feuerbach acuñó el concepto “coacción

---

<sup>452</sup> En la Penología se le conoce como “reacción social”. Sobre la reacción social como respuesta a la conducta desviada negativamente, *Vid.* (1) RODRÍGUEZ Manzanera, Luis. *Penología*. 4ª ed. Porrúa. México. 2004. pp. 37 y ss. Sobre la reacción social jurídicamente organizada como pena, *Vid.* (2) RAMÍREZ Delgado, Juan Manuel. *Penología. Estudio de las Diversas Penas y Medidas de Seguridad*. 3ª ed. Porrúa. México. 2000. pp. 31 y ss.

<sup>453</sup> Si el acto legislativo no está precedido de la comprobación de la hipótesis que dice: “el índice delictivo va a la alza”, entonces el estímulo que genera la reacción no es el incremento del índice delictivo, sino la sensación de inseguridad. Así, se suple el conocimiento objetivo por el sensacionalismo.

<sup>454</sup> “El crimen no paga”.

<sup>455</sup> *Vid.* ROXIN, Claus. *La Teoría del Delito... op. cit.* pp. 78 y ss.

<sup>456</sup> Tipo o clase de sanción. Por ejemplo, si una conducta típica tenía prevista la sanción de multa, después del acto legislativo (reforma) se prevé la sanción de prisión. La reforma varía el *quid* de la pena al variar la naturaleza de ésta.

<sup>457</sup> Cantidad de la sanción. Por ejemplo, si una conducta tenía prevista una penalidad de 2 a 5 años de prisión, después del acto legislativo (reforma) se prevé otra penalidad de 5 a 10 años. La reforma varía el *quantum* de la pena, porque si bien sigue siendo la de prisión lo que aumenta es su intensidad o duración.

psicológica<sup>458</sup>. Y tal coacción psicológica sólo puede surtir efectos en la etapa del *iter criminis*<sup>459</sup> denominada “deliberación”<sup>460</sup>.

En la teoría del delito se ha estudiado analíticamente<sup>461</sup> la conducta típica, desde su gestación como idea hasta la consumación. Existe consenso en el foro en cuanto a que el *iter criminis* se compone de las fases siguientes:

Ideación: Surge en la mente del sujeto la idea criminal.

Deliberación: En la mente del agente, la idea criminal entra en conflicto con los valores morales introyectados.

Determinación: El sujeto toma la decisión de cometer el delito. Triunfa la idea criminal sobre los valores morales introyectados.

Medios preparatorios: El agente se hace de los instrumentos o crea las condiciones necesarias para la comisión del delito, pero se trata de actos que no integran elementos del tipo penal.

Medios ejecutivos: El sujeto pasa de la idea al acto, integrando los elementos del tipo penal.

Consumación: Todos los elementos del tipo penal se han integrado, produciéndose el resultado: destrucción del bien jurídico protegido<sup>462 463</sup>.

---

<sup>458</sup> Vid. FEUERBACH, Anselm V. *op. cit.* pp. 60 y ss.

<sup>459</sup> Camino hacia el delito.

<sup>460</sup> Obviamente el desistimiento puede suceder en otras fases del *iter criminis* (medios preparatorios, comienzo de ejecución) hasta antes de la consumación. Pero la etapa deliberativa es el receptáculo por excelencia de la amenaza de pena.

<sup>461</sup> Dividir el objeto de estudio en las partes que lo componen.

<sup>462</sup> Algunos autores agregan una fase después de la consumación: el agotamiento, pero en este trabajo no tiene relevancia.

<sup>463</sup> Vid. PAVÓN Vasconcélos, Francisco. *op. cit.* pp. 501-504.

En el estadio “deliberación” el código de valores del sujeto pugna con la idea criminal. Aquí, la amenaza de pena debe acudir al reforzamiento de los valores morales en forma similar a como un antibiótico fortalece los glóbulos blancos para combatir la enfermedad. En el pensamiento del legislador, el incremento de la penalidad (de la amenaza) será tanto como aumentar la dosis de antibiótico, para elevar las probabilidades de que el sistema inmunológico venza a la enfermedad.

La comparación de la pena con el antibiótico funciona sólo para demostrar el pensamiento del legislador, no para describir la realidad. La medida en que la amenaza de pena funcione para disuadir a quien delibera cometer un delito será la medida de la prevención punitiva.

La metáfora del antibiótico no funciona para describir la realidad porque la amenaza de pena no actúa en la mente del agente de la misma manera como lo hace el antibiótico en el organismo. Éste refuerza al sistema inmunológico aun cuando el paciente no conozca la fórmula del fármaco suministrado ni cómo funcione en su cuerpo. Lo único que necesita es que la medicina, en efecto, se introduzca en su torrente sanguíneo.

En cambio, la amenaza de pena no funciona si el sujeto que delibera no conoce la penalidad prevista en la ley penal. Si el agente no conoce la amenaza de pena entonces ésta no es para él una amenaza. El individuo que delibera puede saber que la conducta es delictiva sin necesidad de tener conocimientos de Derecho. Por educación, costumbre y tal vez influencia religiosa entiende, por ejemplo, que robar o matar está prohibido<sup>464</sup>. Pero de este conocimiento no se deriva el de cuál y cuánta pena puede recibir en caso de, en efecto, cometer la conducta punible.

---

<sup>464</sup> Salvo que se trate de delitos de “contenido ético no negativo”, o artificiales.

De cualquier forma el legislador aumenta la pena para aumentar la amenaza. Esta reacción (respuesta a un estímulo externo) tiene implícita la afirmación de que la pena es insuficiente para desmotivar a quien delibera cometer un delito. Lo que equivale a decir que la levedad de la pena es causa del crimen. Paradójicamente, el antibiótico se convierte en la enfermedad. En consecuencia, se incrementa la amenaza, con el propósito, según lo dicho, de que el indeciso se desista.

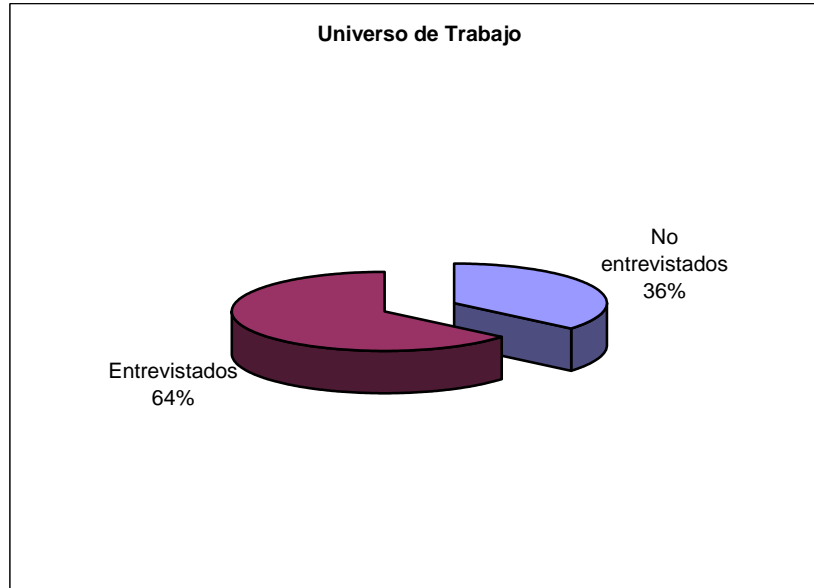
Si la amenaza de pena, por definición, puede cumplir con su propósito en la etapa de deliberación, para expulsar del ánimo del sujeto la idea criminal, entonces es necesario que él conozca la penalidad resultante del acto legislativo. Si el sujeto no conoce la penalidad, la reforma, como medio para prevenir el delito, habrá sido estéril en ese caso concreto. Ese desconocimiento equivaldrá a incrementar la dosis de antibiótico sin suministrarlo.

De esta suerte, aparece que la técnica de investigación correcta para comprobar la hipótesis es la entrevista. Por su naturaleza, el problema tiene que ser aprehendido casuísticamente. Debe analizarse caso por caso para conocer si el sujeto conocía o no la penalidad al momento de deliberar cometer el delito. De cada caso particular obtendremos datos que después habrán de arrojar un resultado cuantitativo.

## **II. Plan de Trabajo**

Decidimos entrevistar a los condenados que se encuentran compurgando una pena de prisión en el sistema penitenciario de Nuevo León. Al momento de iniciar la investigación (enero de 2007) los tres reclusorios estatales: Topo Chico, Apodaca y Cadereyta, albergaron 3 mil 125 reos ejecutoriados. De este universo pudimos entrevistar a 2 mil internos, cantidad equivalente al 64%:





Esta muestra representativa excluye a 1,125 reos condenados que se encontraban en el penal “Topo Chico”; lugar donde por razones de seguridad fue necesario suspender los trabajos al poco tiempo.

“Topo Chico” es el único centro que cuenta con un pabellón femenino. Suspender las entrevistas en ese lugar nos costó excluir a las mujeres en la aplicación de la prueba.

La técnica de entrevista se robusteció con la documental. Cada reo condenado cuenta con un “expediente administrativo único” que se instrumenta por la autoridad carcelaria. Ese expediente contiene información que podemos clasificar así:

(1) Jurídica: auto(s) de formal prisión, sentencia(s), toca(s) penal(es) en definitiva, sentencia(s) de juicio de amparo directo, etc.;

(2) Historia clínico-criminológica: vida familiar, social y laboral del reo; diagnóstico, pronóstico, tratamiento, etc.;

(3) Diagnóstico psicológico: factores psicológicos del crimen, rasgos de personalidad, reportes de terapia, evolución en el tratamiento, etc.;

(4) Diagnóstico social: familiograma, información sobre los grupos familiares primario y secundario, integración social, informe estadístico sobre visita íntima y familiar, etc.;

(5) Trayectoria laboral y educativa extra e intramuros: grado escolar, actividades educativas, recreativas, deportivas y culturales en prisión; trayectoria laboral en el exterior, actividades laborales en reclusión, días laborados, actitud y aptitud hacia el trabajo, etc.;

(6) Historial de conducta intramuros: correctivos disciplinarios; y,

(7) Estudio(s) de personalidad: síntesis criminológica con diagnóstico y pronóstico.

La información obtenida de la entrevista se valida con la colectada del expediente administrativo único, eliminándose así la probabilidad de incluir en la estadística cuantitativa datos aportados equívocamente por el entrevistado.

### **III. Interdisciplina e Instrumento Maestro**

El diseño de la investigación es autoría de nosotros. El financiamiento corrió a cuenta de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. En este trabajo participaron los profesores: Gerardo Amador Sotomayor, Macario Núñez Grapain y el autor, todos de la carrera en criminología. También trabajamos con personal técnico de los tres centros de readaptación social y con personal de la Unidad Técnica de la Subsecretaría de Administración Penitenciaria. El grupo interdisciplinario estuvo coordinado por el psicólogo y criminólogo Mario Alberto Loredó Villa y por nosotros.

El equipo que diseñó el instrumento se conformó por: Yanett Irrisón García, Dora Isabel Díaz Garcés, Raúl Ornelas Santos, Alma Rosa Solís Navarro, Flor Adriana Peña Garza, Rosalba González Peña, María Cristina Balderas Bravo, Antonia Belmares Rodríguez, Gerardo Amador Sotomayor, Macario Núñez Grapain, Mario Alberto Loredo Villa y Gerardo Saúl Palacios Pámanes.

El equipo que realizó las entrevistas se integró por: María Cristina Balderas Bravo, Nancy Gabriela Balderas Bravo, Mirna Araceli Franco Hernández, Víctor Hugo Castelán Alonso, Mada Nelly Vázquez Mellín, José Luis Rodríguez Melchor, Mariana Acosta Carrillo, Rosalba González Peña, Juan Rincón Agustince, Guillermina Morales Alvarado, Rosa Aurelia Ita Cruz, Gilberto del Ángel Ríos, Claudia Marcela Serrato Vázquez, Antonia Belmares Rodríguez, Alma Yoice Rodríguez Treviño y Carlos Erwin Hernández Leal.

La captura de información, para la creación de la estadística, fue realizada por las estudiantes de criminología: Cynthia Guadalupe Pérez Vázquez, Aidée Paulina Martínez Castro, Mariana Martínez Hurtado y Anayansi Verónica Villalobos Toro. Y todo el trabajo fue coordinado y supervisado por Mario Alberto Loredo Villa y el autor.

El formato de entrevista contiene casilleros para conocer los datos generales del entrevistado:

Centro:

Nombre:

Ambulatorio:

Edad:

Estado civil:

Edad delictiva:

Delito cometido:

Pena:

Tiempo compurgado:

Contiene también tres preguntas de fondo:

1. Al momento de cometer la conducta por la que está detenido, ¿Usted sabía que estaba prevista como delito en la ley?
2. Al momento de cometer la conducta por la que está detenido, ¿Usted conocía la pena que la ley preveía para quien la cometiera?
3. ¿Piensa que la pena que recibió es excesiva frente al daño que Usted causó con su conducta?

Las tres preguntas se responden con monosílabos, marcando una de las dos opciones incluidas en el formato: “Sí”, “No”.

Todo el instrumento fue contestado durante la entrevista, sin la presencia inmediata de custodios. El espacio físico donde las entrevistas se practicaron forma parte de las instalaciones a donde el entrevistado acude ordinariamente para recibir tratamiento. La entrevista se llevó a cabo por personal técnico de la prisión, con la presencia de por lo menos una persona integrante del equipo interdisciplinario de esta investigación.

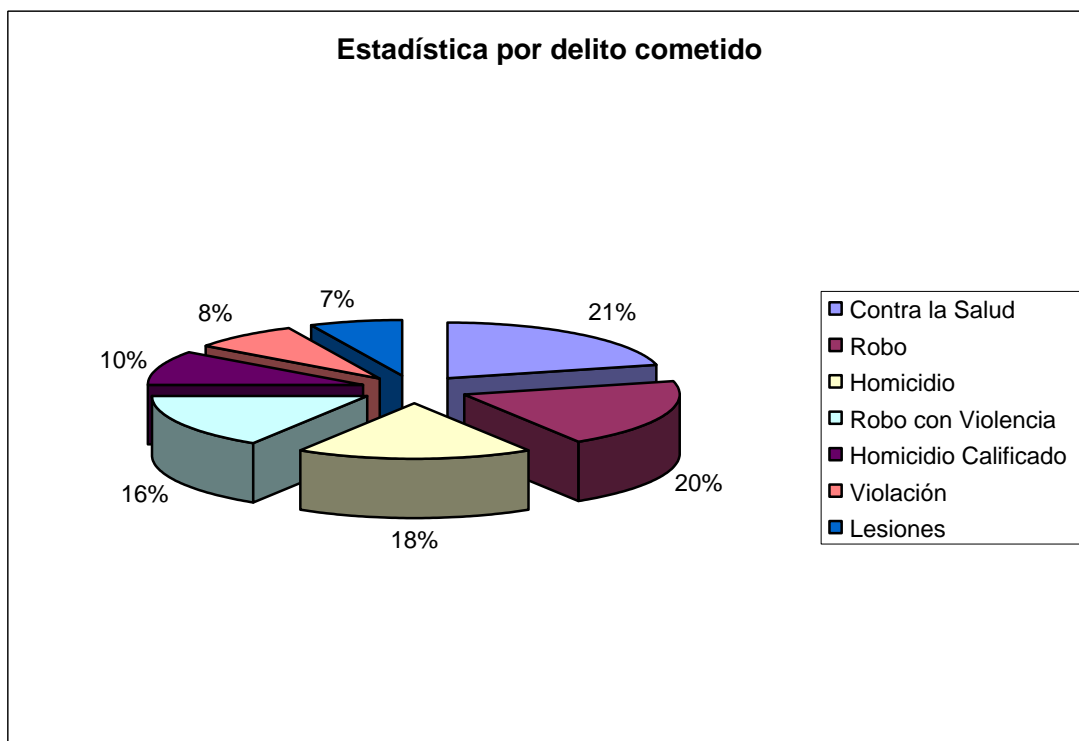
El personal técnico que, adscrito al reclusorio, no formaba parte del equipo interdisciplinario que diseñó el instrumento pero participó en su aplicación, antes de iniciar la primera entrevista recibió información detallada sobre la metodología, mas no sobre la hipótesis que se pretendía comprobar.

Aplicamos las entrevistas en un período de tres meses calendario, trabajando simultáneamente en los centros de readaptación social “Apodaca” y “Cadereyta”. La interpretación de la prueba nos tomó un mes calendario y la elaboración de la estadística demoró dos meses naturales. Lo que arroja un tiempo total de seis meses.

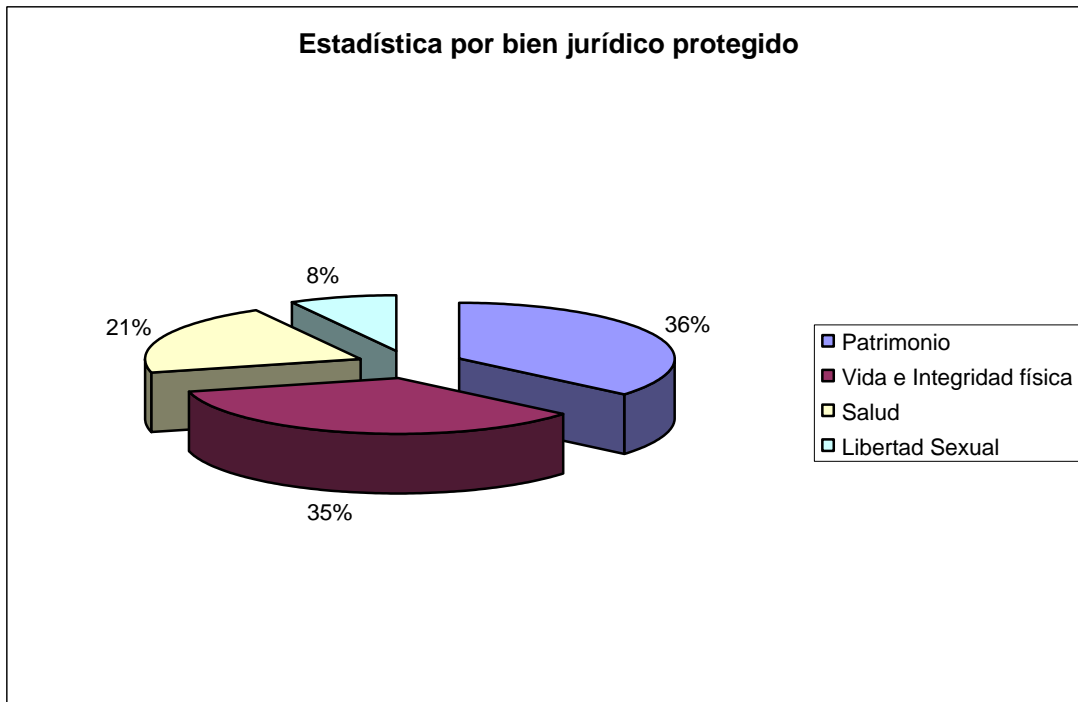
El grupo interdisciplinario calculó que cada entrevista debía durar aproximadamente treinta minutos, sin perjuicio de que por las particularidades del caso pudiera prolongarse. Al final de la aplicación podemos decir que el promedio de tiempo por entrevista fue, en efecto, de treinta minutos.

#### IV. Resultados

Del total de los internos entrevistados, obtuvimos la estadística por delito cometido:

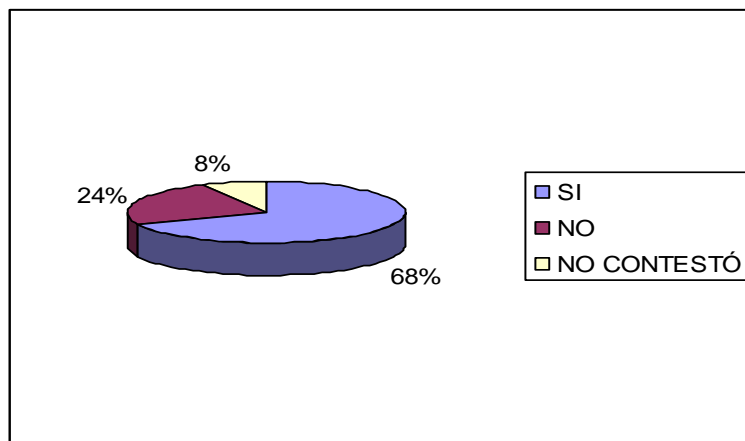


Los resultados estadísticos por bien jurídico protegido son:



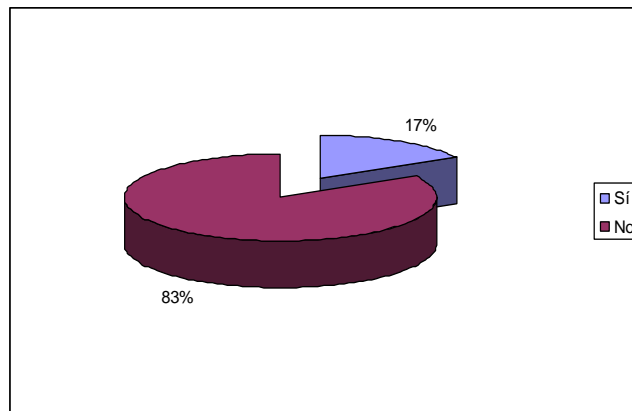
Los resultados estadísticos que obtuvimos de la aplicación de la pregunta 1, son:

A la pregunta: “Al momento de cometer la conducta por la que está detenido, ¿Usted sabía que estaba prevista como delito en la ley?”, 1 mil 360 respondieron que sí, lo que equivale al 68%. 160 no contestaron, lo que equivale al 8% y 480 respondieron que no, equivalente al 24%

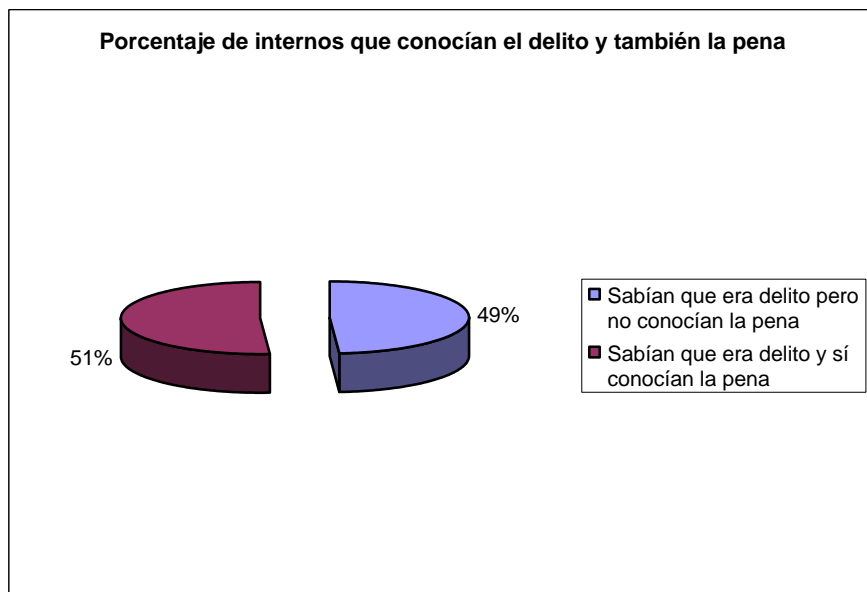


Los resultados estadísticos que obtuvimos de la aplicación de la pregunta 2, son:

A la pregunta: “Al momento de cometer la conducta por la que está detenido, ¿Usted conocía la pena que la ley preveía para quien la cometiera?”, 340 respondieron que sí, lo que equivale al 17%. Respondieron “no” 1,660, lo que equivale al 83%. Dentro de este 83% se encuentra contenido el 24% que respondió a la pregunta 1 en sentido negativo. Es decir, que los que no sabían que la conducta era delictiva, tampoco podían saber la pena que la ley preveía para ese delito.



Del 100% de los entrevistados que respondieron a la pregunta 1 con un “sí”, el 51% respondió a la pregunta 2 con un “sí”. Es decir, que 51 de cada 100 internos que cometieron la conducta sabiendo que ésta era delito, respondieron que al momento de deliberar cometerla conocían también la pena prevista en la ley.

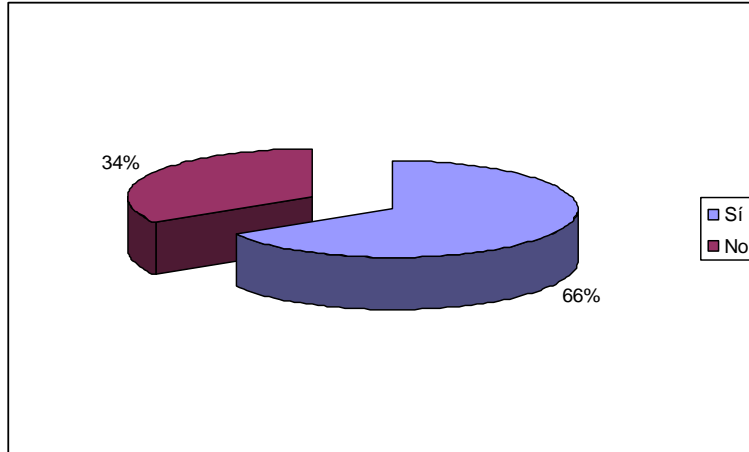


El 51% equivale a 693 internos que respondieron “sí” a las preguntas 1 y 2, en tanto que 667 respondió “sí” a la pregunta 1, pero que no a la pregunta 2.

Los resultados estadísticos que obtuvimos de la aplicación de la pregunta 3, son:

A la pregunta: “¿Piensa que la pena que recibió es excesiva frente al daño que Usted causó con su conducta?”, 1,320 internos respondieron “sí”, lo que equivale al 66%, en tanto que 780 internos, que representan el 34%, respondieron “no”.





La mayoría de los entrevistados sí sabían que la conducta que deliberaban cometer era delito, no conocían la penalidad que preveía la ley penal y consideran que la pena recibida es excesiva.

## V. Numeralia

Universo de Trabajo (internos): 3,125 (100%)

Número de entrevistados: 2,000 (64%)

Número de no entrevistados: 1,125 (36%)

Total: 3,125

Número de respuestas “sí” a la pregunta 1: 1,360 (68%)

Número de respuestas “no” a la pregunta 1: 480 (24%)

Número de “no respuestas” a la pregunta 1: 160 (8%)

Total: 2,000

Número de respuestas “sí” a la pregunta 2: 340 (17%)

Número de respuestas “no” a la pregunta 2: 1,660 (83%)

Número de “no respuestas” a la pregunta 2: 0

Total: 2000

Número de respuestas “sí” a las preguntas 1 y 2: 693 (51%)

Número de respuestas “sí” a la pregunta 1 y “no” a la pregunta 2: 667 (49%)

Número de respuestas “sí” a la pregunta 1 y de “no respuestas” a la pregunta 2: 0

Total: 1,360

Número de respuestas “sí” a la pregunta 3: 1,320 (66%)

Número de respuestas “no” a la pregunta 3: 680 (44%)

Número de “no respuestas” a la pregunta 3: 0

Total: 2,000

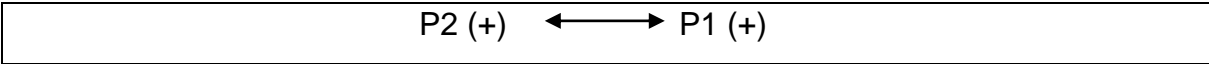
## **VI. Validación**

Las preguntas 1 y 3 no tienen por objeto comprobar o falsar la hipótesis, sino validar la respuesta de la pregunta 2. Aplicando la pregunta 1 nos fue posible seleccionar aquella parte de la muestra representativa (del 100% de los reos) conformada por los reos que respondieron no haber sabido que la conducta por la que se encuentran detenidos era delito.

Explicación: Si el reo supo que la conducta era delictiva, existe la probabilidad de que conociera, además, la pena prevista. En cambio, si el reo no sabía que la conducta era delictiva, entonces tampoco conocía la pena prevista. En este último caso, si el entrevistado respondiera a la pregunta 1 con un “no”, pero a la pregunta 2 con un “sí”, significaría que desconocía que la conducta estaba prevista en la ley como delito, y sin embargo sí conocía la pena prevista en la ley para esa conducta. Esto es ilógico, por lo tanto, la pregunta 1 sirve para validar la pregunta 2, aplicando el principio aristotélico de contradicción. La proposición lógica se traduce así:<sup>465</sup>

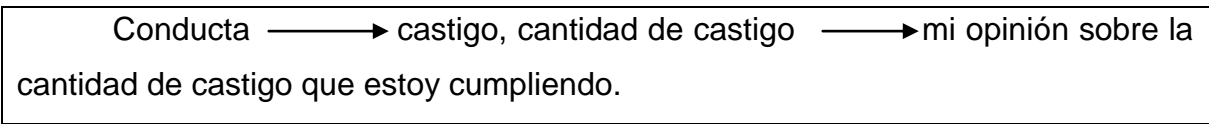
---

<sup>465</sup> (P2) significa “pregunta dos”. (P1) significa “pregunta uno”. El signo (+) significa “respuesta afirmativa”. La conectiva bicondicional (flecha de dos puntas) simboliza la implicación lógica entre (P1) y (P2). La proposición lógica se leería: “La respuesta formulada a la pregunta dos en sentido



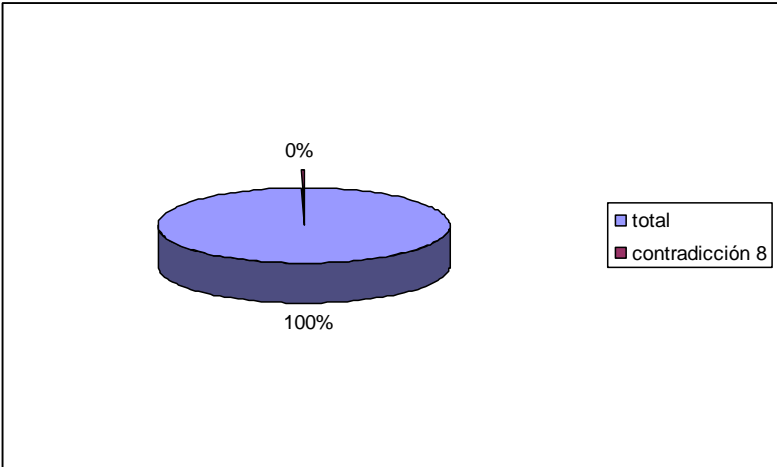
El número de entrevistas con resultado contradictorio fue: 0.

La pregunta 3 la diseñamos con el propósito de contextualizar el tema, de modo que el entrevistado tuviera claro de qué se trataba la entrevista. Así, aún para personas con pensamiento concreto (limitado) el tema aparece claramente como:



**VII. Confiabilidad**

De 2 mil casos estudiados, sólo en 8 encontramos contradicciones entre los datos obtenidos de la entrevista y los obtenidos de la lectura del expediente administrativo único, específicamente del documento denominado “historia clínica”. Lo que representa el 0.4% de la muestra.



---

afirmativo es verdadera si y sólo si la respuesta formulada a la pregunta uno es también en sentido afirmativo”.

Este porcentaje de 99.96% de datos validados nos permite considerar que la prueba es confiable.

### **VIII. Conclusión**

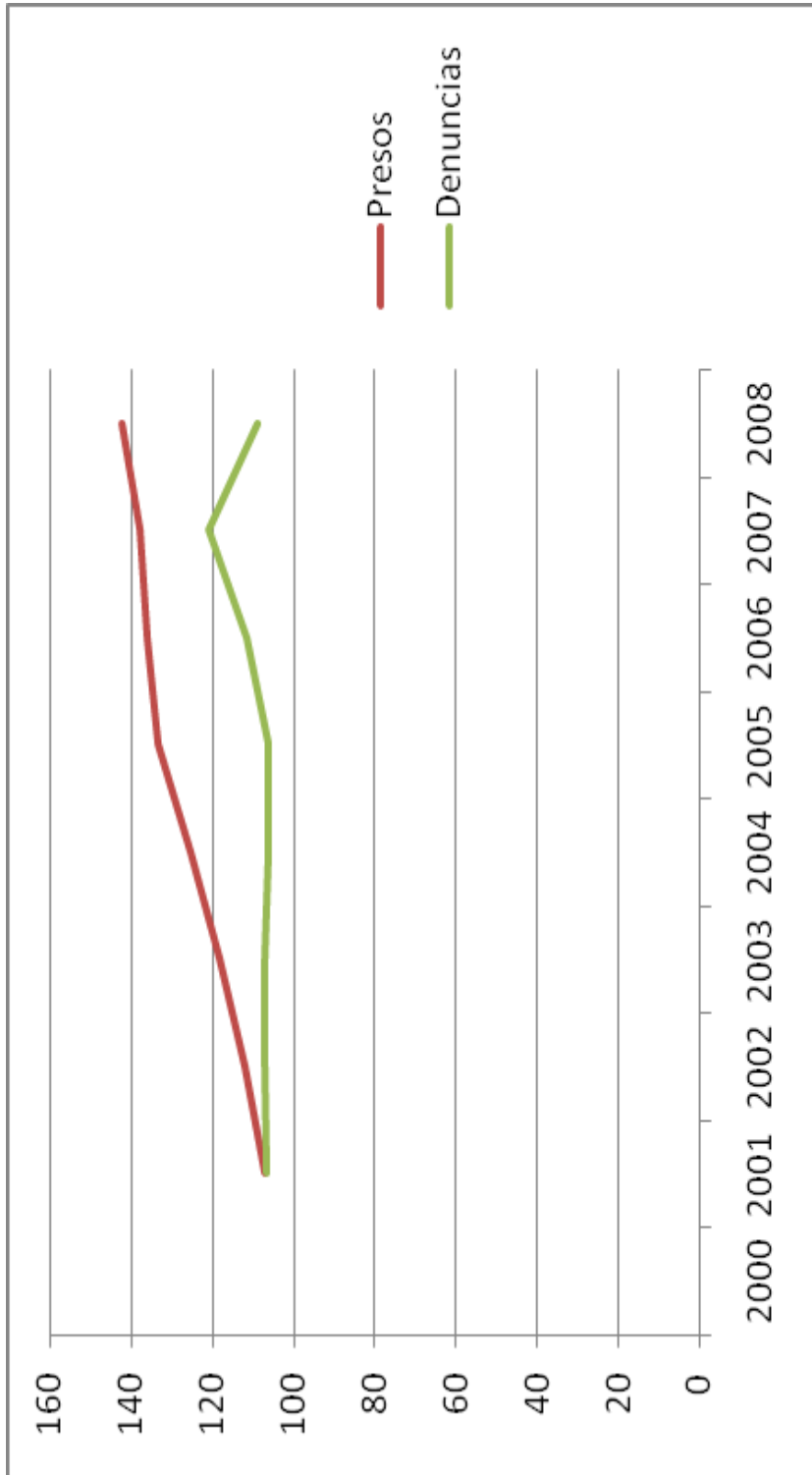
La hipótesis quedó comprobada.

El incremento de las penas no disminuye los delitos por no influir en el estadio del *iter criminis* llamado “deliberación”.

Anexo 2

GRÁFICA DE VARIABLES INDEPENDIENTES:

(1) CANTIDAD DE PRESOS; Y (2) CANTIDAD DE DENUNCIAS



Los valores de las dos variables están conmensurados. Para poder compararlos en una misma gráfica tuvimos que traducir los números absolutos en porcentaje. Esto tiene su fundamento metodológico en la *fórmula Pearson*<sup>466</sup>, y la necesidad obedece a que, mientras la variable 1 tiene valores en millón de unidades, la variable 2 tiene valores en miles de unidades.

Para convertir el número absoluto (por ejemplo 200 mil presos y 1 millón de denuncias en un año) se procedió así: a los valores del año 2000 les atribuimos 100 puntos porcentuales. A los valores correspondientes al año 2001, les atribuimos tantos puntos porcentuales como fuera su diferencia frente al año inmediato anterior. Por ejemplo, si en el año 2001 la cantidad de presos fuera 400 mil presos, ese año el valor sería de 200 puntos porcentuales. De esta manera, cada año se compara con el inmediato anterior.

La línea verde muestra el comportamiento de la variable “cantidad de delitos denunciados anualmente en la República Mexicana”. La línea roja muestra el comportamiento de la variable “cantidad de presos, por año, en la República Mexicana.

Se trata de variables cuantitativas continuas<sup>467</sup>. En esta gráfica puede apreciarse que, mientras la cantidad de presos ha aumentado año con año, la cantidad de delitos denunciados presenta fluctuaciones moderadas. El hecho de que las fluctuaciones moderadas de la variable “delitos denunciados” no afecte el comportamiento de la variable “cantidad de presos”, nos permite concluir que estamos frente a variables independientes.

---

<sup>466</sup> Vid. LEVIN, Jack. *Fundamentos de Estadística en la Investigación Social*. 2ª ed. Trad. VALLE, Vivian del. Harla. México. 1979. pp. 200 y ss.

<sup>467</sup> Vid. CASERO Martínez, Antonio. *Análisis Estadístico en Psicopedagogía*. Editorial Palma. España. 2006. pp. 15 y ss.

De esta manera podemos construir las proposiciones lógicas siguientes:

(1) El índice de presos no determina el índice de delitos.

(2) El índice de delitos no determina el índice de presos.

Explicación de la proposición 1: El aumento del número de presos, resultado de rigidizar la ley penal por criterios politicocriminales, no disminuye el índice delictivo.

Explicación de la proposición 2: La disminución del índice delictivo no depende del aumento del índice de presos.