

DESARROLLO DE LOS SUSTITUTIVOS DE LA PRISIÓN

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

SUMARIO: I. Consideración introductoria. II. Categorías. III. Instancias en el proceso de sustitución penal. IV. Equilibrio de los intereses en conflicto. V. Antecedentes. El desarrollo penitenciario. VI. La reforma de 1970-1971. VII. El anteproyecto del INACIPE y el Código Penal de Veracruz. VIII. La reforma de 1983. IX. Las reformas de 1991 y 1993. Estado actual de la cuestión y consideración final

I. CONSIDERACIÓN INTRODUCTORIA

Como se sabe, la privación punitiva de la libertad constituye una sanción relativamente reciente. La antecede, a lo largo de siglos, la privación cautelar de la libertad: prisión preventiva del inculpado, hasta que se dicte sentencia y se ejecute la pena establecida en ésta.

Reiteraré las formulaciones clásicas que menciono en mi libro El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinación de Humanidades, 1967, pp. 24-25. En el Digesto se lee la fórmula de Ulpiano: "carceres enim ad continentos homines, non ad puniendos haber debent" (lib. 48, tit. XIX, frag. 8, par. 9). Dijo Cynus, "carcer introductus est non ad poenam, sed ad custodiam". Lo mismo postularon las Partidas: "la carcel debe ser para guardar los presos, e non para facerles enemiga, nin otro mal, nin darles pena en ella" (ley 2a., tit. II, part. VII), y "la carcel non es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella fasta que sean juzgados" (ley 4a., tit. XXXI, part. VII).

Así las cosas, la prisión penal apareció hacia el fin del Medievo -no sin antecedentes más o menos relevantes-, a imagen y semejanza de la reclusión monástica. Por eso se ha dicho que esa pena es una "invención del Derecho canónico".

Según la conocida frase de Mariano Ruiz Funes.Cfr.,La crisis de la prisión, La Habana, Jesús Montero, editor, 1949, p. 76.

Al cabo del siglo XVIII, esto es, en la etapa terminal del absolutismo, había un concepto ambivalente sobre la prisión. Por una parte, existía una fuerte corriente de repudio, fundada en la tradicional asociación entre el poder despótico del monarca y el empleo de la cárcel como medio para la represión ordinaria y política. De ahí que los alzamientos populares se dirigiesen, ante

todo, contra las prisiones, para liberar a las víctimas de una justicia subordinada y desafiar el valor "emblemático" de aquélla. Vale recordar el caso de la Bastilla.

Por otra parte, prosperaba la nueva "ilusión penitenciaria". La pena de muerte se hallaba desacreditada. Se había aplicado con frecuencia y rigor insoportables: no bastaba la privación de la vida; también era preciso exacerbar el sufrimiento del penado. Además, hubo errores judiciales gravísimos -o injusticias deliberadas, ejemplares-, que contribuyeron a encender la opinión pública en contra de la pena capital. En este orden de consideraciones figuraron alegatos eficaces, como el de Voltaire en el caso Calàs. La prisión acudió al relevo de la muerte. Fue vista como un sustituto plausible. Así se inició, en fin, la historia de la privación penal de la libertad, sobre la que hoy se cierne una profunda crisis. En rigor, este asunto se reformula en el contexto del abolicionismo penal,

Cfr., De la Barreda, Luis, "Abolir la prisión: un canto de sirenas", en Criminalia, año LVIII, no. 1, enero-abril 1992. Dice (p. 19): "el abolicionismo no tiene posibilidades en el mundo de hoy... El reto estriba en conservar y fortalecer los principios garantizadores, democráticos, consagrados en las partes generales de los ordenamientos punitivos, y en las partes especiales reducir al mínimo indispensable las figuras delictivas, disminuir al límite razonable la sanción privativa de libertad y observar escrupulosamente que no se rompa la debida proporción entre bien jurídico tutelado y punibilidad".

un atractivo sueño que a su vez enlaza con la idea de una sociedad gobernada por la moral (esto es, una comunidad fraterna), que para nada necesita del derecho.

La prisión puede servir, en hipótesis, a cualquiera de los objetivos regulares de la pena, o a todos ellos: retribución, intimidación, expiación, control de la delincuencia o readaptación social.

Cfr., García Ramírez, Sergio, La prisión, México, FCE-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, pp. 57-59; y Szabo, Denis, Criminología y política en materia criminal, trad. Félix Blanco, México, Siglo XXI Editores, 1980, pp. 214-215. La idea de readaptación social, expresada con diversas voces (cada una de las cuales apareja, desde luego, variantes útiles), se ha introducido profundamente en la legislación moderna. Hay, sin embargo, frecuentes críticas sobre el concepto de resocialización. Se dice, inclusive: "Ciertamente no puede negarse que el optimismo en la resocialización ha sido excesivamente acrítico y exagerado y que, a pesar de su aceptación y éxito general, nadie se ha ocupado todavía de llenar esta hermosa palabra con un contenido concreto y determinado". Muñoz Conde, Francisco, "Resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penitenciarios españoles", en Varios autores, La reforma penal, Madrid, Instituto Alemán, 1982, p. 107.

Ésta constituye un esfuerzo para colocar al individuo en condiciones de no volver a delinquir cuando regrese a la vida libre (re inserción social). La readaptación no implica (o no debe implicar) una deliberada alteración de la personalidad del reo, sino dotarlo con los medios cuya carencia pudo precipitar o determinar la conducta antisocial: salud física y síquica, educación, competencia laboral, por ejemplo. En otras palabras, he señalado que

no se trata de suprimir o, dicho más suavemente, de sustituir al hombre -lo que convertiría a la prisión en una pena de muerte sui generis--, sino de colocarlo en condiciones de ejercer sus potencialidades sin invasión o menoscabo de las facultades de los otros. Así, el lavado de cerebro no es la técnica favorita del readaptador social genuino. No opriime, sino explica, analiza, instruye, debate. Pero deja siempre abierto el espacio de la libertad; en rigor, reeduca para ésta.

Manual de prisiones, 3a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 316.

Se pretende que la prisión sea útil para la readaptación social del recluso, en la medida en que los reclusorios operen como centros de educación integral y preparación para el trabajo, que son los datos proclamados por el artículo 18 de nuestra Constitución, a partir de la reforma de 1965. Sin embargo, es aquí donde se alzan con más vehemencia las impugnaciones. La cárcel encierra una paradoja: formar hombres libres en cautiverio, esto es, calificar para la libertad en un medio ajeno a la libertad. Esto es un contrasentido, se dice. Por otro lado, la triste -cuando no terrible- situación de las prisiones, conspira contra el proyecto de mejorar a los reclusos.

Los males de la cárcel se advirtieron en plena época de "ilusión penitenciaria". Primero fue repudiada, o al menos severamente cuestionada, la pena breve privativa de libertad. Luego, a la luz del concepto mismo de regeneración, corrección o readaptación, y tomando en cuenta, además, los problemas de la reinserción social del liberado, fueron impugnadas la duración muy prolongada y la excarcelación abrupta.

En realidad, la prisión misma está sujeta al más severo cuestionamiento. Esta impugnación propicia, por supuesto, el desarrollo de las alternativas o sustitutivas de la privación de libertad. En la muy copiosa bibliografía acerca de la crisis de la prisión, resulta aún interesante, no obstante las dos décadas transcurridas desde entonces, el parecer que campeó en el Quinto Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 1975). "Una cantidad cada vez mayor de personas adopta el criterio de que los esfuerzos para organizar las cárceles con el fin de cambiar a los reclusos son inútiles y deben abandonarse". La posición correspondiente se resume como sigue: "a) El conflicto fundamental entre los objetivos opuestos de la institución es insoluble.- b) El modelo de tratamiento médico no es pertinente.- c) Ninguna de las modalidades de tratamiento aplicadas hasta ahora ha tenido un efecto demostrable sobre los presos. La institución ha fracasado constantemente en su papel como organismo encargado de cambiar a las personas (sic).- d) La institucionalización de los delincuentes es contraproducente. La sociedad oficiosa que forman los reclusos de la institución en última instancia, conforma la reacción del recluso al encarcelamiento, y son inútiles los esfuerzos del personal del establecimiento para contrarrestar esta influencia. Como consecuencia de ello, la institución no sólo sirve para deshumanizar al delincuente, sino que también refuerza los valores negativos, en vez de modificarlos en una dirección positiva.- e) El estigma de la cárcel es imborrable y tiende a retrasar la reintegración del delincuente en la sociedad. f) En último análisis, el problema de la prisión es ella misma". Beristáin, Antonio, Crisis del Derecho represivo, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1977, pp. 90-91.

Los positivistas se pronunciaron contra la prisión,

Es elocuente la crítica que formuló, hace un siglo, Rafael Garófalo: "¿Necesitaremos decir que la experiencia ha fallado siempre á los autores de la escuela correccionalista, y que la prisión no puede realizar ninguno de los efectos beneficiosos que se esperaban de ella?" Es "abrumadora, deshonrosa, desmoralizadora para los delincuentes que no son degenerados y que conservan un residuo de buenos sentimientos". Es ineficaz respecto de las "naturalezas pervertidas, de los criminales empedernidos... Alienta al reincidente, al propio tiempo que desvanece, en quien lo ha experimentado, el temor de la ley y la vergüenza del crimen". Es inútil para la víctima y onerosa para el Estado. Además, resulta injusta porque concede "gratis domicilio y alimentación á los transgresores de la ley y á los hombres más perversos, mientras que personas honradísimas carecen á menudo de trabajo y protección". El delito como fenómeno social, Madrid, La España Moderna, s.f., p. 12.

que hoy censura la criminología crítica. Empero, todo hace suponer que la pena privativa de libertad no desaparecerá en el futuro previsible. Sin embargo, su crisis abre la puerta hacia nuevos horizontes. En ellos se localizan los sustitutivos e incluso figuran novedosas propuestas -con raíces históricas y filosóficas profundas- de elevado contenido moral, dirigidas a concebir las consecuencias del delito y el papel de los personajes del drama penal en la solución del conflicto que éste suscita.

Piénsese, por ejemplo, en la llamada "recompensación". Dice al respecto Hans Joachim Schneider que "el tratamiento penitenciario centrado en el autor pierde cada vez más el apoyo de la opinión pública". Así las cosas, "el sistema jurídico criminal tiene que orientarse, más bien, hacia un concepto de recompensación, que significaría una extensión del concepto de tratamiento centrado en el autor hacia la víctima del delito y la sociedad. Hay que concebir la recompensación como un proceso de interacción (de acción recíproca) entre el autor, la víctima y la sociedad, que cura el conflicto criminal y restablece la paz entre los implicados". "Recompensación en lugar de sanción. Restablecimiento de la paz entre el autor, la víctima y la sociedad", en Criminalia, año LIX, no. 2, mayo-agosto 1993, p. 50.

La idea de fomentar la reconciliación entre el victimario y la víctima, alentar la reparación del daño y desjudicializar la solución de los litigios penales, se abre paso en una propuesta para la reforma penal en el Estado de Morelos. En un documento preliminar de esta posible reforma, se consultan dos hipótesis de sustitución, aplicables lo mismo cuando se trata de delito perseguible de oficio que cuando la persecución depende de la formulación de querella.

En primer término, se prevé la suspensión condicional de la ejecución de la condena (es decir, la condena condicional), en forma imperativa, no sólo potestativa para el juzgador, en el caso de que

se haya dispuesto multa o semilibertad, como pena directa o como sustitutivo de la prisión, y sobrevenga la reconciliación entre el culpable y el ofendido, espontáneamente o propiciada por la autoridad ejecutora, en forma tal que manifieste la readaptación social del infractor.

En segundo término, se contempla la misma suspensión en la ejecución de la condena si se está en la hipótesis mencionada en el párrafo anterior, cuando "una vez notificada la sentencia el infractor pague inmediatamente u otorgue garantía de pago de los daños y perjuicios causados, a satisfacción del ofendido".

II. CATEGORÍAS

A la luz de las circunstancias descritas, surgen las instituciones modificativas de la prisión. Unas pretenden suprimir, ab initio, la ejecución de la pena privativa de libertad o relevarla en casos concretos para moderar el impacto de las consecuencias penales sobre el reo primerizo. Otras buscan aliviar el exceso de la prisión: son los correctivos clásicos y modernos de la sanción privativa de la libertad. A la primera especie pertenecen la condena condicional, la libertad bajo tratamiento, la semilibertad, el trabajo en favor de la comunidad y la multa sustitutiva de la cárcel; a la segunda, la libertad preparatoria y la remisión parcial de la prisión.

En todos los casos se trata de cancelar, sustituir o reducir la prisión. En todos campea el rechazo a la cárcel. Por este rumbo ha transitado el derecho penal moderno, adverso a la prisión punitiva.

Se ha ido formando una bibliografía mexicana acerca de la crisis de la prisión y los sustitutivos de ésta, temas abordados en múltiples obras, artículos y documentos vinculados con procesos de reforma legal, a los que haré referencia en este trabajo. Además, cfr., Manzanera, Luis, La crisis penitenciaria y los sustitutivos de la prisión, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1984; y Fernández, Dolores, La pena de prisión. Propuestas para sustituirla o abolirla, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.

Semejantes preocupaciones han minado el empleo de la prisión preventiva, una pena que se anticipa a la pena misma, como dijo Beccaria,

Señaló que "la prisión es una pena que necesariamente debe preceder a la declaración del delito, a diferencia de cualquiera otra..." Tratado de los delitos y de las penas, trad. Constancio Bernaldo de Quirós, Puebla, José M. Cajica Jr., 1957, p. 74.

inexplicable bajo el principio de que todos los hombres son inocentes, y deben ser tratados como tales, hasta que se acredite su responsabilidad.

Será precisamente la idea de readaptación social (o resocialización, reinserción, rehabilitación, etcétera) el cimiento de los sustitutivos, asociada con el concepto moderno y militante de los derechos humanos y con la reducción en la intensidad de los instrumentos penales como medios de control social.

En términos generales, hay dos categorías de sustitutivos de la prisión. Algunos de éstos tienen entidad propia, y por ello pueden ser calificados como "puros" o de "primer grado". Efectivamente, no se construyen a partir de la prisión

misma o de otros sustitutivos. Como luego veré, tales son los casos de la libertad bajo tratamiento que tiene, sin embargo, parentesco con una medida de seguridad: el tratamiento extraínstitucional de inimputables; y de la multa, que constituye una sanción autónoma, con carácter e historia propios, empleada, a veces, como sustitutivo de la prisión.

Pudiera clasificarse en esta misma categoría al trabajo en favor de la comunidad, aunque no faltará quien observe que constituye una versión moderna y piadosa de la vieja sanción de trabajo en obras públicas, galeras o minas, y que en todo caso corresponde a la pena de trabajo aludida hoy día en el tercer párrafo del artículo 5o constitucional.

Por otro lado, existen los sustitutivos "mixtos" o de "segundo grado", que se componen con elementos de la prisión y de otro sustitutivo, que de este modo resulta preordenado o rector del que ahora llamo mixto o de segundo grado. Esto sucede en la hipótesis de la semilibertad, integrada, en nuestro derecho positivo, a partir de la prisión y de la libertad bajo tratamiento.

Una clasificación más de las sanciones sustitutivas se sustenta en el motivo y la finalidad de la sustitución. Regularmente, los sustitutivos se asocian a las características del hecho punible, las particularidades del reo y los requerimientos del tratamiento bajo el signo de la readaptación social, aun cuando difícilmente se ausentarán los demás propósitos de la pena, que en estas hipótesis se mantienen a distancia, con recato.

En otros casos, que desde luego son los menos, la sustitución se vincula con principios de oportunidad política. Aquí se toman en cuenta, por supuesto, las condiciones del delito -ante todo, que se trate de una conducta punible de esta naturaleza- y del infractor. En la especie, se suele hablar de conmutación. Sin embargo, por encima de la designación que recojan las leyes y de los deslindes normativos que las denominaciones provoquen, subsiste el hecho, que califica el fondo, de que en la conmutación nos hallamos también ante la sustitución de la pena privativa de libertad por otra de diverso carácter.

Igualmente, se puede clasificar a los sustitutivos en atención a la autoridad que los dispone. Los sustitutivos que aquí interesan mayormente provienen de una resolución jurisdiccional. En otros casos, quedan en manos de la autoridad administrativa, ejecutora de las sanciones, al menos en un régimen con las características del mexicano, en el que la ejecución es íntegramente administrativa.

O casi íntegramente, puesto que hay actos dentro del periodo ejecutivo en los que actúa de nuevo la autoridad jurisdiccional. Empero, no se trata siempre de asuntos concernientes a la ejecución, sino principalmente de problemas vinculados con la responsabilidad misma del reo (así, la revisión, el indulto necesario o, más propiamente, el reconocimiento de la inocencia), o con beneficios que debieron ser acordados por el juzgador en la sentencia y que se hallan sustraídos a las atribuciones del ejecutor (así, el otorgamiento de condena condicional o de sanción sustitutiva de la prisión).

III. INSTANCIAS EN EL PROCESO DE SUSTITUCIÓN PENAL

Conviene observar que la sustitución de la pena privativa de libertad por otras medidas penales se actualiza en dos instancias o momentos. Uno, de carácter absoluto, corresponde a la formulación legislativa: el legislador mismo opta, de inmediato, por una sanción diferente de la prisión en el supuesto de ciertos delitos menores. La política criminal acogida conduce a excluir la privación de libertad donde antes campeaba la reclusión. Esto forma parte del proceso de despenalización de la conducta, o bien, dicho de otra manera, de la creciente racionalidad en la construcción del sistema normativo penal, por lo que toca a las consecuencias jurídicas del delito. También coincide con la idea de que el Estado debe moderar, hasta el mínimo posible, el empleo de los recursos más severos del control social.

La segunda instancia o momento para la sustitución de la pena privativa de libertad ocurre en sede jurisdiccional. Es el juzgador quien elige, entre las sanciones aplicables, la que mejor convenga en el caso concreto. Se trata, entonces, de la aplicación en la sentencia de una política criminal previamente asentada en la ley. Esta manera de sustituir la prisión por otras medidas menos graves tiene un carácter solamente relativo: el juzgador dispone mediante un juicio de pertinencia que se funda en los datos del delito y del infractor, aunque también existe, por supuesto, cierto grado de predeterminación legislativa (o "prejuicio", puesto que el legislador hace un juicio que se adelanta al del juzgador y lo bloquea): por ejemplo, la exclusión de reincidentes.

IV. EQUILIBRIO DE LOS INTERESES EN CONFLICTO

Otra consideración útil en este orden de cosas es la relativa al equilibrio de derechos e intereses implícito en el régimen de los sustitutivos. Recordemos que el orden jurídico es un método para hallar y mantener el equilibrio entre los intereses y las pretensiones admisibles de los integrantes de una sociedad determinada. El desequilibrio, en cambio, conduce a un régimen tiránico de cualquier signo. Por ello, ese ideal jurídico, social y político -el equilibrio- debe expresarse en los sistemas sustantivo, adjetivo y ejecutivo, esto es, en todo el orden jurídico, sin mengua de la tutela razonable que el legislador deba acentuar bajo las inflexiones políticas que propone o exige la circunstancia.

En el ámbito penal que ahora nos ocupa, se requiere de soluciones equilibradas y equilibradoras de los intereses y pretensiones en juego. Éstas se vinculan con los sujetos de la contienda penal: imputado, ofendido, sociedad, Estado. Los tipos penales y las sanciones del mismo género, los elementos del enjuiciamiento y los datos de la ejecución deben tomar en cuenta ese proyecto de equilibrio, que lleva al terreno punitivo los conceptos dominantes en la moral social.

Por ende, la formulación de los sustitutivos -y en general, de las figuras o instituciones modificativas de la pena- debe considerar las exigencias del equilibrio. De ahí que la conversión no abarque todos los casos, con

independencia de las características del hecho y del autor. Las restricciones en este punto pretenden servir a la paz pública, tanto por la vía del castigo como por el medio de la reclusión que pone a buen recaudo a un sujeto cuya inmediata reincorporación social entraña problemas o riesgos severos. De ahí, asimismo, que la conversión entrañe alguna exigencia a propósito de los derechos del ofendido, que no deben quedar insatisfechos. Vale decir: "que se beneficie al sentenciado, sin que este beneficio implique mayor perjuicio para el ofendido".

V. ANTECEDENTES. EL DESARROLLO PENITENCIARIO

Me referiré en seguida, brevemente, al desarrollo de la sustitución en México. Las dos figuras señeras en esta dirección, bajo los criterios que antes mencioné, han sido la condena condicional y la libertad preparatoria. Recordaré que la condena condicional es oriunda del sistema norteamericano. La libertad on probation fue una interesante alternativa frente a las penas breves privativas de libertad.

La probation apareció en Massachusetts, en 1859, en favor de menores infractores. En 1878 se aplicó en Boston a delincuentes adultos. Entre los entusiastas panegiristas de la condena condicional figura, por ejemplo, Cuello Calón: "es la más importante y provechosa modalidad del tratamiento en libertad, su eficacia preventiva no es superada por medida alguna de las modernamente empleadas como medio de lucha contra la delincuencia. Sus grandes ventajas no sólo benefician al delincuente, sino también a la comunidad". La moderna penología, Barcelona, Bosch, 1958, p. 677.

Se establece, en general, como suspensión de la emisión de sentencia, o como suspensión de la ejecución de la condena. Por su parte, la libertad condicional - preparatoria entre nosotros- se vincula con el sistema penitenciario progresivo: constituye su etapa final.

Se suele indicar que la libertad preparatoria se inició por Maconochie en Australia, en 1840, bajo el régimen de "ticket of leave", asociado al sistema penitenciario progresivo. Sin embargo, ya en 1835 aplicó Montesinos la libertad anticipada en el presidio de Valencia, como premio por buena conducta.

La condena condicional quedó recogida en el proyecto de reformas de 1912, que no prosperó. Llegó al rango de ley en el Código Penal de San Luis Potosí. Por lo que respecta a la libertad condicional, ésta apareció con el nombre de "libertad preparatoria", que conservaría en posteriores ordenamientos en toda la República, en el Código Penal para la Federación y el Distrito Federal de 1871, debido a una comisión que presidió Antonio Martínez de Castro.

A mi modo de ver, el florecimiento de las sanciones sustitutivas de la prisión, y también, obviamente, de los correctivos de la reclusión en sede ejecutiva, proviene del derecho penitenciario mexicano, que evolucionó aceleradamente a partir de 1967. En la base de este desarrollo se halló el éxito del régimen instituido en el Centro Penitenciario del Estado de México, desde el final de 1966.

Al respecto, cfr., Varios autores, El Centro Penitenciario del Estado de México, Toluca, Gobierno del Estado de México, 1969. No obstante el alto nivel que alcanzó este reclusorio, bien calificado por propios y extraños, al cabo de algún tiempo entró en decadencia hasta convertirse en una cárcel más entre las muchas deplorables prisiones que plagan la geografía penitenciaria de nuestro país. No ha sido extraño el abandono o la supresión de instituciones plausibles en este sector de las tareas públicas en México. Al caso del Centro Penitenciario del Estado de México es posible añadir algunos ejemplos notables: los reclusorios del Distrito Federal, que debieron ser, conforme al concepto que presidió su establecimiento, una red "modelo" de instituciones preventivas; el Centro Médico de los Reclusorios del Distrito Federal, que fue convertido en prisión para mujeres; el Instituto Nacional de Ciencias Penales, lamentablemente suprimido, sin justificación alguna, etcétera, etcétera.

En efecto, los pasos adelante que hubo aquí alentaron avances en la condena condicional y en la libertad preparatoria, por una parte; impulsaron la adopción de la remisión parcial de la prisión y la preliberación, por la otra; y llevaron a incorporar en la ley penal sustantiva medidas como la semilibertad, que apareció en el Código Penal para la Federación y el Distrito Federal en 1983, conjuntamente con el tratamiento en libertad y el trabajo en favor de la comunidad. Finalmente, esas experiencias apoyaron la abolición de la retención.

El texto original de los artículos 88 y 89 del Código Penal para la Federación y el Distrito Federal, donde se normaba la retención, fue derogado por el decreto del 16 de diciembre de 1985, publicado el 23 del mismo diciembre. Años antes, el anteproyecto de Código Penal para Veracruz del Instituto Nacional de Ciencias Penales, que adelante examinaré, cometió el error -lo reconozco sin duda- de conservar y extremar la antigua medida de retención. Decía así el artículo 81: "Cuando a juicio del órgano ejecutor de sanciones el reo no se haya readaptado socialmente durante el cumplimiento de la sanción y subsista su peligrosidad, podrá ser retenido hasta por un lapso igual a los dos tercios del periodo de la sanción señalada".

En el periodo moderno del sistema penal mexicano, el viento renovador llegó primero al derecho ejecutivo penal del Estado de México. Esta entidad contaba entonces con una Ley de ejecución de penas privativas y restrictivas de la libertad, de 1966. Los buenos resultados obtenidos en la marcha del sistema instaurado en el Centro Penitenciario del Estado de México, localizado en la jurisdicción de Almoloya de Juárez,

Véase lo que digo sobre este reclusorio en la nota 15, supra. En todo caso, es preciso distinguir al Centro Penitenciario del Estado de México, un reclusorio local de esta entidad federativa, con secciones de seguridad máxima y media, con el que colinda una prisión abierta (la primera del país, puesta en servicio en 1969), del Centro Federal de Readaptación Social No. 1, localizado también en la jurisdicción territorial de Almoloya de Juárez, que es una institución federal - como se indica en su denominación- de máxima seguridad.

sugirieron la recepción de modificaciones importantes en aquella ley. Por decreto del 14 de agosto de 1968, publicado en la Gaceta de Gobierno de la misma fecha, se estableció expresamente la posibilidad de conceder permisos de salida durante la etapa de preliberación (artículo 24), que son el antecedente

directo de la semilibertad. Asimismo, se introdujo un artículo 66 bis, que reguló la remisión parcial de la pena privativa de libertad.

Entonces publiqué un artículo denominado "Una revolución en la ejecución de penas", en el que comenté estas innovaciones penitenciarias (que años más tarde inspirarían sendos progresos penales sustantivos), que figuró en la primera edición de mi libro Manual de prisiones, de Ediciones Botas, en 1970, citado en la nota 6, supra. En la tercera edición, a la que aludo en dicha nota 6, cfr., pp. 387 y ss.

La prelibertad se sustentó en las recomendaciones emanadas de las Naciones Unidas. En la exposición de motivos de la iniciativa de reformas, el gobernador Juan Fernández Albarrán observó que la posibilidad de medidas preliberacionales se hallaba implícitamente reconocida en el artículo 24 de la ley. Empero, se atendió al objetivo de

establecer en dicho precepto de manera clara y expresa la fase preliberacional, cuyo propósito se resume en preparar gradualmente, con auxilio técnico y elevado espíritu humano, la reincorporación social de quien ha permanecido durante mucho tiempo privado de libertad y a menudo desvinculado de su familia y de las fuentes de trabajo a las que por fuerza habrá de recurrir cuando obtenga su liberación, sea condicional, sea definitiva.

Véase la exposición de motivos en Varios autores, La Ley de Ejecución de Penas del Estado de México, Toluca, Gobierno del Estado de México, 1969, p. 87.

Entre las resoluciones del Tercer Congreso Nacional Penitenciario (Toluca, 1969), figuró la marcada con el número 8 dentro del capítulo sobre "Sistema penitenciario en general", en la que se recomendó la adopción del sistema penitenciario progresivo técnico, con inclusión de una fase preliberacional en la que se apliquen medidas de semilibertad. Esta deberá comprender "permisos de salida de fin de semana, salidas entre semana y salida diurna con reclusión nocturna". También se hizo notar que este régimen preliberacional funcionaría tanto en establecimientos cerrados como en instituciones abiertas.

Tercer Congreso Nacional Penitenciario. Gobierno del Estado de México. Cuadernos de Criminología del Centro Penitenciario del Estado de México, Toluca, número 5, 1969, p. 70.

La remisión, por su parte, cuenta con una larga historia en México. Tomada del Código español de 1822, que la previó con base en el arrepentimiento y la enmienda, figuró en el bosquejo para un código penal del Estado de México, de 1831, y en el Código Penal para Veracruz, primer ordenamiento de su género en nuestro país, de 1935.

Cfr., mi examen de este asunto en "La readaptación social del recluso y la remisión parcial de la pena privativa de libertad", en Revista Jurídica Veracruzana, t. XX, 1969, núm. 4, recogido en Estudios penales, Saltillo, Universidad Autónoma de Coahuila, 1982, pp. 373 y ss.

Hubo también antecedentes de derecho extranjero, expresamente considerados para la reforma ejecutiva penal en el Estado de México.

Antecedentes en España, Bulgaria y los Estados Unidos. Igualmente, se invoca la incorporación de esta medida en el reglamento del 30 de julio de 1965, publicado el 11 de agosto siguiente, del Capítulo Segundo del Título Quinto del Libro Primero del Código penal de Zacatecas. Véase exposición de motivos en La Ley de Ejecución de Penas del Estado de México, op. cit., p. 88.

En la respectiva exposición de motivos se hizo ver la liga entre la remisión y las ideas sobre readaptación social como finalidad de la pena, e igualmente se destacó el criterio "científico" en la concepción y aplicación de esta medida, "alejada de consideraciones subjetivas que pudieran empañar sus virtudes". Quedó clara la superioridad de la remisión con respecto al indulto ordinario. Igualmente se ponderó el papel que a este respecto juega el consejo técnico interdisciplinario, introducido en el reglamento y en la práctica del Centro Penitenciario del Estado de México.

Idem, pp. 87-90.

VI. LA REFORMA DE 1970-1971

Con estos precedentes se llegó a la reforma penal de 1971-1972. Al través de las innovaciones y modificaciones legislativas de este periodo se llevó adelante la primera gran reforma del sistema penal mexicano, concretada en el Código de la materia para la Federación y el Distrito Federal. En este caso se avanzó además sobre diversas instituciones y figuras del régimen penal adjetivo, hubo modificaciones de importancia mayor en la organización y competencia de los tribunales y se expidió la primera legislación sistemática sobre ejecución de la pena privativa de libertad, asunto que antes aparecía regulado -pese a la antigua promesa de expedir un código penitenciario, enunciada desde la época de Martínez de Castro-

Quien destacó que los códigos penal, de procedimientos penales y penitenciario "constituyen verdaderamente la legislación represiva, y son tan íntimamente conexos entre sí, que faltando uno de ellos queda tronco el total que deben formar". Exposición de Motivos del Código Penal. Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, México, Herrero Hnos., Sucesores, 1906, p. 46.

por los ordenamientos penal y procesal penal, y por normas de carácter reglamentario.

La iniciativa de reformas al Código Penal, presentada al Senado de la República por un grupo de senadores,

La comisión que preparó el anteproyecto de reformas a los códigos penal y de procedimientos penales, así como a la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia

del Fuero Común del Distrito Federal, estuvo integrada por los licenciados Julio Sánchez Vargas, Raúl F. Cárdenas y Sergio García Ramírez.

contuvo diversas propuestas interesantes para el presente estudio. Entre ellas figuró la referente a la conversión, que en el texto aprobado se denominaría "sustitución". Al respecto, se postuló la posibilidad de convertir la pena de prisión en multa cuando aquélla no excediera de un año. Anteriormente la conversión se reducía a los casos en que la privación de libertad no excediera de seis meses. En los términos de la exposición de motivos, esa ampliación serviría al propósito de "evitar la contaminación carcelaria y los graves daños de diversa índole que las penas privativas de libertad de corta duración causan tanto al infractor como a sus familiares". Igualmente, la exposición de motivos hizo notar que para resolver la conversión "se valorarán cuidadosamente los hechos y la personalidad del sujeto, en vista de que la conversión no responde al capricho, sino al razonado ejercicio del arbitrio".

Véase la exposición de motivos en García Ramírez, Sergio, La reforma penal de 1971, México, Botas, 1971, pp. 171-174.

En el texto de la reforma se precisó que el juzgador tomaría en cuenta "las circunstancias personales del condenado y los móviles de su conducta, así como las circunstancias del hecho punible" (artículo 74 in fine). No se habla de peligrosidad, pero este concepto o esta preocupación, natural e inevitable, aparece cobijado por la expresión "circunstancias personales", que no sólo alude a la peligrosidad, es cierto, pero indudablemente la incorpora al lado de otro género de circunstancias aleccionadoras.

También se destacó la exigencia de resarcimiento del daño o garantía de reparación, estipulada en forma tal que "ni se descuida el resarcimiento del daño privado que causó el delito, ni se impide, por la falta de capacidad de pago inmediato, que se aplique la conversión" (sustitución).

Idem, p. 172.

Esto último, que se extiende en 1971 a la condena condicional y a la libertad preparatoria, constituye uno de los aciertos mayores de la reforma de aquel año. En efecto, no se reclama la reparación material e inmediata del daño, y ni siquiera la caución de reparar, que también apareja una aportación económica, sino sólo "la garantía que señale el juez para asegurar su pago, en el plazo que se le fije" (artículo 76).

Como se mira, existía la idea de vincular este beneficio con las características del sujeto favorecido, no apenas con la naturaleza, más o menos grave o trascendente, del hecho delictuoso. De esta suerte se afianzó la idea de que para el otorgamiento de la sustitución -al igual que cualesquiera otras medidas sucedáneas de la prisión- es preciso ponderar equilibradamente el beneficio del inculpado, el respeto a los derechos del ofendido y la defensa de la sociedad.

En la misma reforma de 1971 se introdujo la remisión parcial (artículo 81, segundo párrafo) y se favoreció, por distintos medios, el otorgamiento de la condena condicional (artículo 90) y de la libertad preparatoria (artículo 84). En lo que toca a la libertad preparatoria, los cambios legislativos determinaron la

reducción del tiempo de prisión cumplida para acceder a la libertad, y el deslinde entre los grados de culpabilidad para este mismo efecto.

En este punto es indispensable señalar una de las mayores innovaciones del proceso de reformas de 1970-1971. Me refiero a la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, que vino a satisfacer la vieja necesidad de contar con un ordenamiento, con rango de ley, que fijara los principios del régimen penitenciario moderno. Este ordenamiento ha sido el eje para la construcción del derecho penitenciario mexicano.

Véase mi Legislación penitenciaria y correccional comentada, México, Cárdenas Editores, 1978, pp. 21 y ss.

> En él se reguló la remisión de la pena privativa de la libertad, tomada de la legislación del Estado de México, en forma consecuente con el cambio introducido, a este mismo respecto, en el Código Penal.

En la exposición de motivos de la iniciativa del Ejecutivo se observó que en la remisión "se traducen, de manera práctica, los resultados de la adecuada readaptación social". Se subraya que esta medida "no opera ni podría operar en forma mecánica ni automática, y en todo caso es indispensable que el reo revele efectiva readaptación social".

La reforma penal de 1971, op. cit., p. 166.

El dictamen de la Cámara de Senadores fue menos enfático que la iniciativa en el señalamiento del papel que cumple la readaptación social, no apenas el cómputo de días de trabajo como referencia para el descuento o abono de días de reclusión.

En efecto, ese dictamen entendió como "muy significativo que el proyecto, congruente en todas sus partes, establezca la remisión de la pena reduciendo un día de la misma por cada dos de trabajo". Esta expresión asocia el beneficio con el tiempo de trabajo, mejor que con la readaptación. Prosigue el dictamen manifestando que la disposición acerca de la remisión de la pena "contempla claramente el propósito de hacer de los sentenciados elementos productivos, estimulando su buena conducta y su trabajo con la institución de ese perdón que es un acicate para apresurar su reinstalación dentro de la sociedad".

Idem, p. 170.

Ahora bien, es evidente que la remisión no se vincula directa o exclusivamente con la capacitación para el trabajo, sino con la readaptación social. Por ello se acoge el que he llamado criterio "científico o lógico", y no el "empírico o mecánico".

Cfr., La prisión, op. cit. supra nota 5, pp. 98-101.

Es obvio, por otra parte, que aquí no existe un perdón, a la manera del indulto.

Instituida y aplicada la remisión, se observó que no recogía los datos equilibradores que presentaba, en cambio, la libertad preparatoria. Aquella se hallaba construida, en forma muy intensa, para el beneficio del inculpado, aunque la readaptación social constituye, por supuesto, un dato de beneficio colectivo. Por eso, entre otras cosas, fue reformado el artículo 16 de la Ley de Normas Mínimas,

Por decreto del 29 de noviembre de 1984, publicado el 10 de diciembre siguiente.

estipulándose reglas en favor del ofendido y de la sociedad. Sigue lo primero con el condicionamiento de la remisión a la reparación de los daños y perjuicios o a la garantía -no necesariamente patrimonial- de resarcirlos (antepenúltimo párrafo del artículo 16). Y ocurre lo segundo en las prevenciones que aproximan la remisión a la libertad preparatoria en lo que concierne a normas de comportamiento del liberado y a la revocabilidad de la medida (penúltimo y último párrafos).

VII. EL ANTEPROYECTO DEL INACIPE Y EL CÓDIGO PENAL DE VERACRUZ

Puesto que me referiré al anteproyecto de Código penal elaborado en 1979 en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe), parece oportuno recordar que en 1976, como culminación de un amplio proceso de reformas legales e institucionales, se creó el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Véase mis artículos "Exposición de motivos del Instituto Nacional de Ciencias Penales" y "Una década del Instituto Nacional de Ciencias Penales", en Manual de prisiones, op. cit., p. 615.

Este organismo descentralizado serviría, como en efecto ocurrió, a la investigación, la docencia y la difusión en el triple ámbito de las ciencias jurídico-penales, la criminología y la criminalística. En él se recogió la antigua pretensión de contar con un instituto de criminología.

Bajo el rubro de "Servicio psiquiátrico psicológico", el ya mencionado Tercer Congreso Nacional Penitenciario señaló: "Se recomienda la creación del Instituto Nacional de Criminología". Memoria del..., op. cit., p. 78. Por el emplazamiento de esta cuestión, cabe suponer que ese organismo serviría a cuestiones vinculadas con temas siquiátricos y sicológicos en el sistema de reclusorios. Por otra parte, el ameritado criminólogo Alfonso Quiroz Cuarón pugnó, sin éxito, por el establecimiento de cursos universitarios para la formación profesional de policías judiciales, criminólogos y criminalistas. Cfr., García Ramírez, Sergio, "Testimonio sobre Alfonso Quiroz Cuarón", en Criminalia, año LV, núms. 1-12, enero-diciembre 1989, reproducido en Manual de prisiones, op. cit., pp. 725 y ss.; véase especialmente las páginas 731 y 732.

Al cabo de más de quince años de funcionamiento, el instituto fue suprimido merced a una decisión administrativa tan injustificada como deplorable. De esta

manera se suprimió, sin necesidad alguna, un organismo benéfico para el país y se produjo un vacío que perdura hasta 1995. Empero, en este mismo año y a raíz de una Reunión Nacional de Procuradores de Justicia, que examinó el punto, se anunció la próxima reanudación de labores de aquel organismo.

Entre los trabajos bien cumplidos por el instituto figuró la elaboración de varios anteproyectos para codificación penal, algunos de los cuales adquirirían el rango de normas vigentes en entidades federativas. Tal fue el caso del anteproyecto de 1979, destinado al Estado de Veracruz.

La comisión redactora del anteproyecto, formulado por requerimiento del gobernador de Veracruz, Lic. Rafael Hernández Ochoa, se integró con las siguientes personas, que suscribieron la exposición de motivos, fechada el 20 de noviembre de 1979: Dr. Celestino Porte Petit, Dr. Sergio García Ramírez, Lic. Ezequiel Coutiño Muñoz, Dr. Luis Marcó del Pont K., Dr. Moisés Moreno Hernández y Lic. Carlos Vidal Riveroll.

Con este fundamento se expidió el Código Penal veracruzano, del 11 de septiembre de 1980, que recogió, en lo fundamental, el texto del documento preparado por el Inacipe, con las salvedades o modalidades que adelante mencionaré.

El anteproyecto del Inacipe debe ser rescatado entre las piezas fundamentales de la reforma penal mexicana de los últimos tiempos. No obstante la fuerte influencia positivista que todavía recibió, como se advierte en las numerosas e importantes referencias a la peligrosidad. Constituye, probablemente, el último documento notable afiliado a la corriente "peligrosista", y al mismo tiempo el primero en la apertura de los nuevos horizontes de la pena. > De él provienen ideas y fórmulas que más tarde recogió el anteproyecto de 1993, a su vez un "texto-cantera" de la reforma penal del mismo año y de los siguientes. Entre los conceptos tomados del anteproyecto del Inacipe figurarían, precisamente, los referentes a la sustitución penal, mejorados en la reforma de 1983.

En la exposición de motivos del anteproyecto se previno que éste "ha atendido los nuevos derroteros penológicos del país, la necesidad de llevar a cabo progresos importantes en este ámbito y, por supuesto, las directrices que sobre el particular contiene la Constitución de la República..."

"La exposición de motivos del anteproyecto, el texto de éste y el Código de Veracruz, de 1980, se reproducen en Leyes penales mexicanas, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1981, vol. 5. La referencia que se hace arriba aparece en la p. 80 de ese volumen.

El anteproyecto destinó el artículo 32 a la relación de sanciones. Entre ellas figuraron la libertad bajo tratamiento (fracción II) y la semilibertad (fracción III).

En el artículo 35, el anteproyecto permite al juez -no le ordena- sustituir la pena de prisión, cuando no excede de tres años, "para los fines del artículo 33", por tratamiento en libertad o semilibertad, sin perjuicio de optar por la suspensión

condicional de la ejecución de la sanción, si es procedente. Hay otra posibilidad de sustitución, que abajo revisaré: prisión por multa, y multa por trabajo.

La sustitución se halla dominada por una triple vinculación. El artículo 35 recoge expresamente uno de estos vínculos. Así, remite al artículo 33, que a su turno fija la finalidad de las sanciones. El juzgador aplicará las sanciones y éstas serán ejecutadas -indica- "con los propósitos de asegurar la defensa social y obtener la readaptación del sentenciado".

También es preciso observar la disposición del artículo 54 -que no menciona el 35 y sí recoge el 73- referente a la commutación de prisión por multa. Aquel precepto tiene carácter igualmente general, en cuanto regula el proceso de individualización y el uso del arbitrio judicial: el juez, que tomará conocimiento directo del imputado y dispondrá la práctica de estudios de personalidad, fijará la sanción procedente "apreciando las condiciones personales del reo, su peligrosidad, los móviles del delito y todas las circunstancias que concurrieron en el hecho, así como las de la víctima del ilícito". Adviértase que aquí todavía se recoge la noción de peligrosidad, que últimamente ha descartado de su letra el derecho penal mexicano,

El cambio nominal operó en la reforma de 1993. En la exposición de motivos de la iniciativa presidencial de reforma se dice lo siguiente, a propósito de la modificación del artículo 52 del código. La propuesta plantea que se practique la individualización penal con base en la gravedad del hecho ilícito y en el grado de culpabilidad del agente. "Con esto se abandona en estos aspectos el criterio de temibilidad o peligrosidad, ya que si bien es un principio orientador de las medidas cautelares, no debe serlo para la pena, mediante la cual sólo se ha de castigar al delincuente por lo que ha hecho y no por lo que vaya a hacer". No es éste el momento de examinar la inconsecuencia que existe cuando se admite la peligrosidad para la fijación de una medida cautelar (que se aplica al meramente inculpado, "probable" responsable), y no para la decisión individualizadora de la pena (que se aplica al sentenciado, "probadamente responsable"). Sigue diciendo la exposición de motivos que los criterios para la aplicación de penas y medidas son punto medular de un código que acredita su orientación político-criminal. "Es aquí donde podemos constatar si el derecho penal que nos rige se caracteriza como un derecho penal de culpabilidad o de peligrosidad y, por tanto, si en este aspecto estamos frente a un derecho penal propio de un sistema penal de un Estado democrático de derecho o de un Estado totalitario o absolutista". El proyectista sugiere luego la extravagante conclusión -producto de un examen superficial y libresco del régimen normativo penal mexicano- de que éste corresponde a un Estado totalitario o absolutista (?). Véase Exposición de motivos, punto II, 6, 7.

aunque tenazmente reaparece bajo cualesquiera formulaciones sobre la personalidad, las condiciones o las características del inculpado.

Por último, es necesario señalar que las sustituciones atraen otra medida, estrechamente asociada a ellas, a saber: vigilancia de la autoridad. El artículo 38 del anteproyecto manifiesta que "siempre que se imponga alguna sanción restrictiva de la libertad o de otros derechos, el juez determinará que se ejerza vigilancia de la autoridad sobre el sentenciado". Ésta consiste en observación y orientación permanentes de la conducta. Ahora bien, las sustituciones

involucran, precisamente, restricción de la libertad. El artículo 36, acerca de la libertad bajo tratamiento, invoca la "orientación y el cuidado" por parte de la autoridad ejecutora, esto es, en otros términos, la referida vigilancia.

En consecuencia, el artículo 33 constituye una regla sustantiva para el enjuiciamiento y la determinación penal judicial; el 54, una disposición adjetiva en el mismo terreno; y el 38, una regla que alcanza tanto a la sentencia como a la ejecución de ésta.

La exposición de motivos señala que "hasta ahora se ha utilizado en demasía la pena de privación de libertad, perdiendo de vista que es posible obtener la readaptación social del sujeto bajo un régimen de tratamiento en libertad". Por ende, se instituye la libertad bajo tratamiento, "que en esencia es una medida de readaptación en libertad bajo vigilancia de la autoridad ejecutora".

Leyes penales mexicanas, op. cit., p. 82.

El artículo 36 regula este asunto y dispone que esa libertad "apareja la realización de labores por parte del sentenciado y las demás medidas conducentes a su readaptación social, bajo la orientación y el cuidado de la autoridad ejecutora".

En la regulación de este sustitutivo no fue descuidado el interés del ofendido, reclamado por el propósito de equilibrio que antes mencioné. Así, en el artículo 36 se indica que "en la sentencia se determinará, en su caso, la afectación del producto del trabajo del reo al resarcimiento del daño privado que causó el delito y al sustento de los dependientes económicos de aquél..."

En la semilibertad se hereda, como ya señalé, una medida típica del periodo preliberacional en el sistema penitenciario progresivo. La exposición de motivos hace notar que en este caso la semilibertad no se maneja como una etapa terminal de la privación de libertad, que es lo característico de sus aplicaciones en el régimen penitenciario, sino como "un instrumento autónomo del que puede el juez echar mano directamente en vez de recurrir, como hasta ahora se hace, solamente a la prisión". Sigue diciendo la exposición que "una vez más se ha cargado el acento sobre la posibilidad de readaptación social sin privación absoluta de la libertad; posibilidad que constituye una valiosa alternativa frente a la prisión tradicional".

Ibidem.

El anteproyecto describe la semilibertad. Dice al respecto que ésta "implica la alternación de períodos breves de reclusión y de libertad bajo tratamiento" (artículo 37). En consecuencia, la semilibertad es una medida mixta, en el sentido que apunté al referirme, supra, a las categorías de sustitutivos, por cuanto se construye a partir de dos sanciones que diríamos "puras" o de "primer grado": la prisión y el tratamiento en libertad.

Las especies de semilibertad implican ciertas opciones sobre la excarcelación, que habrán de ponderarse conforme a las características del caso concreto, a saber: excarcelación en la jornada de trabajo, con reclusión nocturna; en la

semana laborable, con reclusión de fin de semana (weekend prison), y en el fin de semana, con reclusión durante la semana laborable.

El anteproyecto de 1979 puso atención, asimismo, en el régimen de la multa. El artículo 39 recogió el sistema de días multa, que estableció el Código Penal de 1929, desecharó el Código de 1931 y restauró la reforma penal de 1983.

Conforme al artículo 39 del anteproyecto, "para precisar en cada caso el día multa se tomará en cuenta como límite inferior el salario mínimo de la zona en que se cometió el delito, y como límite superior la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de dictarse la sentencia. Asimismo, el juez estimará, dentro de estos límites, la situación que guarda el sujeto". El código veracruzano de 1980 no aceptó el sistema de días multa; optó por el criterio tradicional de fijación de multas en pesos.

El ordenamiento de 1931 cometió el error, corregido por la reforma de 1983, de convertir la multa en prisión cuando el reo no podía satisfacer aquélla. De esta suerte, la insolvencia o la negativa de pago, no superada por un procedimiento económico coactivo, acarreaba privación de libertad adicional a la impuesta por el juzgador en su sentencia.

El tercer párrafo del artículo 29 del Código Penal previno, hasta la reforma de 1983, que "cuando el condenado no pudiere pagar la multa que se le hubiere impuesto como sanción, o solamente pudiere pagar parte de ella, el juez fijará, en sustitución de ella, los días de prisión que correspondan, según las condiciones económicas del reo, no excediendo de cuatro meses".

El anteproyecto, en cambio, dispuso que la prisión pudiera ser conmutada por multa cuando no excediese de dos años de duración y quedaran satisfechas, igualmente, las condiciones fijadas para el disfrute de la suspensión condicional de la ejecución de la sanción.

Asimismo, se requirió de manera expresa una garantía de reparación del daño. En este punto, la exposición de motivos recuerda que sólo se trata de "una garantía, en general, de reparación del daño, sin determinar que aquélla caiga, específicamente, dentro de las instituciones que en materia de caución recoge el derecho civil".

Leyes penales mexicanas, op. cit., p. 87.

El factor para esta conmutación, además de los requisitos mencionados, fue la norma general sobre individualización contenida en el artículo 54.

En rigor, el proyectista pudo reclasificar a la multa como un sustitutivo de la prisión, en vez de colocarla bajo el rubro de la conmutación. La exposición de motivos explica que mientras la suspensión de la ejecución y la conmutación por multa son supuestos que "se fundan en la ausencia de peligrosidad por parte del infractor; en cambio, los de libertad bajo tratamiento y semilibertad suponen cierta temibilidad, y por ello, aparejan medidas de vigilancia y de orientación de la conducta".

Ibidem.

El documento que vengo examinando no incorporó en la relación de sanciones del artículo 32, debiendo hacerlo, la medida de trabajo en favor de la comunidad, que sería la simiente de este género de sanciones en la legislación posterior. Así, el trabajo quedó establecido como sustitutivo de la multa total o parcialmente insatisfecha: cuando quedaba acreditado que el reo no podía pagar la multa impuesta o solamente podía cubrir una parte de ella, ésta sería "sustituida por la prestación de trabajo no remunerado a favor de instituciones públicas educativas o de asistencia social". Cada día de trabajo saldría un día multa.

El trabajo fue planteado como un sustitutivo primario o preferente, en tanto se previó también un sustitutivo secundario, a saber, la libertad bajo tratamiento, que se aplicaría cuando "no sea posible o conveniente la sustitución de la multa por la prestación de servicios". En esta hipótesis, el juzgador haría "discrecionalmente" la conversión de la multa en libertad bajo tratamiento, "que no excederá de tres meses" (artículo 39).

En su explicación sobre estas medidas, la exposición de motivos del anteproyecto estableció que en vez de admitir la conversión de la multa en privación de libertad, "se reorienta la omisión del pago de multa hacia otra medida individual y socialmente provechosa, como es el trabajo con sentido social", no remunerado, por tratarse "de labores impuestas en sentencia penal", lo que ya sugiere la correspondencia de esta medida con la prevención contenida en el artículo 5 constitucional: "trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial". Se quiere evitar en todo caso la desviación de los fines a los que éste sirve, y por ello queda dicho que "se deberá prestar sólo a favor de instituciones públicas educativas o asistenciales".

Idem, p. 83. En un código penal moderno, expresa Wolfgang Schone, "las sanciones pecuniarias deben regirse por el sistema de días multa, que debe valer igualmente para el rico que para el pobre. Y como sustitutivo o alternativa, sobre todo de la pena pecuniaria, habrá que considerar el trabajo comunitario..." "Corrientes internacionales de la reforma en materia penal", en Criminalia, año LIX, no. 2, mayo-agosto 1993, p. 80.

El anteproyecto no abordó la libertad preparatoria ni la remisión parcial, consideradas instituciones del derecho ejecutivo penal y remitidas, por ende, a la legislación de esta materia. Previó, en cambio, la suspensión condicional de la ejecución de la condena, aplicable cuando no excediera de tres años la prisión impuesta por sentencia definitiva (artículo 74). No detallaré aquí las condiciones y requisitos establecidos para la suspensión condicional, medida revocable, pero debo observar que de nueva cuenta el proyectista vinculó esta institución, como otras del anteproyecto, a la peligrosidad del infractor. En efecto, para resolver favorablemente la suspensión se solicita que no existan circunstancias "que acrediten la peligrosidad social del reo o que hagan suponer que éste cometerá nuevos delitos" (artículo 74, fracción I). He aquí la tradicional vinculación de la condena condicional con el pronóstico de comportamiento a cargo del juzgador.

Por último, cabe decir que el anteproyecto contempla la conmutación en el supuesto de delitos de carácter político. En estos casos, la sustitución

corresponde al Ejecutivo. Si la sanción impuesta es la de prisión, se puede conmutar por confinamiento, y si es la de confinamiento, se puede conmutar por multa (artículo 73). Esta regulación suscita un problema. No señala el artículo 72 cuál es el límite de prisión impuesta susceptible de conmutación por confinamiento. Pudiera suponerse, pues, que no hay límite. En cambio, el artículo 47, que rige el confinamiento, manifiesta que éste "podrá durar hasta tres años", disposición razonable si se toma en cuenta que el confinamiento no es un destierro, sino consiste "en la obligación de residir en determinada circunscripción territorial y no salir de ella".

Ya manifesté que el Código para Veracruz, de 1980, incorporó, en lo fundamental, las propuestas del anteproyecto del Inacipe. Ahora precisaré las concordancias, identificando al ordenamiento de 1980 como CV. El artículo 32, fracciones II y III, CV, reproduce lo establecido en las fracciones II y III del artículo del mismo número correspondiente al anteproyecto: en la lista de sanciones figuran la libertad bajo tratamiento y la semilibertad. El artículo 36 CV reproduce lo dicho en el artículo 35 del anteproyecto (con el ajuste necesario en el renvío a otro precepto del ordenamiento). Los artículos 37, 38 y 39 reproducen (con la salvedad del renvío establecido en este último precepto) las descripciones que hacen los artículos 36, 37 y 38 del anteproyecto acerca de la libertad bajo tratamiento, la semilibertad y la vigilancia de la autoridad, respectivamente.

Mencioné que el anteproyecto contuvo un sistema de sustitución de la privación de libertad por multa, bajo el concepto de conmutación. Otro tanto hizo el Código de 1980, con cambios importantes en relación con el anteproyecto. Efectivamente, en los términos del artículo 75, la conmutación judicial puede referirse a sanciones de prisión que no excedan de tres años (dos años en el anteproyecto), y la multa derivada de esta conmutación es de cien pesos por cada día de prisión. Se vincula esta conmutación con la reparación del daño o la garantía de resarcimiento, pero no con los otros requisitos de la condena condicional, como lo hizo el anteproyecto.

Otra importante novedad del CV con respecto al anteproyecto, en este mismo orden de cosas, consiste en la exclusión del beneficio de sustitución en una serie de supuestos delictuosos, valladar que no consignó el documento del Inacipe. El último párrafo del artículo 75 prohíbe la conmutación en los casos de evasión de preso, cohecho, peculado, violación, bigamia, incesto, ultrajes a la moral pública, corrupción de menores, lenocinio, abigeato y secuestro.

El CV establece un sistema de sanción pecuniaria diferente del acogido en el anteproyecto. Éste entiende que la reparación del daño es una consecuencia civil del delito, y por ende la excluye de las sanciones penales. El CV retorna a la solución adoptada por el Código federal y distrital de 1931, y no admite, por lo demás, el régimen de días-multa. El CV tampoco incorporó el trabajo en favor de la comunidad -que reaparecería en la reforma de 1983- ni el tratamiento en libertad como sucedáneos de la multa, sino permitió que el juzgador concediese al reo insolvente plazos de hasta dos años para el pago correspondiente (artículo 51).

A diferencia del anteproyecto, el CV aborda la libertad preparatoria, bajo el nombre de libertad condicional (artículo 76), con despliegue de consideraciones

peligrosistas. Asimismo, regula la suspensión condicional de la condena en forma diferente de la adoptada por el anteproyecto. Empero, subsiste el límite acordado por éste para la aplicación de la condicional: tres años (artículo 78). Se adoptan los mismos o semejantes criterios a propósito de la peligrosidad del reo. Finalmente, queda excluida la condicional en las mismas hipótesis en que se impide la commutación de prisión por multa (artículo 81).

En lo que concierne a la commutación por parte del Ejecutivo y con respecto a sentenciados por delitos políticos, el CV incorpora algunas soluciones diferentes de las sostenidas en el anteproyecto. Ha lugar a la commutación de la prisión por confinamiento, "en un término igual al que debía durar la prisión" (el anteproyecto no fijaba límite); y a la del confinamiento por multa, "que se fijará discrecionalmente, pero no podrá exceder de cincuenta mil pesos" (en el anteproyecto se dijo que no podría exceder "del máximo previsto para la multa") (artículo 74).

VIII. LA REFORMA DE 1983

Adelanté, supra, la opinión de que la reforma de 1983 al Código Penal para la Federación y el Distrito Federal, vigente en 1984, es la más relevante de cuantas han llegado a este ordenamiento penal desde su expedición en 1931 hasta 1995, en virtud de que varió sustancialmente la orientación y las principales instituciones del ordenamiento punitivo, y de esta suerte abrió el camino para los desarrollos posteriores. Por otra parte, la misma reforma de 1983 se sustentó, como ninguna antes ni después, en un proceso de consulta pública y amplia discusión,

Véase Romero Apis, José Elías, "La concertación nacional y la participación popular como factores de la consulta", en Procuraduría General de la República, Memoria de la Consulta Pública sobre Administración de Justicia, México, PGR, 1988, pp. 21 y ss.; e Historia de la Procuraduría General de la República, México, PGR, 1987, pp. 109-112. Asimismo, Alba Leyva, Samuel, "Consulta Nacional sobre Administración de Justicia y Seguridad Pública", en La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia, México, Procuraduría General de la República, 1984, pp. 3 y ss. Para explicar este proyecto, compareció en la Cámara de Senadores el procurador general de la República. Cfr., acerca del proceso de consulta y reforma, García Ramírez, Sergio, Justicia y reformas legales, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1985, pp. 275 y ss.

anteriores -por supuesto- al envío de la iniciativa de reforma, en la primera etapa, y a la aprobación de éstas por la cámara de origen, en la segunda. Las otras reformas, algunas muy importantes y progresistas, se han preparado en completo recogimiento y han sido aprobadas con velocidad extrema.

De la consulta nacional desarrollada en los primeros meses de 1983 se extrajo un nutrido conjunto de recomendaciones, entre las que figuraba expresamente la adopción de un régimen de sustitutivos de la privación de libertad,

En la presentación de conclusiones de la comisión a cargo del tema "Justicia penal", el coordinador de dicha comisión, doctor Celestino Porte Petit, señaló:

"Es imperativo, con apoyo en las recomendaciones de política criminal, admitir eficaces sustitutivos de la pena de prisión, como el tratamiento en libertad, la semilibertad, la multa, el trabajo en beneficio de la colectividad o de las instituciones estatales, la suspensión condicional de la pena: sustitutivos que traen consigo, por otra parte, indudables beneficios al imputado, a su familia, a la sociedad y al Estado, ampliándose el campo de las medidas de seguridad, que están orientadas a conseguir la reincorporación del delincuente, avanzando con ello un importante paso en la lucha contra el delito". Memoria de la Consulta Nacional sobre Administración de Justicia, op. cit., p. 93.

y de ahí derivó un anteproyecto de nuevo Código Penal.

El anteproyecto fue redactado por una comisión integrada por las siguientes personas: doctor Sergio García Ramírez, licenciada Victoria Adato de Ibarra, doctor Gustavo Malo Camacho, doctor Celestino Porte Petit y licenciado Luis Porte Petit, asistidos por la licenciada Ana Luisa Barrón. El anteproyecto fue entregado al Presidente de la República el 8 de agosto de 1983, durante la ceremonia de presentación de conclusiones de la Consulta. Cfr., Memoria de la Consulta Nacional sobre Administración de Justicia, op. cit., p. 75.

Éste funcionó posteriormente como una especie de "documento-cantera", del que provinieron, en lo fundamental, los proyectos que fueron presentados al Congreso de la Unión en el propio 1983 y en los años siguientes.

Ocurrió, pues, lo que con acierto señaló Álvaro Bunster acerca del anteproyecto de 1983: "Parece fuera de dudas que él representa el punto de partida de la línea que debe orientar la política criminal de nuestra legislación penal futura". "Orientaciones político-criminales de una futura legislación penal mexicana", en Escritos de derecho penal y política criminal, Culiacán, Universidad Autónoma de Sinaloa, 1994, p. 211.

En la primera etapa de la amplísima reforma (orgánica, penal y procesal) cumplida entre aquel año y 1987, figuró la iniciativa del 28 de noviembre de 1983, que abordó el tema de los sustitutivos.

En la exposición de motivos, el Ejecutivo hizo notar que "una de las novedades más trascendentales, útiles y equitativas que la Iniciativa contempla, es el nuevo régimen de sustitutivos de las penas breves privativas de la libertad". Hasta ese momento, los sustitutivos se habían reducido a las disposiciones a propósito de la condena condicional y la commutación de prisión por multa. Empero, era evidente la "extrema inconveniencia, tantas veces señalada, de aplicar necesariamente a delincuentes primerizos, cuya actividad antisocial es ocasional, penas privativas de libertad de corta duración". No deja de ser extraño, señaló el Ejecutivo, que medidas similares, ampliamente conocidas desde hace tiempo en el sistema penitenciario, puedan ser acordadas por las autoridades administrativas que actúan en este campo, pero no puedan serlo por las autoridades jurisdiccionales, carentes de la potestad de sustituir la pena privativa de libertad.

Cfr., De la Madrid H., Miguel, El marco legislativo para el cambio, México, Presidencia de la República, 1984, vol. 6, p. 199.

Se promovió, así, la adopción del tratamiento en libertad, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad, que "se sujetan al arbitrio judicial, tomando en cuenta las circunstancias del caso y, desde luego, los antecedentes y la personalidad del infractor. No se trata, pues, de sustituciones automáticas o indiscriminadas".

Idem, p. 200.

La exposición de motivos se ocupó, con especial énfasis, en el trabajo en favor de la comunidad, que "constituye una novedad en nuestro derecho penal". No se trata, evidentemente, de trabajos forzados, sino de una medida que beneficia directamente al reo y a la sociedad. Se hizo referencia expresa al artículo 5 de la Constitución, en lo que concierne al trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, y al artículo 18 del mismo ordenamiento supremo, que se refiere al trabajo entre los medios para alcanzar la readaptación social del sujeto. En suma, al recogerse el trabajo en favor de la comunidad como lo hace la iniciativa, "se está confiriendo un alto sentido social, sin agravio del individuo, al régimen de las sanciones penales".

Ibidem.

En el catálogo de las penas y medidas bajo el texto original del Código de 1931, se aludió a la vigilancia de la policía, pero no quedó dicho en qué consistía ésta. La reforma de 1983 colmó el vacío, se refirió a vigilancia de la autoridad y describió su contenido. La exposición de motivos hizo notar que no se trata aquí, verdaderamente, de una tarea policiaca, sino de "una función supervisora y orientadora de la conducta del reo, atenta a los fines de la pena o medida de seguridad".

Idem, p. 203.

En el dictamen elaborado en la Cámara de Senadores, de fecha 20 de diciembre de 1983,

En cuya redacción tuvo participación distinguida, como en las deliberaciones del Senado, el senador Renato Sales Gasque. Véase la intervención de éste en la defensa del proyecto ante el Senado, en El marco legislativo para el cambio, op. cit., pp. 257-259.

se observó que con el régimen de sustitutivos propuesto se confirma que "el control social resultado de una pena debe ser el producto de una función prudente, de manera que no se caiga en ninguno de los extremos: el de las penalidades tiránicas, o el de las impunitades anárquicas".

Idem, p. 241.

El artículo 24 recogió las medidas de tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad (incisos 2 y 15), y se agregó un artículo 50 bis para regular la vigilancia de la autoridad. Estas medidas tienen el antecedente directo y claro del anteproyecto del Inacipe, de 1979, con modificaciones que reflejan el desarrollo de los conceptos y aportan útiles

precisiones. El artículo 70 contiene las reglas de sustitución de la prisión por aquellas medidas, y añade el supuesto de sustitución por multa. Me ocuparé en seguida de la procedencia y el sistema adoptado sobre estos puntos.

El tema de los sustitutivos en relación con las reformas de 1983, que fueron determinantes para el rumbo general del régimen penal mexicano, ha sido ampliamente comentado por la doctrina, en sentido favorable. Cfr., por ejemplo, Porte Petit, Celestino, "Reformas penales de 1984. Parte general (El delito)", en La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia, op. cit., pp. 229-230; Malo Camacho, Gustavo, "La reforma de 1984 al Código Penal, Parte general. Algunos comentarios", en idem, p. 295; Islas de González Mariscal, Olga, "Comentarios a las reformas al Código Penal", en idem, pp. 335-337; Vela Treviño, Sergio, "Algunas consideraciones sobre la reforma penal de 1984", en idem, p. 367; Moreno Hernández, Moisés, "Algunas consideraciones sobre las reformas a la Parte Especial del Código Penal", en idem, p. 381; García Ramírez, Sergio, Justicia y reformas legales, op. cit., pp. 275 y ss.; Pavón Vasconcelos, Francisco, Las reformas penales (Análisis crítico de la parte general), México, Porrúa, 1985, pp. 83-87 y 117-118; y Madrazo, Carlos A., La reforma penal (1983-1985), México, Porrúa, 1989, pp. 245 y ss.

El fundamental artículo 74 regula tres extremos: facultad y bases para la sustitución, reglas específicas de conversión y requisitos de procedencia. Evidentemente, hay conexiones extrechas entre aquel fundamento y estos requisitos. En lo que respecta a las reglas específicas de conversión, examinaré las correspondientes a cada sustitutivo en el lugar en que analice éste.

Comienza diciendo el artículo 74 que "la prisión podrá ser sustituida, a juicio del juzgador, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52..." Obsérvese, pues, que la sustitución no es un derecho exigible por el reo, sin más, sino una potestad del tribunal. Ahora bien, éste no puede ejercer dicha potestad de manera arbitraria, caprichosa, como tampoco puede ejercer de esta forma cualesquiera otras facultades que la ley le encomienda. El orden jurídico que permite al tribunal ejercer o no ciertos poderes, confía en que la decisión sea racional, atenta a los fines del régimen jurídico en su conjunto, y a los objetivos específicos de las instituciones jurídicas en cuyo ámbito aparece la facultad.

En otros términos, la sustitución no es una gracia que el juzgador puede conceder o negar libremente al infractor, sino un medio para satisfacer las necesidades de la readaptación social, no menos que las correspondientes a la seguridad y la paz públicas y a los intereses legítimos del ofendido. Todo eso deberá tomar en cuenta el tribunal a la hora de decidir sobre la sustitución en cada caso concreto. De esta forma deberá resolverse, en mi concepto, la frecuente pregunta sobre la naturaleza de figuras tales como la condena condicional o la libertad preparatoria: ¿son un "beneficio" o un derecho?

Establecido este principio, lo que sigue es aplicar al caso concreto las reglas contenidas en los artículos 51 y 52 acerca de la individualización y el desempeño del arbitrio judicial, o sea, ver el caso justiciable bajo el lente de esas normas para alcanzar una doble conclusión: en primer término, ¿es pertinente conceder la sustitución, habida cuenta de las características del asunto sometido al juzgador, esto es, de los datos relevantes del hecho punible, del infractor y de la víctima, más las consideraciones que procedan a propósito de la preservación

de la paz pública? La respuesta se debe alcanzar conforme al método que para tal fin establece el propio artículo 52. Efectivamente, el juzgador ha de practicar verdaderamente la inmediación, tomando conocimiento personal y directo del justiciable. El secretario y otros auxiliares de la función jurisdiccional no pueden ni deben funcionar como "ojos y oídos del juez", so pena de incurrir en simulaciones o faltas en la observancia de la inmediación, uno de los datos característicos del proceso penal moderno. Para ilustrar su opinión acerca del justiciable, y en tal virtud estar en condiciones de valorar seriamente su personalidad y avanzar en el juicio de individualización, el juez debe obtener el apoyo de estudios de personalidad.

El suministro de estudios de personalidad al juzgador, por parte de los servicios técnicos criminológicos del reclusorio, se instituyó en la práctica y las normas del Centro Penitenciario del Estado de México, entonces bajo mi dirección. En el proceso de reformas de 1983, fue incorporado un último párrafo al artículo 52 del Código Penal federal y del Distrito Federal, para disponer que "el juez requerirá los dictámenes periciales tendentes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes, en su caso, a la aplicación de las sanciones penales".

Si la respuesta es afirmativa y ya se tiene, por lo tanto, una primera conclusión, lo que corresponde es precisar, siempre a la luz de esos preceptos - individualización y arbitrio bien informado-, qué sustitutivo se deberá aplicar. Para esto último es necesario, obviamente, establecer la procedencia en función de la pena aplicada al delito (no sólo la sanción legal aplicable, en abstracto), y elegir el sustitutivo más adecuado a las circunstancias del caso, cuando exista alternativa. En efecto, bajo la legislación de 1983, la pena de prisión de no más de tres años podía ser sustituida, alternativamente, por tratamiento en libertad o semilibertad, y la que no excediera de un año podía serlo, también alternativamente, por multa o trabajo en favor de la comunidad. Evidentemente era posible sustituir una pena de prisión inferior a un año por tratamiento, semilibertad, multa o trabajo en favor de la comunidad, según resultara adecuado en la hipótesis sujeta a la decisión judicial.

Ahora bien, la sustitución se limita por algo más que la pertinencia observada a través de los artículos 51 y 52. Hubo otros puntos a considerar, en el texto derivado de la reforma de 1983. Éste sujetó la sustitución al cumplimiento de los requisitos contenidos en la fracción I, incisos b) y c), del artículo 90, precepto que organiza la condena condicional.

El inciso a) exige "que sea la primera vez que el sentenciado incurre en delito intencional y, además, que haya evidenciado buena conducta positiva antes y después del hecho punible". Si se trataba de un reincidente en delitos cometidos con intención o dolo, quedaba cerrada la posibilidad de sustitución. Lo mismo sucedía si el sujeto había tenido mala conducta, o bien, no había observado esa buena conducta positiva que la ley exigió. Aquí nos encontramos frente a verdaderas causales de improcedencia.

La restricción al supuesto de delitos cometidos por imprudencia, y no todos los delitos, y la calificación de buena conducta "positiva" fueron agregadas por la

reforma de 1971. Cfr., García Ramírez, La reforma penal de 1971, op. cit., p. 26.

El inciso b), modificado en 1993 en un punto exclusivamente terminológico -el cambio de delito "intencional" por delito "doloso"- se refiere al carácter del reo como primerizo en delitos dolosos o intencionales. Por ende, queda excluido de condena condicional -y lo estuvo de sustitución penal- quien era reincidente en este género de infracciones. También reclama ese inciso, enderezado hacia la condena condicional -y en 1983 hacia la sustitución-, que el reo "haya evidenciado buena conducta positiva, antes y después del hecho punible".

Sin perjuicio de lo que luego veremos a propósito de la sustitución parcial de la multa por el trabajo en favor de la comunidad, ninguna norma faculta al juez para hacer sustituciones parciales, es decir, disponer el cumplimiento de la prisión durante cierta etapa, y luego la sujeción a una medida sustitutiva. El juez no puede hacer lo que sí está permitido a la autoridad penitenciaria en el régimen progresivo. Existe, sin embargo, una hipótesis en que puede presentarse cumplimiento parcial de una pena de prisión, y sustitución posterior de ésta. Así sucederá en el caso del artículo 74, que desarrolla una norma incorporada en 1971 para favorecer la condena condicional,

Esta interesante novedad, propuesta por el licenciado Raúl F. Cárdenas, implica que el juzgador recupera la potestad jurisdiccional cuando ya se ha pasado a la ejecución de la pena, y revisa y modifica su propia sentencia. Se altera, así, el principio de cosa juzgada formal, en aras de una solución más apegada a la ley de fondo y más conveniente desde el punto de vista individual y social. La fracción X del artículo 90, adicionada en 1971, resolvió: "El reo que considere que al dictarse sentencia reunía las condiciones fijadas en este precepto (que regula la condena condicional) y que está en aptitud de cumplir los demás requisitos que se establecen, si es por inadvertencia de su parte o de los tribunales que no obtuvo en la sentencia el otorgamiento de la condena condicional, podrá promover que se le conceda, abriendo el incidente respectivo ante el juez de la causa".

cuando se debió conceder esa condena o una sustitución, a juicio del reo, y no sucedió así por inadvertencia del juez o del culpable, éste podrá instar un incidente para que se conceda el beneficio omitido.

El primer párrafo del artículo 27 alude al tratamiento en libertad de inimputables. De este modo deslinda los dos supuestos de tratamiento en libertad que reconoce el ordenamiento penal, a saber: de imputables, que es el que ahora nos interesa, y de inimputables, al que se refiere el artículo 67.

También el sistema de tratamiento de inimputables fue ampliamente revisado en la reforma de 1983. Tiene especial importancia la norma contenida en el artículo 69, propuesta a la comisión redactora por la doctora Olga Islas de González Mariscal. Se dice que la duración de la medida de tratamiento de inimputables no excederá del máximo de la pena aplicable al delito. Si al concluir este lapso el sujeto sigue necesitando tratamiento, se le pondrá a disposición de la autoridad sanitaria para que proceda conforme a la legislación de la materia. De tal suerte, una medida penal pasa a convertirse en medida sanitaria. Al respecto, la exposición de motivos dijo que con esta prevención "se

impide el desbordamiento de la justicia penal, que, en la realidad, pudiera traducirse en reclusiones de por vida". El marco legislativo para el cambio, cit., p. 198. Como se ve, la duración de la medida de tratamiento resuelta por el juzgador penal puede abarcar hasta el máximo de la prisión prevista en la ley punitiva. No se trata, pues, de alguna duración menor que fije o pueda fijar el juez penal.

En el texto proveniente de la reforma de 1983, esta forma de tratamiento procedía, por vía de sustitución, cuando el juzgador dispusiera prisión que no excediese de tres años (artículo 70, fracción I). Se trataba, sin duda, de una conversión razonable desde las perspectivas que es preciso considerar en estos casos: intereses de la sociedad, el reo y la víctima, y eficacia de las sanciones como medios de punición, de una parte, y de readaptación, de la otra. Por otra parte, no resulta excesivo someter a una persona a este género de tratamiento por hasta tres años, tomando en cuenta, sobre todo, que puede hallarse franco el camino para que desarrolle las actividades educativas o laborales que elija y necesite, así como el hecho de que no debe regresar a prisión.

El tratamiento se encauza al través de "medidas laborales, educativas y curativas, en su caso, autorizadas por la ley y conducentes a la readaptación social del sentenciado". Aquí se dispone la adopción de métodos de tratamiento -pues en eso consisten las medidas- con evidente sentido recuperador o resocializador, enderezados al objetivo que el artículo 18 constitucional fija al sistema penal mexicano: readaptación. El legislador pudo prescindir de la referencia explícita a ésta, que ya está implícita en un ordenamiento dependiente de principios constitucionales expresos.

No pormenoriza la norma, ni tendría por qué hacerlo, esas medidas laborales, educativas o curativas. Empero, creo necesario que el juzgador fije, en forma suficiente, la identidad de las medidas aplicables al sujeto, a fin de que el ejecutor actúe con este fundamento. Para ello debiera ponderar las circunstancias del reo y las características de las medidas consideradas. Se supone, por lo demás, que el juez penal no sólo es un conocedor de la dogmática jurídica -"pura y dura", como se dice con expresión pintoresca-, sino también de la criminología y la penología, y por ello sabrá orientar la sentencia desde este último ángulo. En otros términos, no se limita a un ejercicio jurídico sustantivo y procesal, sino debe adelantar el ejercicio ejecutivo que va más allá -mucho más allá- de la consideración dogmática tradicional.

Existen dos referencias claras con respecto a la adopción judicial de medidas. En primer término, se necesita que éstas se hallen "autorizadas por la ley". Para satisfacer esta condición, no me parece indispensable que exista un señalamiento legal que mencione y describa, una a una, en todos sus detalles, las medidas que puede adoptar el tribunal. Basta con que aquéllas sean legítimas, accesibles legalmente; que no estén reprobadas por la ley. Sin embargo, la norma pudo ser más expresiva, para sortear la objeción de que la autoridad sólo puede hacer aquello que le esté atribuido por la ley. En segundo término, es menester que esas medidas se dirijan precisa y claramente a la readaptación social del sujeto. Por ello, la selección de especies debiera hallarse debidamente sustanciada en la sentencia judicial y en los acuerdos subalternos de la autoridad ejecutora.

La reforma de 1983 fijó la duración extrema del tratamiento: "no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida". No es imposible, y quizás ni siquiera improbable, que en un buen número de casos se advierta la necesidad de llevar adelante el tratamiento del condenado. Sin embargo, ni el juzgador ni la autoridad ejecutora podrán ejercer autoridad alguna cuando ha transcurrido el tiempo previsto en la condena. Si hay medidas de salud que tomar, la autoridad del ramo actuará conforme a sus atribuciones.

El tratamiento se realiza bajo la vigilancia de la autoridad: "orientación y cuidado". No sobra destacar, ahora y siempre, que la buena supervisión de las medidas en libertad constituye la piedra de toque del sistema. Si no se cuenta con definiciones claras sobre las medidas y con apoyo y supervisión competentes por parte de la autoridad, el régimen de sustitución no alcanzará el éxito que se necesita. Recuérdese el papel que los funcionarios supervisores han jugado en las normas y las prácticas de la condena condicional, desde el origen de esta institución, vinculada invariablemente al *probation officer*.

Ya adelanté alguna consideración a propósito de la supervisión de la autoridad, al referirme a la exposición de motivos sobre el sistema general de los sustitutivos. En este orden de cosas, el legislador también pudo prescindir de la referencia que hizo a la vigilancia de la autoridad, a propósito del tratamiento en libertad, puesto que según el artículo 50 bis "cuando la sentencia determine restricción de libertad o derechos, o suspensión condicional de la ejecución de la sentencia, el juez dispondrá la vigilancia de la autoridad sobre el sentenciado". Ésta tiene una función dependiente de la medida principal a la que se acopla, y por ello dura el mismo tiempo que aquélla, es decir, se requieren mutuamente y se aplican en forma simultánea.

La vigilancia posee un contenido preciso, distinto de la mera supervisión policial, que tendría por misión evitar nuevos delitos y verificar el cumplimiento de las condiciones de vida que la sustitución apareja. La vigilancia de la autoridad, en cambio, no se dirige solamente a observar ese cumplimiento, que también le concierne, sino más bien a colaborar en la reintegración social del sentenciado. Así, quien vigila no es policía del reo, sino colaborador suyo, sin dejar de interesarse activamente, por supuesto, en que la ejecución de la medida y el comportamiento del sujeto sean benéficos para la sociedad. A estas ideas sirve la estipulación contenida en el segundo párrafo del artículo 59 bis: "La vigilancia consistirá en ejercer sobre el sentenciado observación y orientación de su conducta por personal especializado dependiente de la autoridad ejecutora, para la readaptación social del reo y la protección de la comunidad".

El segundo párrafo del artículo 27, bajo la redacción de 1983, adopta la semilibertad como una "alternación de períodos de privación de la libertad y de tratamiento en libertad". Esa alternación puede consistir en externación durante la semana de trabajo o educativa (esta voz no se hallaba en la descripción del anteproyecto del Inacipe), con reclusión de fin de semana; o a la inversa: reclusión entre semana y externación de fin de semana; o bien, salida diurna y reclusión nocturna. "La duración de la semilibertad no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida". La externación no es una simple excarcelación, sino una libertad bajo tratamiento, esto es, una externación sujeta a la adopción y el cumplimiento de medidas laborales,

educativas y curativas, en su caso, como las previene el primer párrafo del artículo citado.

En los términos de la regla general de sustitución contenida en el artículo 70, fracción II, procedía el cambio de prisión por semilibertad cuando la duración de aquélla no excediese de tres años. En este aspecto rigió, pues, la misma norma existente para la libertad bajo tratamiento. Sin embargo, hay gran diferencia entre ambas medidas, no obstante que la semilibertad tenga naturaleza mixta entre la prisión y el tratamiento en libertad. Efectivamente, el semiliberado debe afrontar períodos de reclusión, más o menos breves, durante todo el tiempo que dure la medida, y este reingreso constante a la cárcel -así se trate de una prisión con características diferentes a la institución cerrada, que es lo debido- apareja problemas que pueden exacerbarse en el curso de varios años. En mi concepto, la semilibertad debió ser más reducida que el tratamiento en libertad. Todo esto ha venido a agravarse merced a la reforma de 1993, que luego analizaré.

El tercer párrafo del artículo 27 recoge, tomándola en línea directa del anteproyecto del Inacipe y aportando modificaciones importantes, la medida de trabajo en favor de la comunidad. No volveré a lo dicho acerca de antecedentes y fundamentos de esta medida mencionados con anterioridad.

El trabajo en favor de la comunidad consiste en la "prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas educativas o de asistencia social o en instituciones privadas asistenciales". Esta disposición contiene varios elementos relevantes. Se trata de una actividad laboral, una "prestación de servicios", no una actividad recreativa o educativa personal: es preciso, entonces, que haya dos sujetos en una relación: el reo que presta el servicio, es decir, que cumple el trabajo, y la persona (institución, pero a la postre individuos, beneficiarios inmediatos o mediatos del trabajo) en cuyo favor se desempeña ese servicio, aquél a quien se sirve. El reo no percibe remuneración alguna por su trabajo, a diferencia de lo que puede suceder en los supuestos de libertad bajo tratamiento o semilibertad.

Además, no puede ser beneficiaria del servicio cualquier persona, puesto que se trata de un trabajo "en favor de la comunidad", con determinadas limitaciones y características que luego mencionaré. Se quiere, en suma, que la actividad laboral sea útil para la comunidad en la que vive el reo, y que no implique explotación alguna o aprovechamiento lucrativo del trabajo del sujeto. Por eso el legislador optó por reducir el espacio de los servicios a las instituciones públicas educativas o de asistencia social, y a las privadas asistenciales. Bajo este último rubro debiera entenderse, a mi modo de ver, sólo las que brindan atención gratuita a menores de edad, enfermos y desvalidos en general, no los hospitales de particulares en que el paciente retribuye, a veces en forma cuantiosa, la atención que recibe.

Es preciso que el trabajo ordenado por la autoridad judicial penal, que, como se ha dicho, es gratuito, permita al interesado -que se mantiene en libertad- la obtención de recursos necesarios para su propia subsistencia y la de sus dependientes económicos, y lo es que no vulnere la dignidad de aquél, siempre a salvo de cualquier injerencia arbitraria, ni pugne con las estipulaciones del

derecho laboral mexicano aplicables a todos los trabajadores, inclusive a los que desempeñan un trabajo en virtud de sentencia penal.

La reforma de 1983 se ocupó en regular esos naturales requerimientos. Por lo que hace a la compatibilidad del trabajo penal con las actividades del reo destinadas a proveer a sus necesidades y con las normas del derecho del trabajo, el artículo 27 decidió que aquél se lleve a cabo "en jornadas dentro de periodos distintos al horario de las labores que representen la fuente de ingreso para la subsistencia del sujeto y su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determine la ley laboral". Asimismo, "la extensión de la jornada de trabajo será fijada por el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso".

Ahora bien, la fracción XI del apartado A) del artículo 123 constitucional estipula que "en ningún caso el trabajo extraordinario podrá exceder de tres horas diarias, ni de tres veces consecutivas". Así las cosas, existe un renvío penal a la ley laboral, que a su vez, como norma aplicable al trabajo extraordinario en general, impone una restricción considerable al trabajo en favor de la comunidad. La letra de estas disposiciones lleva a una conclusión: sólo se puede realizar el trabajo en favor de la comunidad durante tres horas diarias. En consecuencia, ésta es la jornada que menciona el ordenamiento penal, para los efectos del cómputo de las sanciones.

Por lo demás, ¿es también aplicable aquí la otra restricción marcada en la misma fracción del artículo 123, es decir, la relativa al número de días en que se puede cumplir la jornada extraordinaria? Es posible arribar a dos interpretaciones encontradas. En un caso se sostendrá que la ley laboral constitucional comprende todo el régimen básico de la jornada extraordinaria, atendiendo a las necesidades de descanso, convivencia familiar y recreación del trabajador - que se hallan en el fundamento de estas restricciones-, y por ende sólo es posible trabajar en favor de la comunidad tres veces consecutivas, hacer una interrupción y reanudar las jornadas por otras tres veces.

Desde otra perspectiva, acaso más admisible, se concluirá que la única restricción que ordena la ley penal, por el renvío a la norma laboral, es la relativa a "extensión" de la jornada, es decir, a la duración de ésta. Efectivamente, tal es el texto del artículo 27 del Código Penal. Además, en el mismo precepto se indica claramente que se sustituirá la prisión por trabajo, "sin que (éste) pueda exceder de la jornada extraordinaria que determine la ley laboral"; y esta jornada se integra con tres horas de trabajo, después de las horas de actividad ordinaria del obrero.

A esta segunda interpretación sería posible agregar otro argumento, ciertamente resbaladizo: las garantías establecidas en el artículo 5 de la Constitución, a propósito del trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, son las referentes a las fracciones I y II (del apartado A) del artículo 123, lo que significa que el sujeto no podrá cumplir, bajo ese mismo título de trabajo penal, más horas de las ordinarias que la Constitución estipula, pero nada dicen esas fracciones sobre el número de días laborables en forma continua. Finalmente, tómese en cuenta que la primera interpretación señalada perjudicaría seriamente al sentenciado, en cuanto prolongaría el tiempo

necesario para la ejecución penal y, por lo tanto, para el acceso a la libertad absoluta.

Resuelve el último párrafo del artículo 27 que "por ningún concepto se desarrollará este trabajo en forma que resulte degradante o humillante para el condenado". De tal suerte quedan excluidas las actividades serviles públicas, que aparejan la exposición del penado ante los ojos del público, con la finalidad de brindar a la comunidad un espectáculo intimidante y punitivo, o someter al sentenciado al escarnio general.

En lo que concierne a la duración de la medida, hay dos estipulaciones importantes. Por una parte, en la regla general instituida por el artículo 70 se indicó que la sustitución de prisión por trabajo en favor de la comunidad sólo podría operar cuando aquélla no excediese de un año. Parece razonable esta medida en la sustitución de sanciones. Por otra parte, el cuarto párrafo del artículo 27 resuelve el cómputo del trabajo: "Cada día de prisión será sustituido por una jornada de trabajo en favor de la comunidad".

En el caso del trabajo, la ley penal reitera que éste se desarrollará "bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora". Ya señalé que esta prevención es innecesaria; basta la regla que estatuye el artículo 50 bis, sobre procedencia de la medida de vigilancia.

Vayamos ahora al caso de la multa, que es sustitutivo de la prisión, pero también puede presentarse como sanción principal, a su turno sustituible (artículo 29). Sucedía lo primero según las reformas de 1983, es decir, que se sustituyera a la prisión por multa, cuando aquélla no excediese de un año (artículo 70, fracción I). En consecuencia, la multa vino a ser sustitutiva de la prisión y alternativa del trabajo en favor de la comunidad. Ocurre lo segundo, una vez abandonado el injusto sistema general de sustitución de la multa por prisión, en virtud de la insolvencia o renuencia del reo, en aquellos casos en que "se acredite que el sentenciado no puede pagar la multa o solamente puede cubrir parte de ella". Entonces el tribunal puede sustituirla, total o parcialmente, como quiso el anteproyecto del Inacipe, por prestación de trabajo en favor de la comunidad, a razón de una jornada de trabajo por un día multa.

Entre las más notables innovaciones debidas a la reforma de 1983 figuró el régimen de días multa, con antecedente en el Código Almaraz de 1929. Cfr., exposición de motivos en De la Madrid H., El marco legislativo para el cambio, op. cit., p. 201. En la iniciativa del Ejecutivo que desencadenó las reformas de 1993, se incurrió en el evidente error de suprimir la precisión sobre el contenido del día multa. Se pretendía -sin explicación alguna en la exposición de motivos que manifestara las razones del cambio, en caso de haberlas- que esa parte del precepto quedara como sigue: "La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará por días multa, los cuales no podrán exceder de quinientos, salvo los casos que la propia ley señale". Afortunadamente los legisladores advirtieron el error -que retiraba al concepto de día multa su razón de ser- y en el dictamen redactado en la Cámara de Diputados establecieron que "resulta necesario mantener la segunda parte del párrafo segundo, que establece la equivalencia del día multa". Considerando II, punto 4, inciso a.

Existe un necesario deslinde entre el caso en que el reo no puede cubrir la multa, que se enfrenta con la aplicación de sustitutivos, y aquel otro en que "se negare sin causa justificada" a cubrir su importe. Si acontece esto último, el Estado recurrirá al procedimiento económico coactivo.

Hay todavía, como en el anteproyecto del Inacipe, una segunda hipótesis de sustitución en este mismo campo: "Cuando no sea posible o conveniente la sustitución de la multa por la prestación de servicios, la autoridad judicial podrá colocar al sentenciado en libertad bajo vigilancia, que no excederá del número de días multa sustituidos" (artículo 29, quinto párrafo).

La sustitución no causa estado de cosa juzgada, ni siquiera en sentido formal. En efecto, es revocable por el juzgador que la concedió, como lo es la condena condicional, si el culpado no cumple las condiciones a las que se halla sujeto el disfrute de este beneficio, o comete un nuevo delito o carece de fiador que garantice el cumplimiento de deberes patrimoniales, en caso de que se hubiese designado garante de este carácter (artículos 71 y 72).

En este punto vale observar que se ha detenido, y en algunos casos retraído, la tendencia a conceder ciertos beneficios en forma definitiva, irrevocable, independientemente del comportamiento del beneficiario mientras se extingue, por el transcurso del tiempo, la posibilidad jurídica de ejecutar la pena de prisión. El carácter revocable de la medida ha sido característico de la condena condicional, y luego de los sustitutivos. En el caso de la remisión parcial de la pena, inicialmente se optó por el otorgamiento en firme; posteriormente se introdujo la revocabilidad, a la manera de la libertad preparatoria.

Esto así, por adiciones del 29 de noviembre de 1984, publicadas el 10 de diciembre siguiente, al artículo 16 de la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados.

IX. LAS REFORMAS DE 1991 Y 1993. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN Y CONSIDERACIÓN FINAL

Como antes señalé, a partir de 1983 hubo numerosas modificaciones de la legislación penal mexicana, sustantiva y adjetiva.

Sólo por lo que respecta a la legislación sustantiva, conviene observar que entre 1982 y 1994 fueron expedidos veintiún decretos de reformas y adiciones al Código Penal para la Federación y el Distrito Federal, que se refirieron a doscientos sesenta y un preceptos de ese ordenamiento. Como se ve, las reformas abarcaron la gran mayoría de los artículos, muchos de los cuales corresponden, además, a los temas fundamentales del sistema penal.

En su mayor parte, militaron en la línea trazada por las reformas de 1983.

No se hallan en este caso, desde luego, los cambios incorporados por el decreto del 30 de diciembre de 1988, publicado en el Diario Oficial del 3 de enero de 1989, que elevó la pena máxima de prisión a cincuenta años, en el caso de

varios delitos de suma gravedad, como el homicidio calificado y el secuestro, por ejemplo.

Luego vendrían reformas constitucionales, practicadas con excesiva premura en 1993, seguidas de un gran número de cambios secundarios, vinculados con dichas modificaciones en la ley suprema o ajenas a ellas, de carácter fundamentalmente procesal penal.

Cfr., mi análisis de estas novedades en *El nuevo procedimiento penal mexicano*, México, Porrúa, 1994 (2a. ed. en prensa).

Para los fines del actual estudio, en ese conjunto destaca, primero, el proceso de reformas desarrollado en 1991, que culminó en el importante decreto del 16 de diciembre de dicho año, publicado el 30 del mismo mes. En éste hay novedades a propósito de los sustitutivos, vigentes en 1995.

Señala Gustavo Malo Camacho que la reforma de 1991 "observa un claro sentido hacia la despenalización que aparece alcanzado por dos vías distintas: penas alternativas y penas sustitutivas. Ambos sistemas ya preexistían en la ley penal mexicana, a partir de las reformas de 1984, y es ahora, con las reformas que incorpora el decreto del 30 de diciembre de 1991, que se amplía notablemente su nuevo alcance". "Modernización jurídica penal en México y el Decreto de reforma de fecha 30 de diciembre de 1991", en *Criminalia*, año LVIII, núm. 1, enero-abril 1992, p. 169.

Sobre los desarrollos de la reforma de 1991 hubo opiniones favorables y pareceres críticos, precisamente a propósito del tema que ahora examino.

Véase, por ejemplo, la crítica que formula Moisés Moreno Hernández, y que puede extenderse igualmente a otras reformas que pretenden aliviar los problemas de la pena privativa de libertad, pero olvidan la necesidad de resolver con equilibrio las diversas cuestiones que ha de considerar y regular el sistema penal. Manifiesta Moreno Hernández que el legislador de 1991 se preocupó por la prisión; "es decir, que la saturación que actualmente existe en las cárceles, ha motivado buscar diversas formas de cómo vaciarlas o de cómo evitar que las personas lleguen a ella(s)". Pero en una reforma "debe atenderse siempre a los objetivos que corresponden al derecho penal, y, además, buscarse el equilibrio de los diversos intereses que entran en juego... uno de esos aspectos fundamentales, lo es precisamente la protección de los bienes jurídicos, individuales o colectivos; de tal manera que habría que preguntarse si de esta forma los fines del derecho penal se lograrán de manera eficaz o no". "Las recientes reformas al Código Penal", en *Criminalia*, año LVIII, no. 1, enero-abril 1992, p. 189.

En la reforma de 1991 permanecieron sin cambios los artículos 24 y 27. En tal virtud, se mantuvieron los textos que enuncian y describen los sustitutivos penales establecidos en 1983. Tampoco hubo cambio en el artículo 29, donde aparece la sustitución de la multa no pagada por trabajo en favor de la comunidad o libertad bajo vigilancia. Asimismo, permanecieron intactos los artículos 71 (revocación de los sustitutivos), 72 (fianza para el cumplimiento de las obligaciones inherentes a la sustitución) y 73 (comutación por el Ejecutivo). En cambio, hubo reformas interesantes para los fines del presente análisis en

los artículos 70 y 90, que no modificaron la vinculación de los sustitutivos con los artículos 51 y 52 y con ciertos elementos de la condena condicional, señalados líneas arriba.

En este mismo proceso fue reelaborado el artículo 51, para señalar que en el supuesto 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".

En la cuenta favorable de la reforma del 91 figura la ampliación de supuestos de pena alternativa, lo cual mejora el régimen precautorio procesal, pues elimina la prisión preventiva, y aligera el sistema ejecutivo, dado que abre la vía para el empleo de alternativas de la prisión. La nueva fórmula del artículo 51 se orienta evidentemente en favor de las sanciones no privativas de libertad y obliga a fundar la prisión, cuando se opte por ésta, en una precisión difícil: que sea ineludible a la luz de la justicia y la prevención general y especial. Es manifiesto el desacuerdo del legislador al referirse aquí a la prevención general como criterio para la individualización judicial de la pena.

Elpidio Ramírez ha formulado una certa crítica sobre este punto. El juzgador no debiera tomar en cuenta la prevención general, que es, en cambio, materia para la consideración del legislador. En efecto, el juez no puede -o mejor dicho, no debe- sancionar con los ojos puestos en la repercusión que la pena tenga para evitar la comisión de delitos por otros integrantes de la sociedad, porque de hacerlo así estaría sancionando al reo en función de la posible conducta de esos otros y no de su propio comportamiento. Véase, asimismo, la crítica que en sentido similar formula Moisés Moreno Hernández, "Las recientes reformas al Código Penal", en *Criminalia*, cit., pp. 186-187.

A la reforma de 1991 siguió el cambio legal penal de 1993, impulsado por la modificación constitucional de este último año, ya mencionada, pero sobre todo por el horizonte abierto en 1983,

Bien dice Álvaro Bunster que "por sus propósitos y su extensión, se orienta en la línea de reformas anteriores, principalmente en la de la muy significativa efectuada en el lapso de 1983 a 1985". "La evolución legislativa penal mexicana", en *Criminalia*, año LX, núm. 4, noviembre-diciembre 1994, p. 19.

aun cuando fueron poco afortunadas varias de las reformas de 1993 en la materia que ahora examino. Entre las variaciones de 1993 figuran algunos ajustes importantes en el tema de los sustitutivos, que provienen del trabajo legislativo en la Cámara de Diputados -el dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia-, no de la iniciativa misma. En esta virtud es necesario examinar las modificaciones hechas a los artículos 27 y 70, así como a otros preceptos, localizados en la parte especial, cuyos nuevos textos derivan de la reforma al artículo 27.

En el dictamen elaborado en la Cámara de Diputados se consideró oportuno adicionar un párrafo al mencionado artículo 27,

a efecto de establecer que el trabajo en favor de la comunidad no únicamente se emplee como un sustitutivo de la prisión o de la multa, sino que se utilice en

forma independiente, pudiendo de esta manera imponerse como una verdadera pena autónoma.

Considerando II, punto III.

Por la reforma de 1993, en el artículo 27 se lee ahora que "el trabajo en favor de la comunidad puede ser pena autónoma o sustitutivo de la prisión o de la multa". Esto es indudablemente cierto, aunque no era indispensable decirlo en ese precepto. Se tiende, con razón, a ampliar las posibilidades de aplicación de las medidas sustitutivas de la prisión como penas autónomas, esto es, no emplearlas apenas en calidad de sucedáneos de la privación de la libertad, por determinación del juzgador, sino también, cada vez que resulte aconsejable, como sanciones previstas legalmente, en forma directa y exclusiva, con respecto a determinadas hipótesis delictuosas. Este camino, seguido por el legislador últimamente, se abrió también, como otras muchas soluciones renovadoras del ordenamiento penal, desde hace varios años. En efecto, la Ley de Vías Generales de Comunicación previó la aplicación alternativa de trabajo en favor de la comunidad (treinta a noventa días) o multa en el caso del delito previsto en el artículo 537.

El artículo 537 de la Ley de Vías Generales de Comunicación fue reformado por decreto del 7 de noviembre de 1986, publicado en el Diario Oficial del 19 de ese mismo mes.

Es claro que el legislador de 1993 pudo haber avanzado más en este campo, considerando también la posibilidad de aplicación autónoma o directa de las sanciones de tratamiento en libertad y semilibertad. No fue así. Quizás lo impidió la premura legislativa.

En la misma Cámara de Diputados se llevó adelante una útil reflexión acerca de los delitos a cuyos autores o partícipes conviene aplicar directamente la sanción de trabajo en favor de la comunidad, no la pena de prisión sustituible. En este campo, el dictamen expresó diversas consideraciones que sustentaron, en su momento, el cambio de las sanciones previstas para una serie de delitos relativamente leves, combinados con penas de prisión reducidas y multa, alternativa o copulativamente.

Los dictaminadores esgrimieron tres argumentos en favor del empleo del trabajo en favor de la comunidad como sanción autónoma para determinados delitos.

No hay estricta correspondencia entre los delitos mencionados por el dictamen para los efectos de la modificación de penas, y los contemplados, específicamente, en los preceptos que fueron reformados, conforme a la propuesta contenida en el propio dictamen y al voto final del Congreso. Por ejemplo -sólo un ejemplo-, en la relación de delitos mencionados en el dictamen no se incluye la evasión de presos, cuando la reaprehensión del prófugo se consigue por gestiones del responsable de la evasión. En cambio, el dictamen invoca el artículo 153, en que se contiene el tipo respectivo y que efectivamente fue reformado en 1993.

Se hizo ver, en primer término, que los delitos tomados en cuenta para tal propósito

no se consideran graves [y por ello] resulta excesiva la pena de prisión, puesto que en muchos casos, por carecer de recursos económicos, las personas que cometen alguno de los delitos mencionados no tienen la posibilidad de cubrir la multa, por lo que se ven obligados a compurgar la pena corporal.

Dentro de la misma línea de consideraciones, se adujo en segundo término que "se corre el riesgo de que al ser internados en alguno de los Centros de Readaptación Social, dichas personas se contaminen con otros reos, desvirtuándose así el espíritu de los sistemas de readaptación social". Es evidente que el legislador conoce -y teme, por lo tanto- las condiciones que prevalecen, mayoritariamente, en esos llamados centros de "readaptación social".

La adopción del nombre -cuyo significado contradiría la realidad- fue propuesta por el Tercer Congreso Nacional Penitenciario. Cfr., Memoria del..., op. cit., p. 70.

Por último, el dictamen invoca un factor más en apoyo de la reforma: "la sobre población de internos en los Centros de Readaptación Social".

Estos argumentos aparecen en el Considerando II, punto 3, del dictamen de las comisiones en la Cámara de Diputados.

Por lo que toca al último punto mencionado, a mi modo de ver no es la sobre población, por sí misma, lo que conviene considerar, sino la racionalidad en el empleo de la pena privativa de libertad y en el uso de otros expedientes penales, como los sustitutivos. No se trata, en fin, simplemente de poblar o despoblar prisiones, sino de aplicar con sensatez las medidas pertinentes desde el ángulo de una bien fundada política criminal del Estado. En función de esto debiera resolverse sobre el poblamiento o el despoblamiento de las prisiones, sin perjuicio, claro está, de llevar adelante con veracidad y seriedad la indispensable reforma del sistema carcelario del país.

En el artículo 70 fue derogado el último párrafo, que vinculaba los sustitutivos con los incisos b) y c) de la fracción I del artículo 90, es decir, con la exigencia de que el candidato a sustitución fuese primerizo en delito intencional o doloso

En 1993 se empleó la expresión "doloso", en lugar de "intencional", siguiendo así la nomenclatura incorporada en el artículo 9. Se trata de una precisión técnica reclamada por la doctrina desde hace tiempo, y desde luego justificada, aunque carezca por completo de trascendencia práctica.

y hubiera evidenciado buena conducta positiva, antes y después de la comisión del delito, y con el pronóstico judicial sobre futura delincuencia, temas que ya examiné brevemente. A este respecto, el dictamen elaborado en la Cámara de Diputados menciona lacónicamente:

se propone derogar el último párrafo del artículo 70 subsecuente de la fracción III, con la finalidad de que el juez al momento de individualizar la pena, en términos de los artículos 51 y 52, tome en cuenta únicamente el hecho delictuoso por el que se está procesando.

Dictamen, Considerando II, punto 3.

Esto lleva a considerar el tema de la reincidencia para efectos de la sanción penal. La corriente tradicional en esta materia optó por agravar las penas en casos de reincidencia o habitualidad, además de cerrar el acceso de los reiterantes a beneficios legales como la condena condicional o la libertad preparatoria. Con ello se trataba en forma desigual las dos hipótesis, asimismo desiguales, que se presentan en este campo: primodelincuencia y reincidencia. En contra de este modo de resolver la reacción penal, otras corrientes han estimado que la reincidencia o la habitualidad en el delito no deben ser consideradas factores para la agravación necesaria de las penas o el retiro explícito de los beneficios, sino como puntos interesantes -pero no determinantes- en el ejercicio del arbitrio judicial que conduce a la individualización penal. En este sentido fueron modificados los artículos 65 -sobre reincidencia- y 70 del Código Penal, que ya mencioné.

Esta nueva comprensión del tema de la reincidencia proviene de la iniciativa presidencial. En la exposición de motivos se manifiesta, a propósito de los cambios consultados en el artículo 65, que

en lugar de fungir [la reincidencia] como una causa de agravación de la pena, como tradicionalmente ha sucedido -por la gran influencia positivista que ha tenido nuestra legislación penal- y, por ello, contrariando diversos principios fundamentales de un derecho penal democrático, se sugiere darle ahora a la reincidencia la función de ser un criterio más para la individualización penal.

Punto II.6.8.

En el mismo sentido se pronunció el dictamen de la Cámara de Diputados, que también analiza conjuntamente las prevenciones de los artículos 52 y 65, más la reforma del 70. Alude también a los principios del derecho penal democrático (en rigor, humanista, más bien que democrático), menciona las estipulaciones que en este sentido existen en diversas entidades federativas, y asegura que dar "a la reincidencia la función de agravar la pena, contradice entre otros el principio constitucional que prohíbe valorar dos veces una conducta que ha sido objeto de juzgamiento".

Considerando II, punto 5, b).

Ahora bien, en este análisis del papel que puede o debe jugar la reiteración delictuosa en el sistema penal, considerando los diversos intereses, bienes y derechos que éste custodia, es menester deslindar dos supuestos, que no son necesariamente idénticos. Por una parte se halla la punición agravada del reincidente: se eleva legalmente la pena aplicable al sujeto en el segundo juicio, por el delito B, en mérito de haber una primera condena en otro juicio, por el delito A, con determinada antigüedad estatuida en la ley. Así las cosas, la existencia de un primer delito influye determinantemente en la sanción del

segundo, no obstante tratarse de un suceso ilícito diferente e inconexo con aquél. Por otra parte, se niega al sujeto en el juicio B cierto beneficio, habida cuenta de que anteriormente se le condenó como responsable de un delito A, sentencia que, a juzgar por la vida posterior del sujeto, no tuvo eficacia alguna desde el ángulo de la readaptación social. En este caso no existe agravamiento de la pena que legalmente corresponde por el delito B. Esta sanción se aplica en sus términos.

A la luz de los cambios legales practicados en 1991 y 1993, se amplió extraordinariamente la posibilidad de aplicar la sustitución de la pena privativa de libertad por otras sanciones. El estado que guarda la materia es el siguiente. Es posible aplicar la condena condicional cuando no excede de cuatro años (en vez de dos) la pena de prisión impuesta en la sentencia (artículo 90, fracción I, inciso a). Lo es sustituir la prisión por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando aquélla no excede de cinco años (en vez de un año en el caso del trabajo, y de tres, en el supuesto de la semilibertad). Es posible sustituir por tratamiento en libertad la prisión que no sea mayor de cuatro años (en vez de tres). Finalmente, cabe la sustitución por multa cuando la pena privativa de libertad no sea superior a tres años (artículo 70).

Además del exceso en las posibilidades de sustitución -y de otros desaciertos que adelante mencionaré-, que trae consigo este beneficio incluso en el supuesto de delitos muy graves, parece que el legislador sólo pensó en la supresión de la pena privativa de la libertad, pero no reparó en las características de los sustitutivos. Piénsese, pues, que la semilibertad implica un constante entrar en prisión y salir de ella -aunque en la especie se trate de un establecimiento de seguridad atenuada, o inclusive de una institución abierta-, y que resulta por lo menos discutible que semejante situación, que apareja muchos riesgos y no pocas molestias, se prolongue durante ¡cinco años! Otro tanto se puede decir del trabajo en favor de la comunidad: ¡cinco años de trabajo en un establecimiento asistencial, digamos la Cruz Roja!

Ya no es necesario que se trate de un primerizo, y por ende cabe la sustitución en favor de reincidentes, multirreincidentes y habituales. Tampoco se prohíbe la concesión del sustitutivo en favor de quien pudiera incurrir en nuevo delito, a juicio del tribunal competente para decidir la sustitución. Es probable que el legislador supusiera que todas estas circunstancias quedan suficientemente recogidas en el artículo 52, nuestro precepto clásico a propósito de la individualización judicial, cuya nueva redacción estipula qué elementos tomará en cuenta el tribunal para fijar 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".

Elpidio Ramírez formula una severa crítica sobre el nuevo texto del artículo 52, que aborda "el renglón más sensible del derecho punitivo". Cfr., "La reforma penal de 1994", en *Criminalia*, año LX, núm. 4, noviembre-diciembre 1994, pp. 118-121. En opinión de Juan Silva Meza, desde una perspectiva jurisdiccional, el cambio de palabras no alteró el fondo del asunto ni varió el sentido de las prevenciones legales anteriores. Cfr., "Reformas al Código Penal. 1994", en *Criminalia*, año LX, núm. 1, enero-abril 1994, p. 43.

Ahora bien, es obvio que ni la reincidencia ni la probabilidad de comisión de nuevos delitos (tan difícil de anticipar, es cierto, además de los otros problemas que plantea), tienen que ver con la gravedad del delito cometido y la culpabilidad (no la temibilidad, como antes se dijo) del sujeto al que se está sentenciando.

Para la comprensión de estas reformas, que concurren a diseñar el régimen general de los sustitutivos, es conveniente recordar que el derecho mexicano moderno ha procurado reducir constantemente la privación precautoria y punitiva de la libertad, optando por otro género de medidas procesales o penales que no aparejan reclusión del inculpado o del condenado, en sus respectivos casos. Esta tendencia es plausible, sin duda alguna. Multiplicar la prisión preventiva o el internamiento penitenciario, más allá de lo estrictamente indispensable, es a todas luces improcedente. Había llegado la hora de no emplear la prisión como panacea aplicable a los responsables de un crecido número de delitos, desde muy graves hasta muy leves. También era necesario corregir el abuso y la injusticia que entraña la prisión preventiva.

La reforma procesal penal de 1991 procuró alejarse del sistema de absoluta "predeterminación legal" para la procedencia de la libertad provisional, que regía hasta entonces bajo el imperio del régimen de garantías (mínimas, no máximas) instituido por la Constitución. En cambio, la reforma constitucional de 1993, desacertada en este punto, como en otros, aunque pertinente en varios más, incurrió de nuevo en esa indeseable predeterminación, al eliminar el ámbito de arbitrio razonable que la reforma secundaria de 1991 había reconocido al juez penal.

La reforma de 1983 quiso servir al primero de esos propósitos, y lo consiguió adecuadamente en el orden normativo.

Ahora bien, es preciso que el sistema general de sanciones sea racional, en el sentido de que procure obtener, con el menor sacrificio posible de bienes jurídicos individuales y colectivos, los diversos objetivos a los que ese sistema sirve en la hora actual. Ya me referí a éstos, al hablar sobre el equilibrio de los intereses en conflicto. No repetiré lo que expuse anteriormente. Si bien es cierto que conviene ampliar juiciosamente las posibilidades de aplicación de los sustitutivos, para evitar reclusiones inútiles e injustas, también lo es que esa ampliación debe llevarse a cabo dentro de una política criminal bien fundada, que no descuide o comprometa ciertas finalidades plausibles para alcanzar otras, acaso también deseables. En este punto se imponen la congruencia, la ponderación, el equilibrio. De lo contrario se arriesga la eficacia del sistema en su conjunto, y se pone en peligro el progreso alcanzado. Los excesos y los errores, que pueden ser mayúsculos, lejos de contribuir al buen desarrollo de un régimen penal humanista (al que algunos denominan democrático), puede motivar reacciones autoritarias que frustren los mejores esfuerzos.

Es obvio que el reformador penal debe actuar con serena reflexión y amplio conocimiento de la circunstancia en la que actúa. No ocurre esto cuando se avanza (si es que se avanza) con precipitación, sin asegurar la firmeza de la obra previamente realizada. Beneficiar al delincuente sin miramiento para el ofendido y la sociedad, es por lo menos tan deplorable como beneficiar a éstos sin miramiento para el infractor. En este ámbito, como acaso en todos, la

desmesura es poco recomendable, aun cuando se ampare en la mejor voluntad y la más recta intención.

Multiplicar los sustitutivos para impedir reclusiones improcedentes, como ha sido el objetivo de muchos reformadores de los últimos años, es indudablemente acertado. Ya no lo es tanto multiplicarlos sólo bajo la idea de "despresurizar" las prisiones, como se suele decir con una expresión entre arbitraria y pintoresca, si la "despresurización" implica excarcelar a quienes no debieran salir de prisión y poner en peligro los intereses legítimos y los derechos de la sociedad, en general, y de muchos individuos en particular. Y todavía menos acertado es ampliar la aplicabilidad de los sustitutivos en forma mecánica, sin conexión alguna con la realidad, ni con los propósitos inherentes al régimen de sanciones penales.

Conviene estudiar las reformas de 1991 y 1993 sin perder de vista las consideraciones precedentes. Ambas ampliaron muy considerablemente -excesivamente, según la razonada opinión de muchos- el campo de aplicación de los sustitutivos, cuando aún no se consolidaban los progresos de 1983. Es evidente para cualquier observador, por somera que sea su visión de los hechos, que aún no ha sido posible, ni remotamente, asegurar las condiciones de éxito de los sustitutivos bajo su formulación anterior, que representó, por cierto, un inmenso progreso. Tampoco se ha logrado consolidar razonablemente la ejecución de la condena condicional, la libertad preparatoria y la remisión parcial de la pena privativa de libertad.

En estas condiciones, emprender más cambios legales en vez de dirigir la energía a la aplicación puntual y eficaz de las normas existentes, significa una distracción muy costosa moral y socialmente. Se incurre, aunque sea de buena fe, en modificaciones de forma, de fachada, verdaderas acciones de "maquillaje", siempre espectaculares, en lugar de conseguir verdaderos cambios de fondo. A lo largo de nuestra historia ha sido frecuente que incurramos en la ilusión de creer que modificando las normas con entusiasmo y abundancia, logramos ya la reforma de la vida. Esto no ha pasado, según parece, en el sistema de las sanciones en México.

Hoy presenciamos un inquietante descrédito de la legislación penal, y una no menos inquietante tentación de retornar a medidas indeseables. Conviene meditar seriamente sobre esta realidad que tanto nos preocupa. Un motivo para estas corrientes regresivas -no el único, desde luego- puede hallarse en la ineeficacia de la ley penal, mirada, en consecuencia, como un medio de desvalimiento social en vez de constituir, ante los ojos de todos, un instrumento adecuado para enfrentar la delincuencia. No olvido, por supuesto, algo que siempre he reiterado, en la cátedra y en diversas publicaciones: ni la ley penal ni los órganos encargados de aplicarla pueden responder íntegramente por el crecimiento y el agravamiento de la criminalidad. En este proceso hay otros factores predominantes: entre ellos figuran, por ejemplo, la decadencia de valores morales que dan fundamento y orientación a la conducta, y la profunda crisis económica, que acentúa un hecho doloroso propiciado por políticas desafortunadas: la creciente opulencia de los menos y la manifiesta indigencia de los más.

En todo caso, la experiencia reunida hasta ahora pudiera ser útil para el código penal del futuro, si sucede, como se dice, que pronto habrá un nuevo ordenamiento sustantivo. Obviamente esto es innecesario, aunque sea recomendable revisar ciertos aspectos, mal resueltos, de la legislación vigente. Sostener que se necesita un nuevo código porque el ordenamiento de 1931 ya resulta anticuado e ineficaz, habida cuenta de que han transcurrido más de sesenta años desde la fecha en que fue expedido, es un despropósito mayúsculo. A menudo he manifestado que ya no existe el código de 1931: el texto actual difiere profundamente del original, sobre todo desde la reforma de 1983, que, como antes señalé, modificó hondamente el rumbo y las instituciones de nuestro ordenamiento punitivo.

En sentido semejante, Elpidio Ramírez: la reforma penal mexicana "se convirtió, a partir de 1984 (nota del autor: año de publicación de la reforma promulgada en 1983, a la que me he venido refiriendo como la 'reforma de 1983'), en una realidad avasalladora. En los últimos diez años (1984-1994) la transformación del código punitivo ha sido de tal magnitud que no es aventurada la afirmación de que el Código penal de 1931 ha sido sustituido por uno nuevo: el de 1984-1994". Así, suponiendo que se convirtiese en ley positiva alguno de los proyectos o anteproyectos preparados en estos últimos años por personas que intervinieron en las reformas de la última década, "¿cuáles serían las novedades que autorizarían a hablar de una auténtica nueva normatividad penal y no de una simple reformulación verbal del actual Código Penal?" "La reforma penal de 1994", en Criminalia, cit., p. 115.