

Estudio Jurídico

LA NECESIDAD DEL CÁLCULO EN NIVELES SISTÉMICOS BAJO LA TRILOGÍA PUNIBILIDAD, PUNICIÓN Y PENA

Jorge Ponce Martínez

SUMARIO: Introducción. 1. El cálculo en tres vertientes: punibilidad, punición y pena. 2. El cálculo en función de la punibilidad. 3. Materialidad del cálculo en la punición. 4. Elementos del cálculo en la ejecución de la pena. 5. Conclusión: sobre la falta de instrumentos de cálculo en dos de los niveles sistémicos. Bibliografía.

Introducción

Para efecto de nuestro análisis, la acción de “calcular” se enfoca a la necesidad de resolución de un problema matemático mediante diversos datos operables para lograr un determinado resultado¹. Se trata de una actividad que tiene que ver con dos aspectos que son fundamentales: por una parte, la función que se aplica (logaritmo)²

1 <https://conceptodefinicion.de/calculo/>

2 <https://es.wikipedia.org/wiki/Logaritmo>

a un determinado número real; y por otra, una cierta secuencia de pasos lógicos (algoritmo), que permiten solucionar un problema³. Si este esquema de análisis puede trasladarse al derecho, entonces puede hablarse de un cálculo normativo, cuya materia son precisamente los predicados normativos⁴, adquiriendo el derecho una función prospectiva.⁵

En las siguientes líneas solamente pretendo una mera aproximación a la idea de cálculo, relacionándola con los tres niveles del sistema penal que tienen que ver con la determinación de una sanción penal, y que da lugar a la conocida distinción entre punibilidad, punición y pena. Parto de la base de que estas tres categorías son el punto de inicio para mostrar la necesidad de la acción del cálculo, correctamente desplegado, en la actividad de cada uno de los operarios de esos sectores del propio sistema.

1. El cálculo en tres vertientes: punibilidad, punición y pena

Hace bastante tiempo que alguien⁶ hizo notar en nuestro medio nacional la distinción entre punibilidad, punición y pena. La primera de estas categorías entendida como los márgenes de sanción que desde un mínimo a un máximo prevé el legislador en la norma jurídico penal; en tanto que la punición se refiere a la actividad del juzgador al individualizar la punibilidad; y por último, la pena consiste en la

³ <https://es.wikipedia.org/wiki/Algoritmo>

⁴ Para delinear esta idea, Quintino parte de la base de que la expresión misma “logaritmo” implica cálculo, que puede ser numérico o normativo; de tal manera que es posible hablar de logaritmo numérico y logaritmo normativo (Quintino Zepeda, Rubén, *Nuevas Tendencias del Derecho Penal*, apuntes de la sesión de Doctorado en Derecho de 20 de marzo 2021, en el Centro de Estudios Carbonell.

⁵ *Ibidem*, sesión de 13 de marzo 2021. Según dicho autor, la tendencia actual del derecho penal es aprender a hacer un uso predictivo de esta rama del derecho.

⁶ Me refiero a Luis de la Barreda Solórzano, que incluyó su texto “Punibilidad, Punición y Pena de los Sustitutivos Penales”, en la obra colectiva Piña y Palacios, Javier (coordinador), *Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal* (1981), UNAM, México, 1982, pp. 69-82, disponible en la página file:///C:/Users/PC/Downloads/punibilidad-punicion-y-pena-de-los-sustitutivos-penales.pdf

sanción concreta que se aplica a alguien por haberse colocado en el supuesto normativo sancionable penalmente.

Esa diferenciación encuentra su justificación teórica en la existencia de tres niveles en el sistema penal, identificados con los poderes del Estado involucrados con el ejercicio de la potestad punitiva: el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo⁷, porque obviamente que en un primer término el legislador incorpora en la ley penal las descripciones de las conductas delictivas, a las que asigna los márgenes de punibilidad correspondientes como sanción en abstracto destinada a quienes se coloquen en el supuesto normativo ahí descrito; después, una vez que el juzgador ha tomado conocimiento del asunto y si, en su caso, ha sentenciado condenatoriamente al sujeto, entonces individualizará la sanción realizando un ejercicio consistente en calcular el *quantum* correspondiente dentro del mínimo y máximo previstos anteriormente por el legislador; finalmente, esa sanción concreta que es la pena habrá de ser ejecutada (bajo la supervisión y dirección de un juez de ejecución) por la autoridad ejecutora de carácter administrativo.

Lo anterior es algo obvio, como también lo es que en cualquiera de esos tres ámbitos rige el principio de proporcionalidad que, aun cuando es referido solamente en función de la pena, está previsto en la parte final del artículo 22 constitucional: “Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”. Principio respecto del cual puede afirmarse que debe ser observado por el legislador al establecer la punibilidad en la ley penal,

⁷ *Idem*. Es importante destacar que tal aspecto también lo haya advertido desde aquel entonces en su texto el propio Luis de la Barreda.

por el órgano jurisdiccional al concretar la sanción correspondiente conforme al mínimo y máximo señalados previamente por el legislador, y por el juez de ejecución y la autoridad administrativa ejecutora, en las medidas adoptadas al ejecutar esa pena concreta impuesta por el juez del proceso. En cada una de esas actuaciones debe existir proporcionalidad entre la necesidad de las medidas o sanciones correlativas y el *quantum* de las mismas.⁸

2. El cálculo en función de la punibilidad

No se requiere una gran reflexión para percatarse de que cuando el legislador establece la punibilidad para las descripciones típicas en la ley penal, debe cuidar de que exista proporcionalidad entre las sanciones que asigna para unos delitos respecto de las de otros. El ejercicio hermenéutico estricto es necesario, pues en función del bien jurídico de que se trate, de su mayor o menor gravedad, habrá de establecerse el mínimo y máximo de la punibilidad. Y es claro que implícitamente está presente un ejercicio de cálculo que podría denominarse normativo.⁹

3. Materialidad del cálculo en la punición

En la actividad del juzgador se despliega también una importante labor de cálculo, incluso con mayores exigencias de justificación que para el legislador. Esto obedece a que la medida de la pena está en el grado de culpabilidad del sujeto sentenciado¹⁰, por lo que en cada

⁸ Cfr. Ponce Martínez, Jorge, et al., *Principios y derechos constitucionales en el Código Nacional de Procedimientos Penales*, Radbruk, México, 2015, pp. 72-73.

⁹ Tal como lo denomina Quintino, *supra* nota 4.

¹⁰ Constituye un lugar común la afirmación de que, en el derecho penal de acto, la culpabilidad es

caso concreto la autoridad jurisdiccional debe especificar primero el grado de culpabilidad que deba asignarse al sentenciado, para enseguida, con base en ese grado asignado, individualizar la punibilidad. Así, a un grado mínimo de culpabilidad corresponderá el mínimo de la penalidad prevista para el delito de que se trate; si la culpabilidad observada en el sentenciado es media, también será aplicable la media de los márgenes de sanción previstos legislativamente y, a su vez, si la culpabilidad es máxima, de igual magnitud será la pena a imponer.

Aunque es comprensible que la naturaleza objetiva o subjetiva de los datos legalmente ponderables, sobre todo los de naturaleza subjetiva¹¹, reviste en sí misma considerable dificultad a la hora de determinar cuáles de esos datos son favorables y cuáles desfavorables al enjuiciado, tal vez podamos decir que uno de los mayores problemas existentes en la práctica radica en que, para graduar la culpabilidad, no solamente existen las escalas mínima, media y máxima, sino que se señalan además puntos intermedios entre ellas; es decir, se habla de puntos o escalas intermedias entre mínima y media, así como entre media y máxima. Por esta razón, en la actividad cotidiana de los tribunales se presentan innumerables errores al concretar las penas que se imponen por los juzgadores pretendidamente como las exactamente aplicables a los casos concretos, en términos del tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución federal.

la medida de la pena y que, por tanto, la culpabilidad es graduable en función de las circunstancias del caso concreto. Más allá de que lo anterior se desprenda del contenido de los códigos u ordenamientos jurídico penales, el Código Nacional de Procedimientos Penales incorporó “criterios para la individualización de la sanción penal o medida de seguridad”. La gradualidad de la culpabilidad está reconocida en el cuarto párrafo del artículo 410: “El grado de culpabilidad estará determinado por el juicio de reproche, según el sentenciado haya tenido, bajo las circunstancias y características del hecho, la posibilidad concreta de comportarse de distinta manera y de respetar la norma jurídica quebrantada...”.

¹¹ Si bien la determinación en pro o en contra al analizar la información debe ser contextual, de antemano advertiremos que algunos de estos datos y muy particularmente los subjetivos, no son inequívocos sino ambiguos, por ejemplo, el móvil de la conducta o las razones internas del sujeto reveladoras de la exigibilidad de un comportamiento distinto.

4. Elementos del cálculo en la ejecución de la pena

Una vez que el juez ha individualizado la punibilidad, estamos ante una pena específica que debe ser ejecutada. También en este nivel está presente la necesidad del cálculo normativo, entre otras razones, porque en la Ley Nacional de Ejecución Penal se prevén los denominados beneficios penitenciarios¹² que funcionan como reductivos de la pena impuesta por el juez del proceso, bajo determinadas exigencias o requisitos que debe cumplir el sentenciado.

La actualización de los requisitos para que operen tales beneficios requiere un análisis estricto, porque de no estar satisfechos plenamente, la libertad decretada al sentenciado implicaría violación al principio de proporcionalidad en la ejecución de la pena respectiva, debido a que ésta no habría sido cumplida desde el punto de vista temporal (ante la salida anticipada por el beneficio indebidamente concedido) en la forma o condiciones previstas por la Ley de Ejecución. Cabría aquí también la referencia al cálculo normativo¹³, precisamente porque el juez de ejecución debe ponderar no solamente cuestiones numéricas (tiempo necesario de cumplimiento para que opere la libertad en función del beneficio penitenciario), sino de otra índole como son los aspectos de conducta al interior del establecimiento penitenciario, laboral, educativo y de resarcimiento o satisfacción del daño eventualmente causado a las víctimas.

¹² En la Ley Nacional de Ejecución Penal se les da la denominación de “beneficios preliberacionales”, regulados por los artículos 136 a 141. Se trata de la libertad condicionada (con o sin supervisión) y la libertad anticipada. Aunque no desconocemos que dicho ordenamiento también prevé la sustitución y suspensión temporal de las penas, así como la preliberación por criterios de política penitenciaria, que en determinados casos pueden llegar a tener el efecto de acortamiento de la prisión impuesta en la sentencia ejecutoriada.

¹³ Del que habla Quintino, véase supra notas 4 y 8.

5. Conclusión: sobre la falta de instrumentos de cálculo en dos de los niveles sistémicos

En la actualidad solamente puede afirmarse que se está generalizando la existencia de tecnologías representadas por máquinas o instrumentos semejantes a las calculadoras, que son utilizables para procesar información y dar resultados, como son valoraciones, predicciones o estrategias de actuación para las partes en un proceso¹⁴, particularmente en el proceso penal¹⁵. Lo cual, en mi opinión, obedece a que la información que tales máquinas procesan es la producida por el legislador al crear la ley penal y establecer en ella los márgenes de punibilidad (nivel legislativo del sistema). Con tal información por supuesto que tanto el fiscal como la defensa pueden elaborar su respectiva teoría del caso, pues al contar con todos los datos de la normativa trasladados a la situación del hecho concreto por el que tienen que plantear su pretensión punitiva (fiscal) o su defensa (defensor e imputado), están en condiciones de hacer una predicción de un posible resultado final.

Sin embargo, en el caso del juez del proceso (nivel judicial del sistema) o del juez de ejecución penal (nivel de ejecución del sistema), la

¹⁴ Cfr., en tal sentido Danesi, Cecilia, *Procesamiento de datos, sesgos, algoritmos y decisiones judiciales, por medio de IA*, entrevista disponible en: https://MX.VIDEO.SEARCH.YAHOO.COM/YHS/SEARCH;_YLT=AWREEBMC-CP3PGUG8AOANV8WT.;_YLU=Y29SBWNIZJEECG9ZAZEEDNRPZAMEC2V-JA3BPDNM-?P=CECILIA+DANESI&XARGS=0&TYPE=1150&PARAM1=N&PARAM2=20200311-&PARAM3=AVAST+SECURE+BROWSER%7C89.1.8954.115&PARAM4=17%7CMX%7C2.5.108%7C1.23.0.675&HSIMP=YHS-SECUREBROWSER&HSPART=AVAST&EI=UTF-8&FR=YHS-AVAST-SECUREBROWSER#ID=1&VID=0194CBFB84F0AB10FA8C741FBC9AC728&action=view

¹⁵ Un ejemplo de ese tipo de instrumentos es la denominada calculadora penal app creada por Quintino, de entre otras páginas, véase: <https://www.facebook.com/watch/?v=173422077580376>. Aunque debe decirse que en otras latitudes también se han generado proyectos similares, como son los casos de España (véase la nota disponible en: <https://confilegal.com/20161121-juez-crea-app-calcular-penas/>) y Argentina (confróntese el texto disponible en: <https://www.justiciacordoba.gob.ar/ComputoDePenas/Help/Manual%20de%20usuario.htm>), por solo citar un par de ejemplos.

situación es distinta. Los aspectos de valoración de carácter subjetivo que solamente el juzgador como ser humano puede realizar, hacen difícil suponer que una máquina pueda reemplazarlo a efecto de realizar la actividad de punición. Es cierto que existen opiniones acerca de que pueden generarse decisiones judiciales por medio de algoritmos, por ejemplo, en casos de tránsito, rutinarios o de poca importancia o bagatela¹⁶, pero serían decisiones mecánicas que tendrían que estar basadas fundamental y exclusivamente en cuestiones o circunstancias objetivas. Me parece que ni siquiera un asunto de mayor relevancia como el caso Loomis de la justicia norteamericana¹⁷ puede servir hoy en día para respaldar la aseveración de un verdadero juzgamiento por una máquina o un robot, porque la decisión en dicho caso no la asumió la máquina, sino un juez, quien tomó la información proporcionada por aquélla, la cual incluso era fundamentalmente objetiva (huir de la policía e historial delictivo previo), por lo que no prosperó la ulterior impugnación del sentenciado¹⁸. A final de cuentas, el problema no está en haber utilizado la información proporcionada por ese programa informático como determinante para la decisión judicial contraria a los intereses de Loomis, sino en los criterios¹⁹ adoptados por

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ Cfr. Pinto Palacios, Fernando, *Justicia Robótica: El caso Loomis*, disponible en: <https://conflegal.com/20180402-justicia-robotica-el-caso-loomis/>. Por hechos en el Estado de Wisconsin, en 2013 Erick Loomis fue acusado de huir de la policía y utilizar un vehículo sin la autorización de su propietario. Para no ingresar a prisión, él se declaró culpable de ambos delitos. Sin embargo, a efecto de influir sobre la decisión de su libertad condicional, el fiscal aportó un informe elaborado con el programa informático Compas (desarrollado por la empresa privada Northpointe Inc.), según el cual Loomis tenía un riesgo elevado de reincidencia y de actos violentos. Ante la pena impuesta consistió en 6 años de prisión y otros 5 en régimen de libertad vigilada, la defensa recurrió alegando la violación a un derecho con todas las garantías por no haber podido discutirse los métodos utilizados por el programa informático Compas dado que el algoritmo era secreto y solo lo conocía la empresa desarrolladora, argumentación descartada por la Corte Suprema de Wisconsin, por considerar que el citado programa estaba basado solamente en factores habituales de medición de peligrosidad criminal futura, como son huir de la policía y el historial delictivo previo.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ Por ende, es comprensible que se hagan cuestionamientos como los siguientes: "...¿Quién elabora el software? ¿Qué variables tiene en cuenta? ¿Cómo se pueden rebatir sus conclusiones?

la empresa desarrolladora al alimentar la base de datos del programa, pero de cualquier forma, es claro que no se trata de un juzgamiento de carácter robótico o no humano.

Como quiera que sea, considero abierta la posibilidad de que en un futuro podamos ver la generación de programas o instrumentos tecnológicos que, a semejanza de los que actualmente existen utilizables para procesar información producida a partir del primer nivel de análisis del sistema penal (nivel legislativo de dicho sistema) y que ya existen para efectos estratégicos o de predicción, tengan un objetivo o finalidad más amplia y pretendan ofrecer soluciones específicas a casos concretos, que abarquen aspectos no solamente objetivos, sino también de carácter subjetivo, bajo criterios de razonabilidad que doten a esas soluciones de una verdadera semejanza con las decisiones provenientes de los jueces o tribunales humanos.

¿Puede desvelarse el algoritmo cuando esté en juego la libertad de una persona? Todas estas cuestiones redundan, en definitiva, en una mucho más trascendental: ¿estamos dispuestos a ser juzgados por máquinas?”. Cfr., Pinto Palacios, Fernando, ob. cit. en nota anterior.

Bibliografía

a) Obras y entrevistas:

Danesi, Cecilia, *Procesamiento de datos, sesgos, algoritmos y decisiones judiciales, por medio de IA*, en: https://mx.video.search.yahoo.com/yhs/search;_ylt=AwrEeBmcp3pgUG8AOnv8wt.;_ylu=Y29sbwNiZjEEcG9zAzEEdnRpZAMEc2VjA3BpdnM-?p=-cecilia+danesi&xargs=0&type=1150¶m1=n¶m2=20200311¶

m3=Avast+Secure+Browser%7C89.1.8954.115¶m4=17%7CMX%7C2.5.108%7C1.23.0.675&hsimp=yhs-securebrowser&hs-part=avast&ei=UTF-8&fr=yhs-avast-securebrowser#id=1&vid=0194cbfb84f0ab10fa8c741fb
c9ac728&action=view

De la Barreda Solórzano, Luis, “Punibilidad, Punicción y Pena de los Sustitutivos Penales”, en Piña y Palacios, Javier (coordinador), *Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal (1981)*, UNAM, México, 1982, disponible en la página: <file:///C:/Users/PC/Downloads/punibilidad-punicion-y-pena-de-los-sustitutivos-penales.pdf>

Pinto Palacios, Fernando, *Justicia Robótica: El caso Loomis*, disponible en: <https://confilegal.com/20180402-justicia-robotica-el-caso-loomis/>.

Ponce Martínez, Jorge y Modesto Peredo Valderrama, *Principios y derechos constitucionales en el Código Nacional de Procedimientos Penales*, Ed. Radbruk, México, 2015.

Quintino Zepeda, Rubén, *Nuevas Tendencias del Derecho Penal*, apuntes de la sesión de Doctorado en Derecho de 20 de marzo 2021, en el Centro de Estudios Carbonell.

b) Normatividad y archivos o páginas electrónicas:

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Nacional de Ejecución Penal.

<https://conceptodefinicion.de/calculo/>

<https://confilegal.com/20161121-juez-crea-app-calcular-penas/>

<https://es.wikipedia.org/wiki/Logaritmo>

<https://es.wikipedia.org/wiki/Algoritmo>

<https://www.facebook.com/watch/?v=173422077580376>

<https://www.justiciacordoba.gob.ar/ComputoDePenas/Help/Ma-nual%20de%20usuario.htm<345678>