

# Consecuencias del delito: los sustitutivos de la prisión y la reparación del daño\*

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Sustitutivos*. III. *Reparación de daños y perjuicios*.

## I. Introducción

### 1. *Selecciones penales*

Un código penal, pieza esencial del sistema punitivo público —aunque no pieza única, por supuesto—, recoge en expresiones jurídicas —que propone y maneja la dogmática— ciertos contenidos que reciben las experiencias de la criminología y cumplen los proyectos de la política penal.<sup>1</sup>

\* Una síntesis de este trabajo sirvió para la exposición del tema en las Terceras Jornadas sobre Justicia Penal (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, junio de 2002), dedicadas al examen del Código Penal distrital de 2002. Las Jornadas sobre Justicia Penal han sido organizadas anualmente por el Área Penal del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Las Primeras Jornadas sobre Justicia Penal se realizaron del 3 al 5 de octubre de 2000; de ellas existe una memoria: García Ramírez, Sergio y Vargas Casillas, Leticia A. (coords.), *Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001. Las Segundas Jornadas sobre Justicia Penal se llevaron a cabo del 14 al 16 de noviembre de 2001; hay una memoria de las mismas: *Proyectos legislativos y otros temas penales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003. Las terceras jornadas se desarrollaron del 24 al 27 de junio de 2002.

<sup>1</sup> Cfr. García Ramírez, Sergio, “Criminología, dogmática y política penal”, en varios autores, *Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI. Volumen de homenaje al doctor Pedro R. David*, Buenos Aires, Depalma, 2001, pp. 301 y ss.; *id.*, “Panorama de la justicia penal”, en varios autores, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 715-718.

**Revista Latinoamericana de Derecho**

Año I, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 181-232.

Ese ordenamiento y, en su momento, los códigos de procedimientos y de ejecución de sanciones, son el producto de una múltiple selección que responde a determinados principios y a ciertas circunstancias. Las selecciones político-criminales se refieren a los bienes protegidos y a las fórmulas adecuadas para protegerlos (selección de tipos); a la calificación del sujeto como responsable penalmente de los hechos que realiza (selección del delincuente); a la naturaleza, intensidad y objetivo de las reacciones jurídicas frente a la conducta ilícita, que se vuelcan sobre los autores y participantes (selección de sanciones); al método para identificar el supuesto de las sanciones y disponer las consecuencias correspondientes (selección del proceso), y a la forma de llevar a efectos esas consecuencias (selección ejecutiva).<sup>2</sup>

En este marco del orden penal se inscribe igualmente, dando tono a cada una de las selecciones enunciadas y confiriendo sentido al conjunto, la procuración de cierto equilibrio —o desequilibrio, en ocasiones— entre los intereses que entran en juego y los titulares o pretendientes de esos intereses.<sup>3</sup> Este es el escenario en el que se plantea el encuentro dinámico entre los personajes de la dialéctica penal: inculpado, ofendido, sociedad, Estado. Las selecciones a las que me he referido y la forma de actualizarlas inciden en la forma de lograr el equilibrio y, a su vez, se nutren de ellas. Si las selecciones son el dato sustancial del orden penal, el ejercicio de equilibrio es el dato instrumental que se extiende y opera con mayor o menor eficacia en la formulación de tipos, la caracterización del delincuente, la elección de sanciones, el carácter y desarrollo del proceso y la ejecución de la condena.

## *2. La reforma penal mexicana*

La reforma penal mexicana, entendida como un largo proceso de experiencias, reflexiones y regulaciones que ha ocurrido en el curso de un siglo y tres décadas —si empleamos como referencia la legislación de

<sup>2</sup> Examino brevemente estas selecciones, a propósito de la evolución penal en el curso de las últimas décadas, en García Ramírez, Sergio, "Panorama...", *cit.*, nota anterior, pp. 718 y ss.

<sup>3</sup> En este orden, *cf.* García Ramírez, Sergio, "Los derechos humanos en la persecución penal", *Temas y problemas de justicia penal*, México, Seminario de Cultura Mexicana, 1996, pp. 77 y ss.

Martínez de Castro, por una parte, y el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, por la otra—, ha recogido de diversas maneras —con acierto o sin él, con profundidad o superficialidad, en forma progresiva o regresiva— unos datos criminológicos y unas propuestas políticas —ordenadas o desordenadas— que ha depositado en selecciones penales. Igualmente, ha procurado cierta versión del equilibrio entre intereses, posiciones y personajes, ora acentuando el valor de alguno de ellos, ora pretendiendo reconocerles la misma —o semejante— jerarquía. Es así como deben presentarse, analizarse y valorarse los diversos ensayos de la reforma: tanto los que alcanzaron el rango de códigos completos —1871, 1929, 1931,<sup>4</sup> 2002—, como los que se resumieron en modificaciones de algunos o muchos preceptos, y particularmente aquellos, más ambiciosos

4 Reviste características especiales el ordenamiento que será sustituido —o lo ha sido ya, al momento de publicarse este comentario— por el Código Penal de 2002. En este trabajo identifiqué dicho ordenamiento como código 1931-1999, puesto que en aquel año se expidió la versión original del código federal y distrital, y en 1999 se ejerció la facultad de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para legislar en materia penal. En virtud de esta atribución se emitió, con extraña técnica legislativa, un Código Penal para el Distrito Federal, que en su encabezado contiene todavía, como autoridad legisladora —por atribuciones concedidas por el Congreso de la Unión el 2 de enero de 1931—, la referencia al presidente Pascual Ortiz Rubio. El 30 de septiembre de 1999 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un “Decreto por el que se derogan, reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal”. El mismo decreto se había publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 15 del propio septiembre. Aquél derogó, desde luego, diversas normas de carácter federal, lo cual es por lo menos cuestionable, pero también hay que destacar que el legislador federal, en otro ataque de impaciencia e impericia, había convertido previamente al código común en “Código Penal de la Federación” (según la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de mayo de 1999), dejando —aparentemente— sin ordenamiento punitivo al Distrito Federal. El artículo 1o. del texto de 1931 señalaba que el código se aplicaría en el Distrito Federal por los delitos de la competencia de los tribunales comunes, y en toda la república por los que fuesen de la competencia de tribunales federales. El cambio de 1999 redujo la expresión, y con ello el alcance del ordenamiento: “Este Código se aplicará en toda la República por los delitos del orden federal”. Todo esto provocó reacciones y debates que no procede examinar ahora. Digamos, por último, que el artículo primero de aquel decreto de 1999 dispuso: “El Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal vigente, promulgado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* (*rectius*: entonces, sólo *Diario Oficial*), el catorce de agosto de 1931 con sus reformas y adiciones publicadas hasta el 31 de diciembre de 1998, junto con las reformas a que se refiere este decreto, en el ámbito de aplicación del Fuero Común, se denominará Código Penal para el Distrito Federal”.

o afortunados, que alteraron las soluciones tradicionales y abrieron el camino para nuevos desarrollos.<sup>5</sup>

En mi concepto, merece especial referencia el anteproyecto de legislación penal elaborado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, que abarcó tanto un código penal —al que me referiré en este trabajo, con frecuencia, como anteproyecto del IJ— como un ordenamiento procesal. Este anteproyecto, del que tuvieron conocimiento formal la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en la versión federal, y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en la versión local, ambos al final de 2000, fue, en su turno, el producto de un largo proceso de elaboración, del que provinieron los códigos de ambas materias de los estados de Morelos (1996) y Tabasco (1997).<sup>6</sup>

En el presente trabajo sólo me propongo examinar algunos puntos destacados bajo el rubro de las “Consecuencias jurídicas del delito”, que identifica al título tercero del libro primero, en conexión con otras normas del código que acogen el régimen adoptado en ese título.<sup>7</sup>

5 Sobre las reformas penales hay infinidad de obras y artículos, muchos de ellos destinados específicamente al examen de ciertos ordenamientos o determinadas iniciativas reformadoras. De muy reciente fecha es el examen de los cambios ocurridos en un quinquenio, precisamente el inmediato anterior a la fecha del nuevo Código Penal del Distrito Federal. Ese examen se depositó en una obra, a la que antes aludí, con veinticuatro artículos correspondientes a otras tantas presentaciones en las Primeras Jornadas sobre Justicia Penal: García Ramírez, Sergio y Vargas Casillas, Leticia (coords.), *Las reformas penales...*, *cit.*, asterisco.

6 En la elaboración del anteproyecto penal sustantivo intervinimos la doctora Olga Islas de González Mariscal y el suscrito, y en la del código procesal, la licenciada Victoria Adato Green y yo. En el curso de estas tareas fueron sometidos sendos anteproyectos, asimismo, a la atención de los estados de Durango (Consejo de la Judicatura) y Quintana Roo (Tribunal Superior de Justicia), así como a la fracción del Partido de la Revolución Democrática (PRD) en la Asamblea Legislativa. Últimamente —al final del año 2000—, los anteproyectos, nuevamente revisados, fueron asumidos y presentados a los órganos legislativos por las fracciones del Partido Revolucionario Institucional —PRI— en la Cámara de Diputados y en la asamblea. En la Exposición de Motivos del Código Penal del 2002, se da cuenta con la aportación de este documento, convertido en iniciativa, que fue el primero que se sometió a la asamblea: 14 de noviembre del 2000; poco después lo fueron otras dos iniciativas, provenientes de otros partidos políticos: 30 de noviembre, de los diputados del PRD, y 30 de noviembre, de los diputados del Partido Acción Nacional —PAN—. Está pendiente un examen cuidadoso y objetivo de las vicisitudes de este proceso legislativo, que constituya una experiencia aleccionadora. En concepto de muchos, que comparto, debió alcanzar mejores resultados. No iré más lejos, por ahora, en mis comentarios sobre este punto.

7 El capítulo I del título mencionado fija el “Catálogo de penas y medidas de seguri-

Sobra decir que en la regulación de las sanciones —nombre que puede abarcar, a título de consecuencias jurídicas, tanto las penas y medidas de seguridad como la reacción jurídica frente a las personas morales—, se manifiesta la segunda selección penal a la que me he referido y se identifica el sentido último de la actividad del Estado en este campo. Las sanciones recogen y significan determinada opción ética, política y jurídica. Acreditan la frontera entre la democracia y el autoritarismo, con sus respectivas implicaciones. Resuelven —o lo pretenden— el dilema entre excluir e incluir, eliminar o recuperar. Además, engendran ilusiones en una sociedad siempre proclive a creer —hasta que llega el momento de la decepción— en la eficacia milagrosa de las penas. De todo ello proviene el enorme valor, demostrativo y efectivo, del sistema de las penas en el conjunto de la justicia penal del Estado.<sup>8</sup>

En este ámbito, hay que tomar como punto de llegada de una época y de salida de otra, la reforma de 1983, vigente en 1984,<sup>9</sup> al entonces Código Penal para la Federación, en materia federal, y para el Distrito Federal, en asuntos del orden común.<sup>10</sup> Es evidente —pero conviene re-

dad y de consecuencias jurídicas para las personas morales”. Las penas aparecen en el artículo 30 y las medidas en el 31. Los siguientes capítulos se refieren a cada una de las penas y medidas, hasta el capítulo XIII, cuyo rubro es: “Suspensión, disolución, prohibición de realizar determinadas operaciones, remoción e intervención de personas morales”. Con mayor pulcritud, el anteproyecto del IJ destacó en el libro primero tres títulos: tercero, “Consecuencias jurídicas del delito”; cuarto, “Responsabilidad civil derivada del delito”, y quinto, “Consecuencias accesorias del delito”, relativo, este último, a las personas jurídicas colectivas.

8 Para una consideración sucinta de este asunto, me remito a García Ramírez, Sergio, *Itinerario de la pena*, México, Seminario de Cultura Mexicana, 1997; reproducido en *Itinerario de la pena*, Córdoba, Argentina, Marcos Lerner Ed., 1999, pp. 31 y ss.; *Criminalia*, México, año LXIII, núm. 1, enero-abril de 1998, pp. 179 y ss.; *Cuadernos de Jalisco*, México, núm. 1, mayo de 1997, pp. 11 y ss.; e *id.*, *Estudios jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 689 y ss.

9 Para un amplio examen de las reformas promovidas en 1983, en diversos aspectos vinculados con la procuración y administración de justicia —entre ellos los concernientes a la legislación penal—, *cfr.* varios autores, *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*, México, Procuraduría General de la República, 1984.

10 La comisión redactora del anteproyecto de Código Penal de 1983, “cantera” de la que provendrían numerosas iniciativas de reforma en ese mismo año y en años posteriores, se integró con las siguientes personas: Sergio García Ramírez (Procuraduría General de la República); Victoria Adato Green (Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal); Gustavo Malo Camacho (Instituto Nacional de Ciencias Penales); Celestino Por-

petirlo— que dicha reforma ha sido la más relevante que se haya realizado entre 1931 y los días que corren.<sup>11</sup> Lo ha sido por el carácter fundamental de varias de las instituciones modificadas, la profundidad y trascendencia de esas modificaciones y la influencia que habría de tener en todos los cambios posteriores, sin excluir, por supuesto, al representado por el código distrital del 2002. Alguna vez se dijo, inclusive, que el código de 1931 había sido sustituido por otro diferente: el de 1984-1994.<sup>12</sup> Evidentemente, los signos penales aportados en 1983 tienen raíz en otros signos previos: tanto del código reformado como de legislaciones diferentes. Y también evidentemente, tienen continuación —no siempre feliz o siquiera acertada— en todas las reformas posteriores, especialmente las de 1991, 1993, 1999 y 2002.<sup>13</sup>

te Petit y Luis Porte Petit Moreno (Procuraduría General de la República), con la asistencia de Ana Luisa Barrón. El anteproyecto se entregó al presidente de la república el 8 de agosto de 1983. *Cfr. Memoria de la Consulta Nacional sobre Administración de Justicia*, México, Procuraduría General de la República, 1988, p. 75.

11 Sucedió, en efecto, lo que hizo notar el profesor Álvaro Bunster: “Parece fuera de dudas que él (anteproyecto de Código Penal de 1983) representa el punto de partida de la línea que debe orientar la política criminal de nuestra legislación penal futura”. Bunster, Álvaro, *Escritos de derecho penal y política criminal*, Culiacán, Universidad Autónoma de Sinaloa, 1994, p. 211.

12 La expresión es del profesor Elpidio Ramírez, quien se refiere a la fecha de publicación —1984— de las reformas promulgadas en 1983. Así, señala que la reforma penal mexicana “se convirtió, a partir de 1984, 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”. Ramírez, Elpidio, “La reforma penal de 1994”, *Criminalia*, México, año LX, núm. 1, enero-abril de 1994, p. 115.

13 En la Exposición de Motivos de este ordenamiento, que alude a los proyectos presentados formalmente por las fracciones parlamentarias de la Segunda Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y examinadas a partir de noviembre de 2000 —a partir del 14 de ese mes, fecha en que fue planteada la primera iniciativa conducente al nuevo código—, se alude a algunos criterios generales para la reforma penal y a diversas actividades dentro del proceso de consulta en diversas etapas y distintos foros, así como a varias personas —legisladores, funcionarios públicos y juristas— que participaron en comisiones o en otros actos de consulta. En nuestra práctica legislativa ha sido frecuente —y tal es el caso en este nuevo Código Penal distrital— que el expositor de motivos se limite a repetir, de manera abreviada y en ocasiones sistemática, lo que dispone el código que supuestamente está motivando, sin entrar en verdaderas explicaciones sobre los antecedentes, circunstancias, problemas, debates, soluciones, etcétera, que tomó en cuenta a la hora de adoptar las soluciones legislativas correspondientes.

## II. Sustitutivos

### 1. *Antecedentes*

El relevo de la pena privativa de libertad es uno de los grandes temas penales de nuestro tiempo. Ha poblado los ordenamientos de la materia desde los años setenta,<sup>14</sup> sin olvidar los notables precedentes que se concentran, sobre todo, en la suspensión condicional de la ejecución de la condena. Bajo la reforma penal de la segunda posguerra, la prisión pierde terreno, a favor de la *parole*, la *probation*, la sentencia suspendida y la multa,<sup>15</sup> aunque en algunos países se mantiene o avanza, con muy fuerte acento, el empleo de la prisión como medio para desalojar a la delincuencia.<sup>16</sup> Las alternativas y los sustitutivos nutren la intervención más relevante del legislador —por su dimensión y por sus efectos— en el régimen de sanciones penales.<sup>17</sup> Es aquí donde opera la búsqueda de novedades que amplíen racionalmente el arsenal de las penas y medidas con virtudes propias, independientemente de las ventajas que pudieran ofrecer como sustitutivos de la prisión en casos concretos, por resolución judicial. En fin de cuentas, si el instrumento penal constituye —en una sociedad democrática— el último recurso del control social, la pri-

14 Así, Frieder Dünkel resume: “La ampliación de alternativas a la pena privativa de libertad se ha convertido en un tema político-criminal central en la mayoría de los países de Europa Occidental”. Dünkel, Frieder, “Alternativas a la pena privativa de libertad desde una perspectiva de los países europeos. Problemas metodológicos de la evaluación y resultados de la investigación comparada sobre sanciones”, *Pensamiento Penal*, Culiacán, Sinaloa, año 1, núm. 2, abril-junio de 1988, pp. 33 y 55. Asimismo, *cfr.* Valmaña Ochaíta, Silvia, *Sustitutivos penales y proyectos de reforma en el derecho penal español*, Madrid, Ministerio de Justicia-Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones, 1990, p. 195.

15 *Cfr.* O'Brien, Patricia, “The Prison on the Continent. Europe, 1865-1965”, en Morris *et al.* (eds.), *The Oxford History of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society*, Nueva York, Oxford University Press, 1998, p. 179.

16 Así, en los Estados Unidos de América: entre 1970 y 1980, la población penitenciaria se duplicó; entre 1981 y 1995 se duplicó de nuevo. La proporción entre población penitenciaria y habitantes del país sigue siendo muy desfavorable, conforme a datos de 1992: 455 reclusos por 100,000 habitantes, en tanto los números van por otro rumbo en diversos países, particularmente los europeos: Holanda, 36 por 100,000; Suecia, 61; Inglaterra y Gales, 98; Canadá, 109, y África del Sur, 332. *Cfr.* Morris, “The Contemporary Prison. 1965-Present”, en Morris *et al.* (eds.), *op. cit.*, nota anterior, pp. 211 y 212.

17 *Cfr.* Zannotti, Roberto, “Le misure alternative alla detenzione (in particolare l'affidamento in prova al servizio sociale) e la crisi del sistema sanzionatorio”, *L'Indice Penale*, nueva serie, año III, núm. 2, mayo-agosto de 2000, p. 710.

sión debiera ser también, una vez abolida la pena de muerte, el último recurso de la punición.<sup>18</sup> No extraña, pues, la compleja historia de las alternativas y los sustitutivos de la prisión —en la acepción más amplia— y la profusión de propuestas en esta materia.<sup>19</sup>

Desde luego, los sustitutivos de la pena de prisión no quedan exentos del propósito inherente al sistema penal en su conjunto. Debieran procurar y realizar —en la medida en que ello resulte factible: una medida que entre nosotros no se ha explorado sistemática y cabalmente— el objetivo readaptador que marca el artículo 18 constitucional. La crisis que se cierne sobre el sistema penal —y específicamente sobre la idoneidad y la eficacia de las penas— abarca tanto la prisión como los sustitutivos;<sup>20</sup> el éxito o el fracaso de éstos pone en tela de juicio, para múltiples efectos, la pertinencia de un régimen jurídico-penal inspirado en ideales recuperadores y sustraído a las orientaciones y a las tentaciones estrictamente represivas. No se trata solamente de reducir el número de reclusos<sup>21</sup> —para “despresurizar” las prisiones, como se ha dicho con más imaginación que razón—, sino de conseguir los buenos resultados que promete la corriente humanista y democrática del sistema penal. En fin, los sustitutivos deben ser analizados, establecidos y aplicados a la luz del enlace que existe entre el régimen de las penas y la preservación de los derechos del sentenciado y sus familiares, de la sociedad<sup>22</sup> y de la víctima del delito.

18 Cfr. Cid Moliné, José y Larrauri Pijoan, Elena, “Introducción”, en Cid y Larrauri (coords.), *Penas alternativas a la prisión* Barcelona, Bosch, 1997, p. 12.

19 Cfr. Rodríguez Manzanera, Luis, *La crisis penitenciaria y los sustitutivos de la prisión*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1984, especialmente pp. 59 y ss.; y García Ramírez, Sergio, “Desarrollo de los sustitutivos de la prisión”, en varios autores, *Las penas sustitutivas de prisión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, pp. 711 y ss.

20 Cfr. Zannotti, *op. cit.*, nota 17, pp. 709, 710, 721 y ss.

21 En Italia, la legislación y la jurisprudencia han determinado un desarrollo disolvente de la asignación al servicio social, a prueba, “flor en el ojal” de la reforma penitenciaria de 1975, en expresión de F. Bricola. La sanción, originalmente prevista como sustitutivo de la pena de detención breve, ha pasado a ser sustitutiva de penas de duración media; en ello influye el propósito de reducir la población penitenciaria. Cfr. *ibidem*, p. 711. Acerca del servicio social en el marco del debate sobre las penas en el sistema italiano, cfr. igualmente Eusebi, Luciano, “Tra crisi dell’esecuzione penale e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio: il ruolo del servizio sociale”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nueva serie, año XXXVI, fascículo 2, abril-junio de 1993, pp. 493 y ss.

22 Derechos colectivos y difusos de una sociedad que demanda resultados más efecti-

## 2. Código de 1931

Hasta 1983, la ley penal mexicana se mantuvo fiel a las sanciones tradicionales. Entre ellas destacaba la prisión como pena central del sistema, más o menos solitaria, apenas sustituida por la condena condicional y corregida por la libertad preparatoria, la remisión parcial y la prelibertad, oriundas, estas dos últimas, de la Ley de Normas Mínimas de 1971. La pena pecuniaria se analizaba en dos especies: *multa*, concebida como pago de cierta cantidad de pesos, prevista en números fijos y absolutos,<sup>23</sup> y *reparación del daño*. Conviene destacar que la multa apuntaba ya, al lado de la condena condicional (que operaba cuando la prisión impuesta no excedía de dos años), como sustitutivo de privación de libertad de corta duración: hasta de seis meses; en la reforma penal de 1971, realizadora de cambios importantes y precursora de otros que llegarían, se amplió la posibilidad de esta conversión: de aquellos seis meses de prisión convertible en multa, se pasó a un año de privación de libertad sustituible por esta sanción pecuniaria.<sup>24</sup> Otras disposiciones penales seguían las pautas recibidas de 1871 o 1929.

## 3. Reforma de 1983

Sobre estas disposiciones operó uno de los cambios más relevantes y representativos de la reforma de 1983. En primer término, aparecieron los sustitutivos modernos —en ese momento— de la pena privativa de

vos y duraderos, que eviten la transformación de cuestiones interindividuales (atinentes al condenado, visto en su individualidad) en cuestiones estructurales (correspondientes al conjunto de los sentenciados, incremento de la criminalidad, saturación de las prisiones, motines carcelarios). Cfr. Cardoso da Silva, André, “As penas alternativas em processo de globalização—Um novo modelo ressocializador”, *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, vol. 92, 1997, p. 392.

<sup>23</sup> La misma referencia cuantitativa contenía la ley suprema, a propósito de la caución vinculada a la libertad provisional del inculcado. En 1984 cambió esta forma de establecer la caución y se adoptó la referencia en términos de salario mínimo. Cfr. García Ramírez, Sergio, *Justicia y reformas legales*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1985, p. 477. En la actualidad, el texto constitucional no invoca cifras en pesos o salarios mínimos; los tribunales establecen la garantía en moneda del curso legal.

<sup>24</sup> Cfr. García Ramírez, Sergio, *La reforma penal de 1971*, México, Botas, 1971, pp. 15 y 16.

libertad, cuyo advenimiento marcó el principio de un viraje muy amplio en el sistema de reacciones penales: tratamiento en libertad, semilibertad —cuyo carácter de verdadero sustitutivo se ha cuestionado,<sup>25</sup> y que es, en realidad, una prisión “discontinua” que se ofrece como alternativa o sustitutivo de una prisión “continua”— y trabajo en favor de la comunidad —un trabajo civil,<sup>26</sup> socialmente útil—, además de la multa. Esta innovación fue generalmente bienvenida.<sup>27</sup> Los sustitutivos provenían del derecho de ejecución de sanciones y del Código Penal para Veracruz, de 1980,<sup>28</sup> pero también de la precursora reforma penal del Distrito Federal, de 1971, que avanzó moderadamente en esta dirección al reconocer la posibilidad de sustituir prisión por multa.<sup>29</sup> Concebido como

25 Daniel Varona Gómez observa, con respecto al arresto de fin de semana, que se trata de una pena corta privativa de libertad, y que es “incongruente que pueda hablarse de una alternativa a la prisión cuando ésta (el arresto) implica precisa y directamente (no indirectamente como sanción por incumplimiento) su ingreso en ella”. Varona Gómez, Daniel, “El arresto de fin de semana: ¿alternativa a la prisión o prisión atenuada?”, en Cid y Larrauri (coords.), *op. cit.*, nota 18, pp. 146 y 154.

26 En un tiempo, se ofreció a los jóvenes infractores estadounidenses la opción entre la prisión y la incorporación al ejército. *Cfr.* Maher, Richard J. y Dufour, Henry E., “Experimenting with Community Service: a Punitive Alternative to Imprisonment”, *Federal Probation*, Washington, vol. LI, núm. 3, septiembre de 1987, p. 22.

27 No sobra recordar que alguna de estas medidas ha tropezado con la oposición de cierto sector de la doctrina extranjera; así, Nuvolone objeta el trabajo en favor de la comunidad: a su juicio, trae consigo mayor estigmatización que la misma privación de la libertad; antaño, el trabajo forzado constituyó una pena. “El hecho de humanizarlo o de adornarlo con adjetivos socialmente adecuados, nada le quita a ese carácter originario y lógicamente irreductible”. Valmaña Ochaíta, Silvia, *op. cit.*, nota 14, p. 178.

28 Este código se formuló con base en el proyecto —que acogía los sustitutivos de tratamiento en libertad, semilibertad, multa y trabajo— elaborado en 1979 en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, mucho antes de la errónea supresión de este organismo, en 1993, y su pertinente restablecimiento conforme al decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de abril de 1996. La comisión redactora del proyecto, presidida por Celestino Porte Petit, a la sazón director general del Instituto, se integró igualmente con Sergio García Ramírez, Luis Marcó del Pont, Moisés Moreno Hernández, Ezequiel Coutiño Muñoa y Carlos Vidal Riveroll. Véase la justificación de los sustitutivos en “Exposición de Motivos”, *Leyes penales mexicanas*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1981, t. 1, pp. 81 y 82.

29 El artículo 74 proveniente de la reforma de 1971 quedó formulado como sigue: “Los jueces podrán substituir a su prudente arbitrio, a favor del delincuente primario, la pena de prisión no mayor de un año por la de multa. En tal caso, deberán expresar los motivos de su decisión, tomando en cuenta las circunstancias personales del condenado y los móviles de su conducta, así como las circunstancias del hecho punible”. Me ocupo de estos avances en García Ramírez, Sergio, *La reforma penal...*, *cit.*, nota 24, pp. 14-16.

sustitutivo, pronto se ampliaría el ámbito de aplicación del trabajo en favor de la comunidad: sucedáneo de la prisión o, bien, pena autónoma, pero no instrumento asociado a otro género de medidas, como ocurre en algunas legislaciones.<sup>30</sup> Esta innovación se acogió primero en el régimen de delitos de tránsito del orden federal.<sup>31</sup> Así las cosas, desde entonces quedó planteada una doble posibilidad: a) sustitución de penas breves privativas de libertad, y b) aplicación directa, que tendría su fundamento en la decisión legal, no sólo en la decisión jurisdiccional asociada a aquélla.

En 1983, la introducción de los sustitutivos se hizo dentro de fronteras racionales que permitieran una operación eficiente.<sup>32</sup> A este respecto, conviene referirse a lo que podríamos denominar condiciones cualitativas y cuantitativas —que se articulan en la “lógica del sistema”—, en las que sucesivas modificaciones legales han traído zigzagueos e inconsecuencias que no contribuyeron a la debida comprensión y al buen arraigo del sistema. Esas variaciones fueron resultado, a su vez, de los cambios en la incidencia criminal o en la percepción acerca de las re-

30 Por ejemplo, en Canadá, donde el trabajo en favor de la comunidad (*community service*) goza de aceptación, se utiliza como medida asociada a la *probation*. Cfr. Perrier, David C. y Pink, F. Steven, “Community Service: all Things to all People”, *Federal Probation* Washington, vol. XLIV, núm. 2, junio de 1985, p. 33.

31 En efecto, por reforma del 7 de noviembre de 1986, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de ese mes, el artículo 537 de la Ley de Vías Generales de Comunicación previó la aplicación alternativa de trabajo en favor de la comunidad, por treinta a noventa días, o multa en el caso del delito previsto en ese mismo precepto. En consecuencia, no fue la reforma de 1993 al artículo 27 —como lo creyó el dictamen acerca de ésta, elaborado en la Cámara de Diputados (considerando II, punto III)— la primera en establecer el carácter de pena autónoma del trabajo en favor de la comunidad.

32 El régimen de sustitutivos según la reforma de 1983, ha sido ampliamente comentado por la doctrina. Al respecto, *cfr.*, entre otros autores y trabajos, Porte Petit, Celestino, “Reformas penales de 1984. Parte general (El delito)”, pp. 229 y 230; Malo Camacho, Gustavo, “La reforma de 1984 al Código Penal. Parte general. Algunos comentarios”, p. 295; Islas de González Mariscal, Olga, “Comentarios a las reformas al Código Penal”, pp. 335-337; Vela Treviño, Sergio, “Algunas consideraciones sobre la reforma penal de 1984”, p. 367; Moreno Hernández, Moisés, “Algunas consideraciones sobre las reformas a la parte especial del Código Penal”, en varios autores, *op. cit.*, nota 9, p. 381; García Ramírez, Sergio, *Justicia y reformas...*, *cit.*, nota 23, pp. 275 y ss.; *id.*, “Desarrollo de los sustitutivos...”, *Estudios jurídicos*, *cit.*, nota 8, pp. 711 y ss.; Pavón Vasconcelos, Francisco, *Las reformas penales (Análisis crítico de la parte general)*, México, Porrúa, 1985, pp. 83-87, 117 y 118, y Madrazo, Carlos A., *La reforma penal (1983-1985)*, México, Porrúa, 1989, pp. 245 y ss.

acciones adecuadas frente al crecimiento de la criminalidad. En su conjunto, estos movimientos ponen de manifiesto lo que se ha denunciado de manera tan frecuente como infructuosa: la ausencia de una política criminal que fije el cauce para la reforma penal y mida la pertinencia de las nuevas figuras e instituciones. Hoy día pudiera resultar difícil —pero no por ello impracticable—, ante una opinión pública sensible e irritada, la incorporación muy amplia de los sustitutivos y de las alternativas tanto en la legislación como en la aplicación judicial. No la favorece el auge de la criminalidad, una realidad cotidiana, incontenible —o incontenida— y notoria.<sup>33</sup>

Las condiciones cualitativas son factores o elementos personales, de carácter objetivo o subjetivo, que abren la posibilidad de la sustitución. Constituyen los presupuestos de éstas. La condición general correspondió a la pertinencia misma de una sustitución, apreciada en los términos de la individualización penal judicial prevista en los artículos 51 y 52 del Código Penal (artículo 70, primer párrafo). He aquí un fundamento general con el que se pretende conferir sentido a la sustitución. Luego había que examinar otras condiciones específicas, ya estatuidas a propósito de la condena condicional, a cuyo régimen se hacía expresa remisión: a) que el delincuente fuera primerizo y hubiera “evidenciado buena conducta positiva, antes y después del hecho punible”,<sup>34</sup> y b) que fuese

<sup>33</sup> Más allá de la estadística oficial que registra denuncias y querellas, últimamente se han elaborado y presentado mediciones de percepción social que ponen de manifiesto las certezas de una sociedad “victimada”. Los primeros trabajos recientes en este sentido fueron realizados dentro del Programa de Investigación acerca de la Violencia Social (Pivios) en la Universidad Nacional Autónoma de México. De los últimos días —mayo de 2002— es la presentación de la Encuesta Nacional sobre Inseguridad Pública correspondiente al 2001, realizada por el Instituto Ciudadano de Estudios sobre Inseguridad, cuyas conclusiones son muy preocupantes y han sido cuestionadas por las autoridades de la ciudad de México y de algunas entidades federativas. La encuesta acerca de 2001 ofrece una situación particularmente crítica en el Distrito Federal, precisamente. En el conjunto del país se cometieron 4,412 delitos por cien mil personas; en el Distrito Federal, 17,718, cifra que supera, con mucho, la correspondiente a otras entidades en las que hay grave sensación de inseguridad. *Cfr.* “Más de 4 millones, víctimas de delitos”, *El Universal*, México, 29 de mayo de 2002.

<sup>34</sup> Buena conducta “positiva” que requiere hechos plausibles, de signo favorable, no apenas la abstención de incurrir en mala conducta. Es obvio que todos estos factores se ponderan a la luz de cierta cultura; usos, costumbres, reglas morales, principios, etcétera, entran en juego para apreciar la existencia de esa “buena conducta”. Caminamos en tierra movediza. Esta calidad de la conducta fue introducida por la reforma de 1971 en ma-

posible presumir que no volvería a delinquir.<sup>35</sup> Finalmente, había que tomar en cuenta el requisito que marcó el artículo 76, consecuente con la necesidad de proteger derechos de la víctima y de acreditar, a través de “signos” plausibles, que existe una “buena disposición ético-jurídica” por parte del infractor, que le hacía acreedor a confianza y benevolencia: reparación del daño o garantía de reparación.<sup>36</sup>

Los requisitos cuantitativos, que se concentran en la posibilidad de sustitución de cierta privación de libertad por determinada medida, ponderada en función de la cuantía o intensidad de aquélla. Así, el artículo 70 previno en 1983 que se podría sustituir la prisión por multa o trabajo en favor de la comunidad, cuando aquélla no excediera de un año (fracción I), y por tratamiento en libertad o semilibertad, cuando no excediera de tres (fracción II). La suspensión condicional de la ejecución de la condena procedía cuando la pena privativa de libertad impuesta no excedía de dos años. Para fortalecer la novedad se reorientó la medida de vigilancia de la policía, transformada en vigilancia de la autoridad. El cambio fue de nombre y de sentido. Otras modificaciones, de gran relevancia, hubo en el régimen de penas y medidas. Entre ellas, la histórica adopción del sistema de días multa, que figuró en el proyecto de Código Penal para Veracruz, de 1979, pero no en el código aprobado<sup>37</sup>

teria de condena condicional. *Cfr.* García Ramírez, Sergio, *La reforma penal...*, *cit.*, nota 24, p. 26.

<sup>35</sup> He aquí otro tema de enorme complejidad: la prognosis delictiva, no previa al delito, sino posterior a éste. El pronóstico —que tiene partidarios y adversarios, con interesantes razones en ambos casos— se halla naturalmente implicado en la individualización judicial, particularmente cuando ésta analiza la sustitución a través de los sustitutivos contemporáneos o de la tradicional suspensión condicional de la ejecución de la condena. Otro tanto ocurre en el ámbito de los correctivos de la pena de prisión, en sede penitenciaria: prelibertad, libertad preparatoria o condicional y remisión parcial de la pena.

<sup>36</sup> La estimable reforma de 1971 agregó un inciso e a la fracción II del artículo 90. Al requerir la reparación del daño causado, el precepto advirtió: “Cuando por sus circunstancias personales no pueda reparar desde luego el daño causado, (el reo) dará caución o se sujetará a las medidas que a juicio del juez o tribunal sean bastantes para asegurar que cumplirá, en el plazo que se le fije, esta obligación”. Nótese que se abre la alternativa entre la caución (garantía pecuniaria) y otra forma de asegurar el cumplimiento del deber resarcitorio.

<sup>37</sup> *Cfr.* “Exposición de Motivos”, *op. cit.*, nota 28, pp. 82 y 83. La fórmula del artículo 39 del proyecto no fue tan certera como la del artículo 29 de la reforma de 1983 al Cód-

y que ha marcado el nuevo rumbo de la sanción pecuniaria en nuestro país.<sup>38</sup>

#### 4. *Reforma de 1991*

Estos avances notables no serían abandonados, pero se verían comprometidos con motivo de algunas alteraciones introducidas por reformas posteriores, que no adelantarían, sin embargo, como hubiera sido deseable, en la provisión de nuevas alternativas relevantes. La reforma de 1991<sup>39</sup> fijó un principio general de preferencia de la pena alternativa de

go Penal federal y distrital, que ha perdurado. Aquella resolvió: “La multa consiste en el pago que se hace al Estado de una suma de dinero. Se fijará por días, sin que pueda exceder de quinientos. 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”. Más cambios hubo en otros puntos: *a*) medidas para inimputables, en cuanto a la sede (en internamiento o en libertad) y en cuanto a la duración (nunca mayor de la que correspondería al máximo de la pena aplicable al delito); *b*) decomiso y pérdida de instrumentos y objetos relacionados con el delito; *c*) apercibimiento, que dejó de ser medida en función de la peligrosidad predelictual, y *d*) caución de no ofender, que se completó con garantías de naturaleza no pecuniaria.

<sup>38</sup> La circunstancia de que en 1983-1984, el Código Penal establecía todas las multas en cantidades absolutas de pesos, determinó que el artículo tercero transitorio del Decreto de reformas del 30 de diciembre de 1983 fijara un sistema de conversión o ajuste de aquellas disposiciones al nuevo régimen de días multa. Resulta extraño que el anteproyecto de Código Penal único, elaborado y difundido por la Secretaría (federal) de Seguridad Pública en 2002 —al que me referiré en otros momentos—, “combine” todavía la previsión de días multa (artículo 36: “La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará por días multa...”) con la disposición de multas en múltiplos de salarios mínimos (como sucede en hipótesis de delitos cometidos por servidores públicos: título décimo del libro segundo).

<sup>39</sup> Decreto del 16 de diciembre de 1991, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 del mismo mes. En lo que ahora nos atañe, Malo Camacho comentó que en esa reforma se “observa un claro sentido hacia la despenalización que aparece alcanzado por dos vías distintas: penas alternativas y penas sustitutivas. Ambos sistemas ya preexistían en el ley penal mexicana, a partir de las reformas de 1994, y es ahora, con las reformas que incorpora el Decreto del 30 de diciembre de 1991, que se amplía notablemente su nuevo alcance”. Malo Camacho, “Modernización jurídica penal en México y el Decreto de reforma de fecha 30 de diciembre de 1991”, *Criminalia*, año LVIII, núm. 1, enero-abril de 1992, p. 169.

prisión.<sup>40</sup> Esta es una prevención que el legislador dirige al juzgador, aunque también se podría formular la misma instrucción al propio legislador: olvidar la prisión, cada vez que ello sea posible —y lo sería a menudo— y conservar únicamente la pena que hoy es alternativa.<sup>41</sup>

Igualmente, esa reforma amplió inmoderadamente las sustituciones de la prisión —en cuanto al tiempo, no en cuanto a los sustitutivos—, sin que el legislador proporcionara la razón —más allá del discurso— para el cambio que introdujo en este punto.<sup>42</sup> Las sustituciones quedaron en los siguientes términos: *a*) condena condicional, cuando no excediera de cuatro años (en vez de dos, que anteriormente se prevenía) la prisión impuesta en la sentencia (artículo 90, fracción I, inciso *a*); *b*) trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la prisión no era superior a cinco años (en vez de un año en el supuesto del trabajo, y de tres en el de la semilibertad); *c*) tratamiento en libertad, en la hipótesis de que la prisión no fuese mayor de cuatro años (no de tres, como se previno con anterioridad), y *d*) multa, cuando la privación de libertad no excedía de tres años (artículo 70).

40 La regla, que ha llegado a nuestros días, estatuyó para el caso de pena 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”. Esta fórmula fue criticada por los juristas Elpidio Ramírez y Moisés Moreno. Aquél hizo ver la impertinencia de sancionar en un caso concreto a la luz de la prevención general, que implica consideraciones más allá del caso mismo. En sentido semejante, *cf.* Moreno, “Las recientes reformas al Código Penal”, *Criminalia*, año LVIII, núm. 1, enero-abril de 1992, pp. 186 y 187.

41 Al defender las virtudes de la multa como alternativa de la prisión, Cachón Cárdenas y Cid Moliné escriben: “cuando una infracción puede ser sancionada con pena de multa alternativa a una pena privativa de libertad, también puede ser sancionada sólo con la pena de multa”. Cachón Cárdenas y Cid Moliné, “La pena de días-multa...”, en Cid y Larrauri (coords.), *op. cit.*, nota 18, p. 49. Obviamente, hay que tomar esta expresión con cautela: tampoco se podría atar absolutamente las manos de la justicia; en muchos casos será conveniente que el tribunal cuente con la posibilidad de optar a la hora de individualizar la pena.

42 Por ello señalé, a raíz de esas reformas, que “no hay (en el proceso legislativo correspondiente) explicación analítica y estadística que haga luz en los criterios en los que se apoyan las conversiones en cada caso; sólo existe el pronunciamiento general favorable a la sustitución de la pena privativa de libertad”. García Ramírez, Sergio, *Proceso penal y derechos humanos*, 2a. ed., México, Porrúa, 1993, p. 267.

Con todo ello sembró problemas que pusieron en riesgo la eficacia misma del sistema, como hice notar en otra oportunidad.<sup>43</sup> Hay que tomar en cuenta que la sustitución trae consigo condiciones ejecutivas singulares y necesidades específicas de orientación y observación de la conducta, que deben organizarse de acuerdo con las características de la medida misma y con las posibilidades reales de la administración. Ni la semilibertad ni el trabajo en favor de la comunidad pueden cubrir periodos excesivamente prolongados;<sup>44</sup> tampoco deben imponerse éstos al tratamiento en libertad, aunque en este caso la duración ma-

43 Al respecto, escribí: “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 en la más recta intención”. Las reformas de 1991 y 1993 “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... 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”. García Ramírez, Sergio, *Estudios...*, *cit.*, nota 8, pp. 754 y 755.

44 En la legislación inglesa, generalmente considerada como orientadora en esta materia, el trabajo en favor de la comunidad puede abarcar un mínimo de cuarenta horas y un máximo de doscientas cuarenta, en un periodo de doce meses cuando más. *Cfr.* Cid Moliné, “El trabajo en beneficio de la comunidad”, en Cid y Larrauri (coords.), *op. cit.*, nota 18, p. 97. Lo mismo ocurre en Francia, conforme a una ley del 10 de junio de 1983. *Cfr.* Gaillardot, Dominique, “Les sanctions pénales alternatives”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, quarante-sixième année, núm. 2, abril-junio de 1994, p. 686. El código español de 1995 autoriza el trabajo en beneficio de la comunidad, a título de “pena menos grave”, de noventa y seis a trescientos ochenta y cuatro horas (artículo 33, 3, j), y en calidad de “pena leve”, de dieciséis a noventa y seis horas (*id.*, 4, e). En cuanto a la semilibertad, tómesese en cuenta que el Código Penal español permite el arresto de fin de semana, como “pena menos grave”, de siete a veinticuatro fines de semana (*id.*, 3, i), y como “pena leve”, de uno a seis fines de semana (*id.*, 4, d); empero, por aplicación del artículo 88, relativo a la sustitución de penas privativas de libertad, resulta posible condenar a arresto por doscientos ocho fines de semana, esto es, cuatro años. *Cfr.*, al respecto, Varona Gómez, “El arresto de fin de semana...”, en Cid y Larrauri, *op. cit.*, nota 18, p. 154. Se ha dicho que la excesiva limitación en el tiempo de trabajo al servicio de la comunidad desacredita esta medida como alternativa a la prisión “creíble”. *Cfr.* Maher y Dufour, “Experimenting with Community Service...”, *cit.*, nota 26, p. 26.

neable —esto es, la practicable en condiciones adecuadas— puede ser más amplia que en aquéllos.

### 5. *Reforma de 1993*

La reforma de 1993 suprimió condiciones para la sustitución, entre ellas la de que el beneficiario fuera delincuente primerizo.<sup>45</sup> Conservó las referencias cuantitativas incorporadas por la reforma de 1991.

### 6. *Reforma de 1996*

Después de 1993 hubo más reformas relevantes para el tema que ahora examino. La primera, de 1996, rectificó la desmesura del sistema introducido en 1993.<sup>46</sup> Efectivamente, excluyó los sustitutivos en determinados casos de previa comisión de delitos, acogiendo de tal suerte la cautela que impone la reincidencia, y modificó las condiciones cuantitativas. En virtud de esto último, resultó el siguiente sistema de sustituciones de la prisión recogido en el artículo 70 del Código Penal: a) por

<sup>45</sup> Este punto se relaciona con la compleja cuestión general del tratamiento penal de la reincidencia. Por supuesto, coincido sin vacilación con la idea de que no es debido sancionar dos veces al sujeto por el delito anteriormente cometido. Esto no ocurre, sin embargo, cuando viene al caso un régimen restrictivo de beneficios. Para ilustrar esta consideración, reproduzco aquí lo que escribí en otro trabajo con el propósito de deslindar ambos supuestos: "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". García Ramírez, Sergio, *Estudios...*, cit., nota 8, p. 752.

<sup>46</sup> Reforma del 9 de mayo de 1996, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de dicho mes. En 1996 hubo reformas constitucionales en materia penal de diverso signo y merecedoras de distinta calificación. Una de ellas, incorporada a la fracción I del artículo 20 constitucional, enmendó los errores cometidos por la reforma constitucional de 1993 en lo que respecta a la libertad caucional. Cfr. García Ramírez, Sergio, *El nuevo procedimiento penal mexicano*, 3a. ed., México, Porrúa, 2001, pp. 63 y ss.; *id.*, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, 2a. ed., México, Porrúa, pp. 70 y ss.

trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, si aquélla no excedía de cuatro años (no cinco, como antes) (fracción I); *b*) por tratamiento en libertad, cuando no fuera superior a tres años (antes, cuatro años) (fracción II), y *c*) por multa, si la privación de libertad no excedía de dos años (en vez de tres) (fracción III).<sup>47</sup> La suspensión de la ejecución quedó en los mismos términos: hasta cuatro años de prisión.

### 7. *Reforma de 1998*

En 1998, una nueva reforma al artículo 70 trajo consigo una posible causa excluyente de la sustitución penal, que aún se conserva y que constituye un flagrante error: que la ley prohíba la sustitución cuando se trate de transgresiones en perjuicio de la hacienda pública.<sup>48</sup>

### 8. *Reforma de 1999*

Finalmente, una reforma de 1999<sup>49</sup> incorporó en el artículo 85 del Código Penal una lista de exclusiones de los sustitutivos y de la libertad preparatoria. El Distrito Federal no siguió ese camino.<sup>50</sup>

### 9. *Código de 1931-1999*

Me ocuparé en seguida del régimen adoptado por el Código Penal de 1931-1999 para el Distrito Federal, y de las variantes —algunas de ellas

<sup>47</sup> *Cfr.* mi comentario en García Ramírez, Sergio, “Desarrollo de los sustitutivos...”, *cit.*, nota 19, pp. 758 y 759.

<sup>48</sup> Sobre este punto, comenté: “Aquí se presenta un doble desacierto, verdaderamente deplorable. Por una parte, se utiliza la ley penal como instrumento intimidatorio para fines recaudatorios, con severidad inadmisibles, pues en todo caso habría otras hipótesis delictivas, infinitamente más graves, que reclamarían el mismo tratamiento. Por la otra, se deja a la legislación especial —normas penales en leyes fiscales— la tarea de integrar, a discreción, el catálogo de exclusiones”. *Ibidem*, pp. 759 y 760.

<sup>49</sup> Promulgada el 13 de mayo de 1999 y publicada el 17 de mayo (un día antes de la publicación del decreto que redujo al Código Penal a la condición de ordenamiento exclusivamente federal, que, no obstante, siguió rigiendo para la materia común hasta que se inició la vigencia del Código Penal para el Distrito Federal, tras la publicación de éste en septiembre de 1999).

<sup>50</sup> En el presente trabajo sólo analizo la legislación del Distrito Federal. En cuanto a la federal, a propósito del Código Penal, la ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, *cfr.* mis comentarios en García Ramírez, Sergio, “Desarrollo de los sustitutivos...”, *Estudios...*, *cit.*, nota 8, pp. 760 y ss.

tan extrañas como indebidas— que sobre la materia de nuestra actual incumbencia aporta la muy deficiente Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, también de 1999.<sup>51</sup>

En lo que respecta al Código Penal: a) el inciso 2 del artículo 24 y el artículo 27 conservaron las sanciones sustitutivas creadas en 1983: tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad, a las que se agrega la multa al amparo de la fracción III del artículo 70; y b) el juez aprecia la pertinencia de la sustitución, atento a los artículos 51 y 52. En el supuesto de penas alternativas, se debe optar por la sanción no privativa de libertad, salvo que la solución opuesta sea “ineludible —como se dijo a partir de la reforma de 1991— a los fines de justicia, prevención general y prevención especial”.

Por lo que hace a las condiciones referentes a la cuantía de las penas sustituibles, el código autorizó la sustitución en los siguientes extremos, que son los mismos acordados por la reforma de 1996, rectificadora de la de 1993: a) condena condicional, cuando la prisión no sea mayor de cuatro años (artículo 90, fracción I, a); b) trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la prisión no exceda de cuatro años (artículo 70, fracción I); c) tratamiento en libertad, si la prisión no va más allá de tres años (fracción II), y d) multa, cuando la privación de libertad no sea mayor de dos años (fracción III).

### 10. *Ley de Ejecución de Sanciones*

La Ley de Ejecución de Sanciones contiene diversas referencias a los sustitutivos. Sólo mencionaré las más destacadas. Una de ellas, contenida en el artículo 24, referente a las “instituciones que integran el sistema penitenciario”, señala que en las instituciones de baja seguridad “se

<sup>51</sup> Esta ley fue promulgada el 15 de septiembre de 1999 y apareció publicada —al igual que el decreto que estableció el Código Penal para el Distrito Federal, a partir de la legislación federal y distrital que hasta ese momento había existido— en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 17 de septiembre de aquel año, y en el *Diario Oficial de la Federación* del 30 del mismo mes. Dicho ordenamiento sustituyó a la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, que rigió tanto en materia federal como local distrital, y fue, a partir de 1971, el eje sobre el que se construyó el nuevo derecho penitenciario mexicano, muy escaso o de plano inexistente antes de aquel año. Sobre esto, *cf.* García Ramírez, Sergio, *Legislación penitenciaria y correccional comentada*, México, Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1978, pp. 21 y ss.

ubicará a quienes hayan sido sentenciados por delitos no considerados como graves por la ley o a penas que compurguen en régimen de semi-libertad, o estén al final de la ejecución de la pena de internamiento”. Otra, mucho más relevante, delicada y cuestionable, se localiza en el artículo 33. En este erróneo precepto, el legislador distrital echó a volar la imaginación. En ese ejercicio de vuelo urdió un “tratamiento en externación” que “lejos de ser una forma de ejecutar sanciones previstas en el Código Penal constituye una sanción diferente, con perfil propio —he observado—, que asociada a otras medidas incorporadas en la propia ley ejecutiva puede significar la exclusión, de *facto*, de la privación de libertad prevista en el código sustantivo y en la sentencia de condena”.<sup>52</sup>

## 11. *Código de 2002*

### A. *Sistema general*

Vale decir que el código utiliza profusamente —y no siempre necesariamente— la pena privativa de libertad, e insiste en las penas elevadas de esta naturaleza, y así contraría las mejores recomendaciones<sup>53</sup> e igno-

<sup>52</sup> El tratamiento en externación, desacierto garrafal de la ley ejecutiva, aparece definido en el artículo 33 como un “medio de ejecutar la sanción penal, de carácter eminentemente técnico, por el que se somete al sentenciado ejecutoriado a un proceso tendente al fortalecimiento de los valores sociales, éticos, cívicos y morales, que le permitirá una adecuada reinserción en la sociedad”. Al lado de esta y otras vaguedades, se estatuyen las hipótesis de y para el tratamiento en externación, cuyo simple enunciado permite observar que éste constituye un arbitrario remiendo de la ley ejecutiva al Código Penal. La medida comprende salida diaria para trabajar o estudiar, con reclusión nocturna; salida para los mismos efectos, con reclusión el sábado y el domingo, y “tratamiento terapéutico institucional” durante el tiempo en que el sentenciado no labore o estudie” (artículo 37); y se aplica en dos hipótesis: al sentenciado a no más de cinco años de prisión (artículo 34, fracción I) y al condenado a no más de siete años de privación de libertad (artículo 36, fracción I). *Cfr.* mi comentario amplio sobre la materia en García Ramírez, Sergio, “Desarrollo de los sustitutivos...”, *Estudios...*, *cit.*, nota 8, pp. 770 y ss.

<sup>53</sup> En pleno 2002, el ya antiguo Código de Justicia Militar (1934), que todavía conserva —con filiación en el artículo 22 de la Constitución— la pena de muerte, aún estipula que la privación de libertad tendrá un máximo de veinte años. Luigi Ferrajoli plantea la posibilidad de reducir a diez años, cuando más, la duración máxima de la pena privativa de libertad, “cualquiera que sea el delito cometido”. Esta disminución sería viable a corto plazo; luego, a mediano plazo, se podría reducir aún más la privación de libertad. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5a. ed., trad. de

ra que —como se ha hecho ver desde la obra primordial de Beccaria— no es la gravedad de los castigos, sino la certeza de que los habrá, lo que mayores efectos disuasivos produce.<sup>54</sup>

El nuevo Código Penal distrital de 2002, cuya exposición de motivos no expresa en lo absoluto los que el legislador tuvo a la vista para adoptar el régimen que finalmente estableció:<sup>55</sup> a) mantiene las tres categorías creadas en 1983, además de la multa, a las que agrega una: trabajo en beneficio de la víctima (artículos 30, fracciones II-IV, y 34-36), que adelante examinaré; b) establece el carácter facultativo de la aplicación de sustitutivos, en función de las reglas de individualización (artículos 84, primer párrafo, y 72),<sup>56</sup> como se ha hecho desde el advenimiento de aquéllos a la ley penal federal y distrital;<sup>57</sup> y c) parece establecer el carácter obligatorio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena (artículo 89, primer párrafo).<sup>58</sup> También reitera la opción favorable

Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Canterero Bandrés, Madrid, Trotta, 2001, pp. 414 y 415.

<sup>54</sup> En la Encuesta Nacional sobre Inseguridad Pública correspondiente a 2001, levantada por el Instituto Ciudadano de Estudios sobre Inseguridad, queda de manifiesto que no se denuncia el 66 por ciento de los delitos cometidos; esto es, sólo se denuncia una tercera parte del total; con ello, la cifra negra resulta sumamente elevada. De los delitos denunciados, sólo en el 11 por ciento de los casos se consignó penalmente al (probable) responsable, y apenas en el 2 por ciento logró la víctima recuperar los bienes objeto del delito, en la inteligencia de que el 92 por ciento de los delitos cometidos son robos. *Cfr.* “Más de cuatro millones, víctimas de delitos”, *El Universal, cit.*, nota 33.

<sup>55</sup> En este campo, sólo hay cierta explicación —que dista mucho de ser suficiente— en lo que respecta al trabajo en beneficio de la víctima, a la que abajo me referiré, no así en lo que toca a los restantes sustitutivos.

<sup>56</sup> En efecto, el primer párrafo del artículo 84 señala: “El juez, considerando lo dispuesto en el artículo 72 de este Código, podrá sustituir la pena de prisión, en los términos siguientes:...”. Así lo estipuló también —con alguna variante en las palabras y la remisión a los artículos 51 y 52— la norma correspondiente del Código de 1931-1999: artículo 70, primer párrafo.

<sup>57</sup> Es notoriamente superior la redacción del anteproyecto del III en esta materia. El requisito —aplicable a sustitución y suspensión— se concibe así: (que) “se acredite la conveniencia de la sustitución, tomando en cuenta los requerimientos de la justicia y las necesidades de la readaptación en el caso concreto”.

<sup>58</sup> El primer párrafo del artículo 89 dice: “El juez o el tribunal, en su caso, al dictar sentencia condenatoria, suspenderá motivadamente la ejecución de las penas, a petición de parte o de oficio, si concurren los requisitos siguientes:...”. En el mismo sentido se pronunció, con alguna diferencia de expresión, la fracción I del artículo 90 del código de 1931-1999.

a la punibilidad no privativa de libertad, cuando aquélla sea alternativa (artículo 70, segundo párrafo), conservando a este respecto, inclusive, la combatida referencia a la prevención general que ha campeado desde la reforma de 1991.<sup>59</sup> El anteproyecto del IJ, que supera en diversos puntos al código de 2002, admitía la intención de esta regla y la proyectaba a los sustitutivos a través de una preferencia del mismo signo.<sup>60</sup>

Por otra parte, el flamante código no revisa las condiciones de aplicación de algunos sustitutivos que pudieran requerir modificaciones —así, el consentimiento explícito del sentenciado,<sup>61</sup> necesario en algunas medidas que implican terapia—<sup>62</sup> y tampoco incorpora algunas sanciones que bien pudo recoger, o que pudieron y debieron ser materia de deliberación, sea como sustitutivos, sea como alternativas de la prisión: por ejemplo, suspensión del fallo,<sup>63</sup> amonestación con reserva de pena o de-

<sup>59</sup> El segundo párrafo del artículo 70 dispone: “Cuando se trate de punibilidad alternativa en la que se contemple pena de prisión, el juez podrá imponer motivando su resolución, la sanción privativa de libertad sólo cuando ello sea ineludible para los fines de justicia, prevención general y prevención especial”.

<sup>60</sup> En el artículo 60, dicho anteproyecto manifestó: “Cuando la ley permita sustituir la pena o la medida de seguridad por otra de menor gravedad, el juez deberá aplicar ésta de manera proferente. Si no la aplica deberá manifestar en la sentencia las razones que tuvo para no hacerlo”.

<sup>61</sup> El tratamiento en libertad de imputables, el trabajo en beneficio de la comunidad o de la víctima y la semilibertad tropezarán con graves obstáculos prácticos si el inculpa-do no consiente en ellos y participa adecuadamente en su ejecución, e incluso afrontarán, en algún extremo, reparos de otra naturaleza. Sobre esto último, Cid Moliné advierte: “Mientras que la multa puede imponerse sin acuerdo del infractor (ya que su ejecución coactiva no afectaría a derechos básicos de la persona), nadie discute que la sanción de (trabajo en beneficio de la comunidad) debe imponerse con consentimiento, ya que si se pudiera imponer sin consentimiento su ejecución coactiva supondría uno de los considerados tratos inhumanos o degradantes, que resultan moral y jurídicamente inadmisibles”. Cid Moliné, “El trabajo en beneficio...”, en Cid y Larrauri (coords.), *op. cit.*, nota 18, p. 106.

<sup>62</sup> Cfr. Roxin, Claus, “Problemas actuales de la política criminal”, trad. de Enrique Díaz Aranda, en Díaz Aranda, Enrique (ed.), *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 101.

<sup>63</sup> Que ya no es, ciertamente, una novedad penológica; su historia se asocia a la condena condicional, nada menos, de la que es una versión bien conocida. Se trata de “la facultad, atribuida a los tribunales, de suspender motivadamente la imposición de la pena en el fallo de la sentencia condenatoria, y por ello su inscripción en el registro correspondiente, atendidos los principios de prevención especial (pronóstico favorable) y prevención general (que no se deduzcan responsabilidades civiles o que se hayan satisfecho en lo posible las que se hubieren originado), y que la pena que hubiere correspondido al delito cometido no fuere grave, quedando condicionada dicha suspensión al hecho de que

tención domiciliaria,<sup>64</sup> para sólo citar algunas que han avanzado últimamente —o desde hace tiempo—, entre las muchas que integran este arsenal de consecuencias jurídicas del delito.<sup>65</sup> Muy escasamente se reconoce a la reparación del daño eficacia extintiva de la persecución penal.<sup>66</sup>

Por lo demás, no han sido infrecuentes las críticas a ordenamientos de fecha más o menos reciente por insuficiencia en la adopción y regulación de sustitutivos.<sup>67</sup> Igualmente, habría que examinar, en relación con el tema que ahora me ocupa, las exclusiones y exenciones de pena o perdón judicial en sentido lato, que también sirven al propósito de conferir equidad y racionalidad, casuísticamente, a la reacción estatal frente al crimen.

el reo no delinca en el plazo fijado por el tribunal y que no podrá ser inferior a dos años ni superior a cinco". Valmaña Ochaíta, Silvia, *op. cit.*, nota 14, p. 38.

<sup>64</sup> Una medida introducida en Estados Unidos de América (como arresto asegurado electrónicamente) y otros países, que se comienza a experimentar en Alemania y que "tiene como ventaja que se puede ejecutar en el tiempo libre y lleva consigo una sensible restricción de la libre organización de la vida; pero el sujeto no es sustraído de su trabajo ni de su familia y también evita las otras desventajas de la pena privativa de la libertad". Roxin, *op. cit.*, nota 62, p. 100.

<sup>65</sup> Se mencionan: diversión o derivación (que implica abstención de denuncia o ejecución), perdón o dispensa, perdón o dispensa condicional y suspensión del fallo, amonestación, caución de conducta, reparación, multa, *probation*, *probation* intensiva, trabajo al servicio de la comunidad, inhabilitación, suspensión de la ejecución de la condena, toque de queda —*curfew order*— (que significa permanencia de la persona en determinado lugar), arresto domiciliario. Cid y Larrauri, "Introducción", en Cid y Larrauri (coords.), *op. cit.*, nota 18, pp. 14 y 15. Reviste importancia la abstención penal fundada en la consideración de oportunidad que en algunos sistemas corresponde al Ministerio Público, y en la eficacia de una mediación que desemboca en reparación del daño. *Cfr.* Gaillardot, Dominique, "Les sanctions pénales alternatives", *Revue Internationale de Droit Comparé*, quarante-sixième année, núm. 2, abril-junio de 1994, p. 690.

<sup>66</sup> El artículo 240 previene, en hipótesis de daño en propiedad ajena culposo, que se extinguirá la pretensión punitiva si el agente repara los daños y perjuicios causados, antes de que el Ministerio Público ejercite la acción penal, y se procede al sobreseimiento si la reparación ocurre antes de que se dicte sentencia de segunda instancia.

<sup>67</sup> Así, en el caso del Código Penal español, de 1995. *Cfr.*, por ejemplo, Serrano Pascual, Mariano, "Las alternativas a la prisión. Las recientes tendencias internacionales y el Código Penal español de 1995", *Tapia*, Madrid, año XV, núm. 92, enero-febrero de 1997, p. 30.

En este aspecto, fue igualmente innovadora la reforma penal de 1983,<sup>68</sup> recogida —y no siempre bien continuada— por modificaciones posteriores y por el propio Código Penal de 2002.<sup>69</sup>

### B. *Penas autónomas*

Se advierte, en todos los casos, que la libertad bajo tratamiento, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad o en beneficio de la víctima podrán ser sustitutivas o autónomas. En diversas oportunidades se ha insistido en la necesidad de emplear a fondo —pero no con ligereza— aquellas sanciones en forma independiente de la prisión.<sup>70</sup> Obviamente, no basta con que la norma general apunte esta alternativa. La precisión es plausible en la medida en que el ordenamiento recoja las hipótesis de aplicación autónoma en las punibilidades previstas en el libro segundo, lo cual ocurre escasamente en algunos casos, y no ocurre para nada en otros. Es esto último lo que se observa con respecto a la

<sup>68</sup> El artículo 55 innovó en la materia al permitir al juzgador prescindir de la pena privativa o restrictiva de la libertad cuando el agente “hubiese sufrido consecuencias graves en su persona, que hicieren notoriamente innecesaria e irracional” la imposición de aquella pena. Por otra parte, el artículo 59 bis señaló que “cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o el alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso”.

<sup>69</sup> El artículo 75 permite el perdón judicial o la sustitución de la pena aplicable por una menos grave o por medida de seguridad, cuando aquélla “resulte notoriamente innecesaria e irracional (el epígrafe de este precepto señala: “Pena innecesaria”), en razón de que el agente”: a) haya sufrido consecuencias graves en su persona con motivo del delito cometido; b) presente “senilidad avanzada”; o “padezca enfermedad grave e incurable avanzada o precario estado de salud”; en este supuesto, el tribunal resolverá “tomando en cuenta el resultado de dos dictámenes médicos y asentará con precisión, en la sentencia, las razones de su determinación”. El propio código de 2002 incluye un supuesto de perdón judicial cuando el particular ha incurrido en cohecho para favorecer a una persona allegada al agente, o bien, cuando éste denuncia espontáneamente el delito (artículo 278). Probablemente se ha querido proveer un trato equitativo a quien actúa por motivo noble, altruista o solidario, pero la fórmula del código es notoriamente errónea, porque va mucho más lejos de lo que sería aceptable si aquella fuera la intención del legislador.

<sup>70</sup> Véase una amplia propuesta en este sentido en Fernández Muñoz, Dolores E., “Sanciones alternativas a la pena de prisión. Propuesta de reformas a la legislación penal mexicana”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXVII, núm. 81, septiembre-diciembre de 1994, pp. 634 y ss.

libertad de imputables, en su posible vertiente de libertad bajo vigilancia,<sup>71</sup> nombre que, por cierto, no figura en el catálogo de penas y medidas adoptado por los artículos 30 y 31. La semilibertad, a título de pena autónoma y única, sólo se considera en dos supuestos,<sup>72</sup> y el trabajo en favor de la comunidad, en calidad de pena autónoma y alternativa, en otros dos.<sup>73</sup>

Tampoco se ha avanzado tanto como era posible hacerlo en el rumbo de otras penas autónomas, ampliamente exploradas en la legislación y en la práctica comparadas, sobre todo la multa, que ha sido sistemática y crecientemente utilizada en otros países.<sup>74</sup> El código acoge la sanción pecuniaria, muy extensamente, como pena conjunta con la privativa de libertad. En otras hipótesis la maneja como alternativa, principalmente,<sup>75</sup> o bien, como pena única, en un reducido número de casos.<sup>76</sup>

71 El artículo 39 establece la libertad bajo vigilancia como sustitutivo del trabajo en favor de la comunidad, que a su vez es sustitutivo de la multa, cuando no sea posible o conveniente la conversión de ésta en aquél.

72 Así, en los supuestos de oposición a una obra o un trabajo públicos (artículo 285), y ultrajes a la autoridad (artículo 287).

73 Son: desobediencia y resistencia de particulares (artículo 281) y variación de nombre o domicilio (artículo 317).

74 Roxin señala que la multa es la sanción mayormente aplicada en las sentencias de los tribunales alemanes: en el ochenta y cinco por ciento de los casos se aplica esta pena. *Cfr.* Roxin, *op. cit.*, nota 62, p. 99; asimismo, *cf.* Jäger, Cristian, "La pena de muerte en el sistema de los fines de la pena", en Díaz Aranda, Enrique (ed.), *Problemas...*, *cit.*, nota 62, pp. 85 y 86. Valmaña observa que "la multa se perfila como la pena sustitutiva reina. La adopción del sistema de cuotas-multa permite valorar de forma más perfecta de una parte, la antijuridicidad y culpabilidad de la conducta, y de otra, la capacidad económica del sujeto". Valmaña Ochaíta, Silvia, *op. cit.*, nota 14, p. 196.

75 La multa como alternativa de la prisión aparece en los siguientes casos: ocultamiento, destrucción, inhumación o exhumación de cadáveres y restos humanos (artículo 207), amenazas (artículo 209), allanamiento (artículo 210), difamación (artículo 214), robo de uso (artículo 222), portación, fabricación e importación de objetos aptos para agredir (artículo 251), ejercicio indebido del propio derecho (artículo 288), usurpación de profesión (artículo 323), delitos contra seguridad en el tránsito de vehículos (artículo 332), y destrucción o afectación, por parte de un servidor público, de propaganda de candidato, partido o planilla (artículo 359).

76 A saber: lesiones levisimas (artículo 130, fracción I), omisión de auxilio o de cuidado (artículo 157), incumplimiento de deber de asistencia alimentaria (artículo 193), incumplimiento —por parte de un servidor público— del deber de adoptar medidas para prevenir violencia familiar (artículo 202), robo de escasa cuantía o cuando no sea posible determinar el valor de lo robado (artículo 220), abuso de confianza en las mismas condiciones (artículo 227), fraude en la misma hipótesis (artículo 230), daño culposo (se previene, también, reparación) (artículo 240), fraude procesal (se sanciona en la misma

Sea lo que fuere, el ordenamiento de 2002 consolida, así sea de manera declarativa en algunas ocasiones, e insuficiente en otras, la doble proyección natural de la multa, la libertad bajo tratamiento, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad. En algún caso, el propio Código Penal adelanta el ámbito al que deberá aplicarse el trabajo.<sup>77</sup> Esta orientación, interesante en el código penal, puede ser ampliamente adoptada por el tribunal y atendida por la autoridad ejecutora, en sus respectivos espacios de competencia.

### *C. Requisitos para la sustitución*

El mismo ordenamiento penal indica, naturalmente, los requisitos cuantitativos y cualitativos para la aplicación de los sustitutivos. En cuanto a los requisitos cualitativos, se atiende a los siguientes datos, ya recogidos, con diferente sistematización, por el código del Distrito Federal de 1931-1999: a) reparación de daños y perjuicios causados o garantía de pago, exigencia ciertamente adecuada que ha permeado y debe permear el conjunto de sustitutivos, correctivos y beneficios legales,<sup>78</sup> y b) exclusión de dos supuestos, a saber: a') en el caso de sustitución, condena previa por delito doloso perseguible de oficio, que implica una razonable limitación atenta a la reincidencia y a lo que ésta significa en el caso del reo y ante el concepto público; y en el caso de suspensión, al que también en este punto se da un tratamiento injustificada-

forma que el fraude genérico) (artículo 310), falsedad de perito si éste se retracta antes de que se dicte la resolución correspondiente a la etapa procedimental en la que se conduce con falsedad (artículo 314) y violación de correspondencia (artículo 333).

<sup>77</sup> Disposición que pudiera quedar mejor localizada en la Ley de Ejecución de Sanciones. El caso que cito corresponde a los denominados, con designación impropia, "delitos ambientales". Aquí, el artículo 349 del nuevo código recupera la norma del artículo 423 del ordenamiento de 1931-1999: el trabajo en favor de la comunidad "consistirá en actividades relacionadas con la protección al ambiente o la restauración de los recursos naturales".

<sup>78</sup> El anteproyecto del IJ fue explícito al supeditar sustitución y suspensión al requisito de que "se reparen los daños y perjuicios causados al ofendido o a sus derechohabientes, o se dé garantía suficiente de repararlos". Añadió, precisando el alcance de la segunda norma y el equilibrio al que atiende: "Esta garantía, patrimonial o de otra naturaleza, será valorada por el juzgador en forma que se asegure razonablemente la satisfacción del ofendido y el acceso del infractor a la sustitución o suspensión de las sanciones" (artículo 79, fracción III).

mente distinto, que el sujeto no “cuenta con antecedentes personales positivos y un modo honesto de vida” (artículo 89, fracción III); y *b'*) transgresiones en perjuicio de la hacienda pública —herencia de la objetable reforma de 1998, que antes comenté—, que significa una equivocada salvedad al régimen de sustituciones, fundada en la orientación recaudatoria que se quiere imprimir al sistema penal fiscal (artículo 86), y que no tiene correspondencia en la suspensión.

El código debió regular esta materia con técnica mejor, agrupando en un solo rubro —como lo proponía el proyecto del Instituto de Investigaciones Jurídicas— los sustitutivos y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, que obedecen al mismo propósito esencial: excluir la privación de libertad —o moderarla radicalmente— por innecesaria e ineficaz en el caso concreto. Este agrupamiento, que no impide precisiones específicas para las diversas categorías, hubiera permitido un tratamiento unitario en cuanto al carácter facultativo u obligatorio —para el juez— de la sustitución y la suspensión. También se habría traducido en una solución uniforme a propósito de la revocación.

Además, el tratamiento unitario de estas figuras hubiera evitado la incongruencia en lo que respecta a la previsión de determinadas condiciones en un caso, que no se extienden a los otros, no obstante la pertinencia de hacerlo, como se mira en el supuesto, que antes mencioné, de suspensión condicional de la ejecución de la pena: ésta se resolverá “motivadamente”, y para ello se requiere, entre otras cosas, “que el sentenciado cuente con antecedentes personales positivos y un modo honesto de vida. El juez considerará además —añade el precepto respectivo— la naturaleza, modalidades y móviles del delito” (artículo 89, fracción III). Difícilmente se encontraría una razón suficiente para no extender esta norma a los restantes sustitutivos, tanto en cuanto a la “motivación” del fallo —que es dato de los actos de autoridad— como en cuanto a los demás requerimientos mencionados.

Por lo que toca a los requisitos cuantitativos, el código de 2002 fija las siguientes reglas: *a*) sustitución por multa o trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad, cuando la pena de prisión no exceda de tres años (artículo 84, fracción I); *b*) sustitución por tratamiento en libertad o semilibertad, cuando aquélla no exceda de cinco años (artículo 84, fracción II), y *c*) suspensión cuando la privación de libertad no exceda, igualmente, de cinco años (artículo 89, fracción I).

Supongo que en todos los casos se trata de sustituir la privación de libertad impuesta en la sentencia —es decir, una prisión específica, individualizada—, y no la prevista, a título de punibilidad, por la norma general aplicable al delito correspondiente —esto es, una prisión genérica, hipotética—. La asimetría en el tratamiento de estas cuestiones se refleja en la precisión que al respecto contiene la norma sobre suspensión condicional, que habla textualmente de “pena impuesta” al dictar sentencia condenatoria, y la imprecisión en la que incurren las disposiciones sobre sustitutivos, que sólo hablan de “sustituir la pena de prisión”.<sup>79</sup>

En lo que respecta al zigzagueo que ha habido en estas conversiones, sin explicaciones convincentes o sin explicación alguna<sup>80</sup> —a lo largo de menos de veinte años: desde 1983 hasta 2002, con varias estaciones en el camino—, obsérvese el vivo contraste entre el régimen del nuevo código y el que apenas tres años atrás había aceptado el de 1931-1999, que a su vez modificó sus muy cercanos precedentes. Recapitemos: se podía sustituir: *a*) por multa, la prisión que no rebasara dos años; hoy, la que no rebase tres; *b*) por tratamiento en libertad, la que no excediese de tres años; actualmente, la que no supere cinco años; *c*) por semilibertad, la que no fuera superior a cuatro años; ahora, la que no exceda de cinco años; *d*) por trabajo en favor de la comunidad, la que no reba-

<sup>79</sup> Aun cuando no pretendo examinar ordenamientos penales —o proyectos— diversos de los aplicables al Distrito Federal, es interesante mencionar que en el anteproyecto de Código Penal aplicable “en toda la República para los delitos en materia federal y en cada entidad federativa y el Distrito Federal en materia de fuero común” —es decir, del Código Penal “nacional”— dado a conocer en los primeros meses de 2002 por la Secretaría (federal) de Seguridad Pública, persisten los sustitutivos reconocidos en la legislación penal federal hasta ese momento (a la semilibertad se le llama “semiliberación” en el epígrafe correspondiente, sin perjuicio de que en los artículos se recupere el nombre de semilibertad). La prisión que no exceda de tres años se puede sustituir por trabajo en favor de la comunidad, multa o semilibertad, si se cubren la reparación y la multa, en sus casos —señala la fracción I del artículo 86—, pero la fracción III del mismo precepto indica que la privación de libertad se sustituirá por multa “si la prisión no excede de dos años”. Ante la flagrante incongruencia, habría que suponer —quizá— que la sustitución prevista por la fracción III se refiere a las hipótesis en que no se han cubierto la reparación y/o la multa. La fracción II hace sustituible por tratamiento en libertad la prisión no mayor de tres años. La suspensión condicional de la condena se puede otorgar cuando no excede de cuatro años la pena de prisión impuesta (artículo 93).

<sup>80</sup> Cfr. Valdés Osorio, Guadalupe A., “El trabajo en favor de la comunidad y su comisión, aplicación y ejecución”, *Iter criminis*, México, núm. 2, 1999, p. 141.

sara cuatro años; hoy, la que no rebase tres años (norma aplicable también al trabajo en beneficio de la víctima), y e) por suspensión, la privación de libertad que no excediera de cuatro años; ahora, la que no exceda de cinco años. El sistema propuesto por el anteproyecto del III, más elaborado y equitativo, maneja con mayor racionalidad las referencias cuantitativas de la sustitución y proyecta sobre el sistema de sustitutivos la diferencia entre delitos dolosos y culposos. La sustitución es más generosa en el caso de estos últimos.<sup>81</sup>

#### *D. Algunos problemas en la aplicación de sustitutivos*

En torno a los mencionados requerimientos cuantitativos, surgen interrogantes derivadas de la necesaria racionalidad del régimen, que no es un estatuto de benevolencia, sino de pertinencia político-criminal, y que por ello debe tomar en cuenta razones de fondo y factores de operación. Digamos, en primer término, que surge duda, por lo menos, a propósito de la justificación de tratar con mayor benevolencia —en igualdad de circunstancias— al autor del delito más grave: sea por su gravedad objetiva, sea por su gravedad (además) en el caso concreto. Efectivamente, se dispone trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad —medidas que implican considerable esfuerzo por parte del sentenciado, de la autoridad supervisora e incluso de otros sujetos— cuando la pena impuesta no es superior a tres años; en cambio, se autoriza la suspensión —que desvincula al beneficiario de obligaciones deducidas específica y directamente del delito cometido, con la salvedad de la reparación del daño— cuando esa pena alcanza una duración considerablemente superior: cinco años, reflejo de la gravedad del delito cometido. Si ésta fue la sanción establecida en el caso concreto, es probable —o quizá seguro— que la punibilidad general correspondiente alcance una duración mucho mayor. Algo semejante se puede decir en cuanto a la conversión de prisión por multa, que generalmente ha sus-

<sup>81</sup> El correspondiente artículo 76 estableció la sustitución: a) por multa o suspensión condicional, si la prisión no excede de un año, tratándose de delito doloso, o de dos años, si es culposo; b) por semilibertad, si la prisión es superior a un año, pero no excede de dos, tratándose de delito doloso, o de tres años, si se trata de delito culposo, y c) por tratamiento en libertad o trabajo en favor de la comunidad, si la privación de libertad es mayor de dos años, pero no de tres, en supuesto de delito doloso, o de cuatro, en hipótesis de delito culposo.

tituido las penas de menor duración —uno o dos años de prisión—, y en el código de 2002 puede sustituir penas de tres años.

Es preciso examinar las consecuencias de la sustitución en casos que aparejan ciertas actividades, deberes, compromisos, tanto del sentenciado como de la autoridad<sup>82</sup> y, según dije, inclusive de otros sujetos: por ejemplo, los administradores del centro de trabajo en el que aquél labora en beneficio de la víctima o de la comunidad.<sup>83</sup> Es obvio que el régimen completo de alternativas “depende principalmente de la institución de formas ambulantes de vigilancia en el sentido de la asistencia en libertad vigilada o de servicios sociales equivalentes de la justicia y, con ello, de una correspondiente infraestructura”.<sup>84</sup> No es conveniente, pues, poner en curso alternativas que no se tiene capacidad de sustentar. Propongamos como ejemplos —que no son “de laboratorio”— una hipótesis

82 Los artículos 34 a 36, relativos a tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad, respectivamente, se refieren a la supervisión de la autoridad; lo hacen, por cierto, con terminología diferente que carece de justificación cuando se trata de la misma medida en relación con el mismo objetivo. Sobre tratamiento en libertad, se dice que ésta será “bajo la supervisión de la autoridad ejecutora” (artículo 34, primer párrafo); acerca de la semilibertad, se indica que la sanción se cumplirá “bajo el cuidado de la autoridad competente” (artículo 35, tercer párrafo), y en torno al trabajo, se ordena “la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora”. El artículo 60 —referente a la “supervisión de la autoridad”, que es medida de seguridad en concepto del artículo 31, fracción I— define aquella como “la observación y orientación de la conducta del sentenciado, ejercidas por personal especializado dependiente de la autoridad competente, con la finalidad exclusiva de coadyuvar a la readaptación social del sentenciado y a la protección de la comunidad”. Palabras más o menos —cuya variación resulta inocua, y por lo mismo innecesaria—, la misma descripción se tenía en el artículo 50 bis, apartado, en su hora, por la reforma de 1983. El anteproyecto del IJ mencionó, de manera pertinente, que la observación y la orientación podrían ser ejercidas por personal dependiente de la autoridad que interviniese en el caso a requerimiento de la ejecutora (artículo 23). Tómese en cuenta, por ejemplo, un supuesto de tratamiento médico en el que intervenga la autoridad sanitaria a petición de la autoridad ejecutora; sería el caso, *verbi gratia*, de los organismos o instituciones que se ocupan en la deshabitación o desintoxicación de personas que requieren este tratamiento.

83 En torno a este asunto, obsérvese que en el tratamiento en libertad de imputables pueden actuar instituciones, organismos o empresas a cargo de actividades laborales, educativas, de salud o de otra índole, inclusive las que se ocupan en tratamiento para “deshabitación” (*sic*) (artículo 34), y que en el trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad pueden intervenir —o bien, necesariamente intervendrán— instituciones públicas, educativas, empresas de participación estatal o empresas privadas (artículo 36).

84 Dünkkel, Frieder, *op. cit.*, nota 14, p. 36.

en que se disponga la sustitución de pena privativa de libertad de tres años por trabajo en favor de la comunidad o en beneficio de la víctima, y otra en que se resuelva la sustitución de cinco años de prisión por semilibertad.

Para ponderar el primer ejemplo, se debe tomar en cuenta que las jornadas de trabajo se desarrollan en periodos distintos al horario de labores normales del sujeto —de las que dependen su subsistencia personal y la subsistencia familiar—, y que no pueden exceder de la jornada extraordinaria que determina la ley laboral.<sup>85</sup> Esto último significa un límite preciso en cuanto a la duración de cada jornada, pero también en cuanto a la posibilidad de que las haya en una misma semana. En efecto, la fracción XI del artículo 123 constitucional señala que “en ningún caso el trabajo extraordinario podrá exceder de tres horas diarias ni de tres veces consecutivas”; y la fracción IV del mismo precepto dispone que “por cada seis días de trabajo deberá disfrutar el operario de un día de descanso, cuando menos”.

Así las cosas, en el curso de una semana sólo sería admisible realizar cinco jornadas de trabajo en favor de la comunidad o de la víctima. Suponiendo que este régimen —que significa, laboralmente, trabajo extraordinario constante: sólo interrumpido por los motivos que marcan ambas fracciones constitucionales citadas— se prolongara sin pausa, esto es, sin periodos vacacionales ni alteraciones de otro carácter, sucedería que el sentenciado deberá trabajar por mucho más de tres años de calendario, y que por todo ese tiempo habrá de mantenerse el complejo y laborioso sistema de prestación de servicios, por una parte, y de administración, control y supervisión, por la otra. De todo ello proviene la cautela empleada en la aparición de esta medida en otros países,<sup>86</sup> como también entre nosotros bajo la reforma de 1983: sustitutiva de un año

<sup>85</sup> El tercer párrafo del artículo 36 estatuye: “El trabajo en beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad, se llevará a cabo en jornadas dentro de periodos distintos al horario de las labores que represente la fuente de ingresos para la subsistencia del sentenciado y la de su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determina la ley laboral. La extensión de la jornada será fijada por el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, y por ningún concepto se desarrollará en forma que resulte degradante o humillante para el sentenciado”.

<sup>86</sup> Así, por ejemplo, *cf.* la opinión de J. A. Sáinz Cantero durante los trabajos preparatorios del Código Penal español, citada en Valmaña Ochaíta, Silvia, *op. cit.*, nota 14, p. 171.

de prisión. Quizá un año es poco; seguramente tres años son demasiado.<sup>87</sup> Hay, desde luego, otros supuestos que mueven a reflexión y preocupación en este mismo ámbito.<sup>88</sup>

Vayamos al segundo ejemplo: sustitución de cinco años de prisión por semilibertad. Son varias las especies del género semilibertad en el código de 2002: externación durante la jornada de trabajo (quizá se quiso decir: durante la semana, como lo dice el ordenamiento anterior), con reclusión de fin de semana; salida de fin de semana con reclusión durante el resto de ésta; salida diurna con reclusión nocturna (que sería la verdadera externación durante la jornada de trabajo) y salida nocturna con reclusión diurna (artículo 35).<sup>89</sup> Esta última no figuraba en el código de 1931-1999. La semilibertad, muy útil en sí misma, obedece a cierta lógica interior: facilitar el reacomodo social y evitar la contaminación carcelaria. En este sentido, se debe recurrir a ella. Ahora bien, la medida también trae consigo actividades que entrañan riesgos y problemas; por ello no conviene extremarla, colocarla en predicamento, llevarla demasiado lejos en el tiempo y, por lo tanto, en la molestia y en el peligro.

La ley no dice cual es la equivalencia del tiempo de semilibertad con respecto al tiempo de prisión, pero se puede suponer —a falta de disposición expresa en otro sentido— que un día de semilibertad equivale a uno de prisión, a diferencia de los dos días recogidos expresamente por el anteproyecto del III. No habría razón para disponer otra cosa y pro-

<sup>87</sup> El anteproyecto del III previno que “cada jornada de trabajo a favor de la comunidad sustituirá dos días de prisión” (artículo 76, fracción III). Esto permite que el trabajo cumpla su objetivo, y al mismo tiempo modera la duración total de la medida, cuya aplicación no es sencilla.

<sup>88</sup> Valdés Osorio señala que “puede criticarse que la duración de las jornadas de trabajo a favor de la comunidad se prolongue por más tiempo que si se cumpliera con la prisión, en el supuesto de que esta pena se sustituya por el trabajo a favor de la comunidad. Es decir, en caso de que se sentencie a cuatro años de prisión, éstos equivalen a mil cuatrocientos sesenta días de prisión y cada uno de estos días equivalen a mil cuatrocientas sesenta jornadas, por lo que respetándose la CPEUM (Constitución), el CP (Código Penal) y la Ley Federal del Trabajo, no pueden exceder de tres horas diarias ni de más de tres veces por semana. En este sentido, la equivalencia será a razón de aproximadamente cuatrocientos ochenta y seis semanas a verificarse en diez años”. Valdés Osorio, *op. cit.*, nota 80, p. 140.

<sup>89</sup> En este punto, el código recoge la propuesta del artículo 21 del anteproyecto del III, que también se refiere a esas cuatro modalidades de semilibertad.

longar aquélla por más tiempo, sustrayendo del cómputo los momentos en que el sujeto se halla fuera de la prisión: se trata, precisamente, de que invierta una buena parte de su tiempo extramuros.

Pensemos en una semilibertad que consista en salida (excarcelación) diurna con reclusión nocturna, como podríamos pensar —para los efectos de estas observaciones— en cualquier otra variante. De ser aquello, reflexionemos en lo que significa —para todos: reo, autoridad, familia, sociedad, empleador— que el sujeto salga de la cárcel todas las mañanas y regrese a ella todas las noches (inclusive los fines de semana, en esta hipótesis precisa), durante nada menos que cinco años. El mero enunciado de la situación permite advertir sus riesgos y deficiencias. Por ello resultaba sensato limitar la semilibertad a tres años, como lo dispuso la creativa reforma de 1983, y además reconocer que día de semilibertad extinguiría dos de prisión, como lo propuso el anteproyecto del III.

#### *E. Trabajo en beneficio de la víctima*

Hay otros puntos vinculados con los sustitutivos, que por ahora quedarán en el tintero. Uno de ellos debe ser destacado, sin embargo. Me refiero al ya mencionado trabajo en beneficio de la víctima, que no existía previamente en la legislación del Distrito Federal y que constituye una sanción de reciente ingreso al catálogo de sanciones.<sup>90</sup> En cuanto al tema completo de la víctima del delito, que por fortuna ha adquirido mayor dignidad, respetabilidad y atención en los últimos años, conviene subrayar que entre los nuevos equilibrios, virajes o reorientaciones del sistema penal figuran, con particular apremio y justicia, los que recojan y resuelvan los intereses legítimos de la víctima.<sup>91</sup> Hay diversos caminos para hacerlo, y al mismo tiempo procurar una solución conveniente y equitativa del suceso penal.

<sup>90</sup> “Poco estudiadas han sido hasta ahora las formas de reparación de agravios y del servicio de interés social, practicadas en recientes proyectos-piloto realizados a propósito de la compensación delincuente-víctima”. Dünkel, Frieder, *op. cit.*, nota 14, p. 46.

<sup>91</sup> Me remito a mi trabajo: García Ramírez, Sergio, “El ofendido en el proceso penal”, *Temas...*, *cit.*, nota 3, pp. 19 y ss., así como a los comentarios que formulo en relación con el apartado B del artículo 20 constitucional, incorporado a la ley suprema por reforma de 2000, que desarrolla y amplía el texto aportado en la reforma de 1993, en *id.*, *El nuevo procedimiento...*, *cit.*, nota 46, pp. 128 y ss.

En este contexto, habría que mejorar y avanzar los medios de “reencontro” entre delincuente y ofendido, víctima y victimario, a través de mediación, conciliación, composición, reparación, reconciliación, etcétera.<sup>92</sup> Y por ende, habría que conformar a este propósito no pocas soluciones penales sustantivas y adjetivas. El código de 2002 no lo hizo, al desechar avances plausibles que ya se encuentran en ordenamientos locales y que figuraban en el anteproyecto penal del Instituto de Investigaciones Jurídicas: uno de ellos, la eficacia extintiva de la conciliación;<sup>93</sup> otro, el régimen de reparación del daño, al que adelante me referiré.

<sup>92</sup> Con toda razón, Elías Neuman hace ver que “múltiples conflictos penales que involucran acciones delictivas consumadas o tentadas pueden ser resueltos por mediación o conciliación, contando con la expresa aquiescencia y la voluntad favorable de las partes”. Neuman, Elías, *Mediación y conciliación penal*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 60. Esta posibilidad enlaza con el minimalismo penal, el principio de oportunidad, la reinstalación de la víctima en las atenciones del Estado, la “repersonalización” del conflicto, la reparación, etcétera. Hans Joachim Schneider sugiere extender el “tratamiento centrado en el autor, hacia la víctima del delito y la sociedad”. Así se plantearía “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”. Schneider, Hans Joachim, “Recompensación en lugar de sanción. Restablecimiento de la paz entre el autor, la víctima y la sociedad”, *Criminalia*, año LIX, núm. 2, mayo-agosto de 1993, p. 52. La ley brasileña 9.099, del 26 de septiembre de 1995, abre el campo —en delitos de escasa entidad— para la conciliación y la transacción, que evitan el proceso, así como para la suspensión condicional de éste. *Cfr.* Pimentel Costa, Elaine Cristina, “Substitutivos penais. Uma evolução ideológica no sistema punitivo brasileiro”, *Revista Jurídica Consulex*, año V, núm. 117, 30 de noviembre de 2001, p. 50.

<sup>93</sup> Siguiendo a sus precedentes, los códigos penales de Morelos y Tabasco, el artículo 78 del anteproyecto del IJ resolvió la suspensión de la ejecución de la condena por delitos perseguibles de oficio o mediante querrela: “I. Cuando se haya dispuesto multa o semilibertad, como pena o como sustitutivo de la prisión, y sobrevenga la reconciliación entre el inculpado y el ofendido, espontáneamente o propiciada por la autoridad ejecutora, en forma tal que manifieste la readaptación social del sentenciado; y II. Cuando se esté en los mismos supuestos penales previstos por la fracción anterior, y una vez notificada la sentencia el sentenciado pague inmediatamente u otorgue garantía de pago de los daños y perjuicios causados, a satisfacción del ofendido”. La novedad —que marca un camino para el futuro, desatendido en el presente por el nuevo Código para el Distrito Federal— constituye apenas una moderada aparición en la escena de dos medios de extinción de la responsabilidad, inmediata o mediatamente: la reconciliación y la reparación, que en la especie tiene una cautelosa acogida: sólo en supuestos de multa o semilibertad, es decir, en hipótesis de delitos verdaderamente leves.

El código de 2002 caracteriza al trabajo en beneficio de la víctima del delito<sup>94</sup> como “la prestación de servicios remunerados, en instituciones públicas, educativas, empresas de participación estatal o en empresas privadas,<sup>95</sup> en los términos de la legislación correspondiente” (artículo 36). Queda pendiente, pues, una legislación que detalle esta materia, y que habrá de ser, al menos en parte, la anunciada ley que establezca el Fondo para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito, que la Asamblea Legislativa deberá expedir en septiembre de 2002 (artículo segundo transitorio del decreto correspondiente al nuevo Código Penal).<sup>96</sup>

Obviamente, el propósito del trabajo que en esta hipótesis desarrolle el sentenciado —diferente del trabajo en favor de la comunidad—, es la utilidad o provecho de la víctima, no la readaptación social del sujeto (aunque se halle asociado a ella y la favorezca); tampoco el beneficio social (aunque el bien particular de la víctima traiga consigo, indirectamente, un bien para la sociedad). Y también parece natural que esa utilidad se vincule a la reparación de daños y perjuicios causados, no a un enriquecimiento de la víctima por encima de lo que sea debido en con-

94 En la exposición de motivos se anota lo siguiente acerca del trabajo en beneficio de la víctima, en general: “señalamiento puntual requiere esta novedosa figura del trabajo en beneficio de la víctima que, sin duda habrá de contribuir a que las víctimas del delito que en estricto sentido no obtienen beneficio alguno con saber que los responsables cumplen una determinada condena, sin ver (*sic*) que los daños y perjuicios no les son cubiertos teniendo en consecuencia que enfrentar el drama solos y sin protección, por eso como una forma para contribuir a que la justicia tenga un verdadero sentido y cumpla con su cometido que está plasmado en nuestra norma fundamental, se prevé que el responsable de la comisión de un delito que haya causado daños y perjuicios, desarrolle una actividad remunerada cuyo producto se aplicará al pago de éstos, fuera de su trabajo habitual e indispensable para la realización de la actividad económica para su propia subsistencia”. Es obvio que la motivación resulta insuficiente para advertir el origen de la nueva sanción, prevenir sobre su aplicación, adelantar y resolver los escollos que afrontará, etcétera.

95 Tanto en este caso como en el supuesto de trabajo en favor de la comunidad, se debe plantear la idoneidad del lugar en el que se preste el servicio, para evitar abusos y alteraciones que corrompan o desacrediten la medida. García Arán estima por ello, en el caso del trabajo al servicio de la comunidad —que supone gratuidad en la prestación del servicio, cosa que no ocurre en la hipótesis de beneficio de la víctima—, que “las entidades dadoras de trabajo deben ser públicas o totalmente desprovistas de afán de lucro”; citado en Valmaña Ochaíta, Silvia, *op. cit.*, nota 14, p. 179.

96 El anteproyecto de Código Penal, único difundido por la Secretaría (federal) de Seguridad Pública, también prevé la existencia de un Fondo para la Atención a las Víctimas del Delito (artículos 51 y 54).

cepto de reparación. En fin de cuentas, los rendimientos del trabajo del reo se entregarán a la víctima; en otros términos, aquél trabajará para ésta, en correspondencia al mal que le causó.

En esencia, se trataría de un trabajo que no tiene, en sí mismo, trascendencia social, y que tampoco se relaciona con los factores individuales del delito (como ocurriría en el supuesto de medidas laborales vinculadas con el tratamiento en libertad de imputables). Asimismo, vendría a cuentas una actividad cuyos rendimientos se entregarían a la víctima, puesto que se trata de “beneficiar” a ésta. En suma, se actualiza un método específico, singular, para la reparación del daño, que en poco se diferenciaría —como no fuese en la imposición del quehacer específico por medio de una sentencia— de la afectación de ingresos del condenado a la satisfacción de los daños y perjuicios causados, como en un caso ordinario de reparación.

La formulación de la medida es defectuosa. Puesto que se trata de servicios remunerados —a cambio de que no lo sean los correspondientes al trabajo en favor de la comunidad—, sería debido ampliar el catálogo de las fuentes de trabajo. En realidad, cualquier actividad laboral lícita devendría admisible, y no sólo las acotadas, en cuatro categorías deficientemente caracterizadas, en el artículo 36.<sup>97</sup>

Lo característico de esta medida, que en tal sentido difiere en sus expresiones y propósitos de cualquier otra sanción penal, es que establece un vínculo inmediato, directo y continuo entre víctima y victimario, por cuenta y orden del Estado,<sup>98</sup> y en que ese vínculo jurídico entraña para

97 En efecto, se alude a: a) instituciones públicas. ¿Qué abarca este concepto? ¿Las dependencias de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial? ¿Los órganos autónomos del Estado mexicano? ¿Los organismos descentralizados?; b) (las instituciones) educativas. Muchas de ellas ya están comprendidas entre las públicas, y en este sentido la enumeración es redundante (porque se ha cometido el error de invocar en unos casos la naturaleza jurídica del ente, y en otros —como éste— su objetivo social, el tema de su dedicación); otras, en cambio, tienen carácter privado, laicas y religiosas; c) empresas de participación estatal. Las hay que tienen la naturaleza de organismos descentralizados (Petróleos Mexicanos, Comisión Federal de Electricidad), al paso que otras son sociedades mercantiles (en este último caso, ¿sólo mayoritariamente estatales, o también las de participación estatal minoritaria, que tienen una fuerte composición privada?, y d) empresas privadas. ¿El concepto abarca las entidades económicas del sector social? ¿Cooperativas, sociedades en el ámbito agrario, por ejemplo?

98 Existirá, sin embargo, un instrumento administrador del trabajo. Al respecto, en la exposición de motivos se hace notar que el trabajo al que nos referimos ahora se “reali-

el victimario una posición de servicio o beneficio explícito en favor de la víctima: aquél, en suma, trabaja para éste. Este fenómeno de enlace entre víctima y victimario, mirado a través del supuesto ordinario de reparación del daño, tiene otro carácter: se aproxima más al pago de una deuda —como efectivamente ocurre— que a una servidumbre penal.

Habrà que observar cercanamente la aplicación de la nueva medida —más allá de sus virtudes en el discurso penal— para ponderar sus ventajas. Estas son las mismas desventajas, vistas desde una perspectiva diferente: bien que el victimario resarza a la víctima, pero no tan bien —probablemente— que en ese resarcimiento se cree una situación ambigua y potencialmente irritante, sobre todo cuando existe, para alcanzar lo uno y evitar lo otro, el régimen de reparación del daño. En fin de cuentas, hay que explorar la utilidad de la nueva sanción —cuidadosamente organizada, para extraer de ella los mayores dones—, que tiene expresiones importantes en derecho comparado y cuenta con defensores calificados.<sup>99</sup> Una vez más, el éxito de esta frase del discurso penal dependerá de la eficacia del sistema ejecutivo: será la palabra final y decisiva en ese parlamento.

#### F. Colofón

Como se advierte, la regulación de 2002 recoge y prosigue, acentuándola, la línea que adoptó el código de 1931-1999, que a su vez recibió algunos de los discutibles desarrollos —y no necesariamente progresos— acuñados en esta materia por reformas posteriores a 1983. Se ha queri-

ará en instituciones públicas, educativas, empresas de participación estatal o empresas privadas con las que el Fondo para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito, tengan (*sic*) celebrados convenios, toda vez que será el Fondo el organismo que opere esta modalidad de reparación del daño y por tanto solvente a las víctimas, por lo que la actividad será de interés público”.

<sup>99</sup> Al examinar la inclusión de la víctima en el sistema de sanciones, Roxin alienta “la reparación voluntaria, normalmente en dinero, pero también en fuerza de trabajo. Además debería estar acompañada de la posibilidad de reconciliación entre el autor y la víctima. Una compensación del autor a la víctima, que satisfaga a esta última o una reparación que imponga, tal como lo establece desde hace algunos años el Código Penal alemán, al autor ‘considerables servicios personales o renunciaciones personales’, puede restablecer considerablemente, para delitos leves, la paz jurídica, de modo que se puede prescindir de la pena”. Roxin, *op. cit.*, nota 62, pp. 103 y 104.

do abrir con generosidad la posibilidad de sustituir penas privativas de libertad por medidas que no entrañan —al menos no en todos los casos— esa privación, que con gran frecuencia resulta verdaderamente indeseable y absurda.

Sin embargo, esta tendencia aparentemente racionalizadora del sistema penal, parecería ser apenas una forma de “aliviar la conciencia” del Estado por las constantes incursiones en otro sentido, que largamente prevalece: las penas excesivas, que constituyen una especie de “exorcismo” político contra la delincuencia. Olvidamos siempre que el verdadero exorcismo sólo reside en el destierro de la impunidad. Pero no es éste el tema específico de las presentes consideraciones. Independientemente de la ausencia de un criterio unitario que racionalice todo el régimen de sanciones, y no alguno de sus segmentos para amparar los extravíos de otro, lo cierto —en mi opinión, por supuesto— es que existen yerros en el sistema de substitutivos que pudieran engendrar mayores problemas en perjuicio del sistema penal en su conjunto.

### **III. Reparación de daños y perjuicios**

#### *1. Antecedentes*

Al comentar la pena de trabajo en beneficio de la víctima, ingresé en el ámbito de la reparación del daño bajo un título de responsabilidad penal.<sup>100</sup> El delito causa un daño social,<sup>101</sup> y a menudo un daño particular que afecta los bienes de cierto individuo —el ofendido, la víctima— y del que se desprende la obligación de reparar, exigible en sede jurisdic-

<sup>100</sup> El hecho ilícito como fuente de obligaciones se halla contemplado por la legislación civil. Bajo el rubro “De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos” (libro cuarto, primera parte, título primero, capítulo V) previene el Código Civil federal que “el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima” (artículo 1910). Idéntica es la regulación, en artículo del mismo número, del Código Civil para el Distrito Federal.

<sup>101</sup> Entendido como “la contradicción a los intereses del Estado, y más precisamente... el contraste entre el hecho y los intereses perseguidos por el Estado. Dicho daño nos indica la *ratio* de la incriminación...”. Antolisei, Francesco, *Manual de derecho penal. Parte general*, trad. de Juan del Rosal y Ángel Torio, Buenos Aires, UTEHA, 1960, p. 150.

cional.<sup>102</sup> La relación resarcitoria entre el ofendido y el infractor se resuelve en la reparación del daño. Valga decir desde ahora que el ofendido espera y merece una satisfacción por la violencia de la que ha sido víctima. Ciertamente, requiere la condena del responsable y la aplicación y ejecución de la pena correspondiente, pero esto no lo libera de la necesidad de reparación, que debiera ser para aquél la primera función de la justicia penal. Uno de nuestros antiguos tratadistas dijo, con razón, hace más de un siglo: “Sin la facultad de obtener una reparación del perjuicio, es, para el ofendido, de importancia secundaria que se castigue al delincuente”.<sup>103</sup>

Antes —y ahora mismo en muchos países, acaso la mayoría— se concibió la reparación o resarcimiento como consecuencia civil del delito, aunque también se ha expuesto su probable naturaleza de sustitutivo de la pena de prisión cuando la consecuencia de reparar es, precisamente, la exención de aquélla.<sup>104</sup> No abundaré en esta cuestión. El resarcimiento es reclamable en vía penal, habida cuenta de la fuente de la obligación reparadora y de la conveniencia práctica de exigirla por la misma vía en que se tramita la pretensión punitiva, y no desplazarla a otra vía paralela o consecutiva a aquélla. Nada impide, en efecto, que el juez penal conozca de ambas pretensiones y resuelva sobre ellas en una sola sentencia: en tal sentido milita el interés social, encauzado como interés de la sociedad en la legítima satisfacción del ofendido.<sup>105</sup> Así, la repara-

102 En la conocida caracterización procesal de Eugenio Florian, el tema de la reparación aparece como el “objeto accesorio” del proceso. Cfr. Florian, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, trad. de L. Prieto Castro, Barcelona, Bosch, s. f., pp. 53 y ss.

103 Mariscal, Ignacio, “Exposición de motivos”, *Código de Procedimientos Penales de 1880*, s. f., p. 7.

104 Cfr. Larrauri Pijoan, Elena, “La reparación”, en Cid y Larrauri (coords.), *op. cit.*, nota 18, pp. 172 y ss. En Noruega, la reparación sobreviene al cabo de un proceso de mediación, alternativa al proceso penal. Larrauri Pijoan, *op. cit.*, en esta misma nota, p. 183.

105 Florian pondera que “el resarcimiento interesa no sólo al particular, sino también a la colectividad, pues al mismo tiempo que actúa aliviando el dolor del que ha sufrido el daño, repercute útilmente sobre la conciencia social, sea calmando la alarma, sea impidiendo o atenuando las represalias, sea al apagar el sentimiento común de justicia. Y esa es la razón por la cual el legislador ha facilitado la obtención del reconocimiento y efectividad de tal derecho, como se ve en el hecho de que ha admitido en el proceso penal la relación de resarcimiento de daños, y la ha considerado como objeto accesorio del mismo”. Florian, Eugenio, *op. cit.*, nota 102, p. 54. Examinó esta cuestión en García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, 5a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 233 y

ción queda como derecho del titular del bien jurídico vulnerado, de una parte, y como deber del reo ante aquel sujeto (o ante el Estado, inmediatamente, y mediatamente ante el ofendido), de la otra. El Estado actúa como facilitador del cumplimiento. Pone a su servicio el aparato de la justicia penal, nada menos.

## *2. De la consecuencia civil a la pena pública*

El código llamado clásico, de 1871, sostuvo el carácter civil de la reparación y destinó a ésta una porción especial del ordenamiento, fuera del asignado a las penas en sentido estricto.<sup>106</sup> En la legislación de 1929 varió este régimen. Se introdujo la posibilidad de que el Ministerio Público reclamase el resarcimiento, en sustitución de la víctima.<sup>107</sup> Los autores del código de 1931, que determinó el rumbo general de la legislación penal mexicana en esta materia y en prácticamente todas, optaron por una solución diferente: concebir la reparación como pena pública, y conferir al Ministerio Público, en consecuencia, la potestad exclusiva de reclamarla en ejercicio de la acción penal. Estos conceptos ocasionaron, junto con otros factores, el declive del ofendido en el procedimiento penal. A este resultado se añadió otro efecto deplorable del mismo sistema: la generalizada frustración resarcitoria o, dicho de diversa manera,

ss., e *id.*, “La acción en el proceso penal”, *Estudios penales*, 2a. ed., Saltillo, Coahuila, Universidad Autónoma de Coahuila, 1982, pp. 136 y ss.

<sup>106</sup> El libro segundo del código se refiere a “Responsabilidad civil en materia criminal” (artículos 301 a 367). Martínez de Castro razona este tratamiento en la Exposición de Motivos. Ante todo, justifica que la materia se regule en el Código Penal, no en el Civil. *Cfr.* “Exposición de Motivos”, *op. cit.*, nota 28, pp. 351-353.

<sup>107</sup> Se estimó que “la reparación del daño forma parte de toda sanción proveniente de delito” (artículo 291) y se atribuyó al Ministerio Público la obligación de exigir, de oficio, el resarcimiento (artículo 319), aunque también se dispuso la existencia de una acción principal para ese fin, en manos del ofendido y sus herederos (artículo 320). Para fijar estos criterios, José Almaraz tomó en cuenta razones teóricas y prácticas. Entre las teóricas, destacó la identidad cualitativa entre lesión civil y penal, la responsabilidad en ambos órdenes y la función social de la acción reparadora. Entre las prácticas, hizo ver que muy escasamente se logra hacer efectiva la reparación a causa de la carencia de medios del ofendido para constituirse como parte civil en el proceso, del temor que tiene a las consecuencias del proceso y de las transacciones que suele haber entre el delincuente y el ofendido. *Cfr.* Exposición de Motivos del Código Penal de 1929, México, 1931, pp. 182-186.

la ineficacia completa del régimen adoptado, en perjuicio de aquel a quien se quería proteger: la víctima.

Para instalar el sistema referido, el legislador de 1931 hizo ver que la víctima solía ser incompetente para reclamar sus derechos. Era, a menudo, ignorante, menesterosa o medrosa. En consecuencia, debía ser relevada por quien no ofreciera esos flancos débiles: una institución poderosa, parte del Estado mismo, capaz de librar la batalla con buenas posibilidades de éxito: el propio Ministerio Público, investigador, persecutor y monopolizador de la acción penal conforme a la interpretación dominante del artículo 21 constitucional. La forma de lograr esto fue la que antes indicamos: la reconcepción del resarcimiento como pena pública, consecuencia del delito que posee el carácter de otras figuras de este mismo género. Si la reparación debía correr dentro de la pretensión punitiva, y no dentro de una pretensión resarcitoria separada y relativamente autónoma, la correspondiente exigencia quedaría en las manos del único sujeto que puede, legalmente, asumir la persecución del delito y demandar la imposición de penas.<sup>108</sup>

### 3. *Reivindicación del ofendido*

La absoluta decadencia del ofendido dentro del proceso penal condujo, muy lentamente, a la adopción de medidas legislativas más razonables y eficaces desde el doble ángulo de la buena marcha de la justicia y del adecuado reconocimiento de los intereses naturales y legítimos y, en tal virtud, de los correspondientes derechos materiales y procesales

<sup>108</sup> “A la Comisión revisora —dicen dos de sus distinguidos integrantes: José Ángel Ceniceros y Luis Garrido— se planteó la cuestión o de volver al sistema del código de 1971, con responsabilidad civil como acción privada patrimonial, o dar un paso hacia delante declarando de modo preciso y claro que la reparación del daño sería exclusivamente pública. Se decidió por lo último”. Frente a “la insolvencia real o simulada del delincuente, unida a la incuria del ofendido para exigirla”, se “creyó lograr algo estableciendo un procedimiento adecuado análogo al empleado para hacer efectiva la multa, y se comprendió a ambas con la denominación genérica de «SANCIÓN PECUNIARIA» (mayúsculas en el texto citado). Al “romper definitivamente con el sistema de responsabilidad civil exigible por el ofendido o sus familiares, se ha querido que el Estado imparta de modo directo su ayuda a las víctimas de la delincuencia, con un procedimiento análogo al que emplea para hacer efectiva la multa”. *La ley penal mexicana*, México, Botas, 1934, pp. 115-117.

del ofendido. Son diversas las manifestaciones de este propósito reivindicador del ofendido y, por lo tanto, reequilibrador del proceso.

Entre las manifestaciones reivindicadoras del ofendido figuran: a) vinculación de la garantía patrimonial de la libertad provisional a la reparación del daño;<sup>109</sup> b) introducción del concepto de perjuicio —antes y después del traspíe que sufrió esta materia en la reforma constitucional de 1993—;<sup>110</sup> c) ampliación del ámbito de coadyuvancia en la ley secundaria;<sup>111</sup> d) elevación de ciertos derechos del ofendido —o de la víctima, se dice, confundiendo lo que no debiera ser confundido: estos conceptos no son sinónimos— al rango de derechos constitucionales, en dos capítulos sucesivos, el más reciente de los cuales, en el 2000, introdujo un apartado B al artículo 120 constitucional<sup>112</sup> —que alude expresamente al derecho a la reparación del daño, con una fórmula muy cuestionable—,<sup>113</sup> y e) posibilidad de que el ofendido impugne jurisdic-

109 Esta cuestión ha sido materia de diversas soluciones constitucionales. En la actualidad, la fracción I del artículo 20 dispone que al fijar la forma y el monto de la caución, “el juez deberá tomar en cuenta... los daños y perjuicios causados al ofendido”.

110 La reforma de 1993, benéfica en diversos aspectos, fue desafortunada en otros, entre ellos el concerniente a la libertad provisional. El olvido del perjuicio —a cambio de que se introdujera una expresa referencia a la multa aplicable al caso— desatendió posibles derechos del ofendido. *Cfr.* mi comentario, al respecto, en García Ramírez, Sergio, *El nuevo procedimiento...*, *cit.*, nota 46, pp. 76 y 77.

111 Un apreciable avance en este ámbito produjo la reforma procesal penal federal de 1983, que facultó al ofendido —tan ampliamente como lo permitía el marco constitucional— a proporcionar al Ministerio Público y, sobre todo, al juzgador —directamente— todos los elementos que tenga y que conduzcan a comprobar la procedencia y el monto de la reparación. Obviamente, como entonces observé, “si el ofendido pretende comprobar la procedencia de la reparación, habrá de esgrimir argumentos y probanzas que toquen la materia principal del proceso, esto es, la existencia de un ilícito penal y la responsabilidad del encausado”. García Ramírez, Sergio, *Justicia y reformas...*, *cit.*, nota 23, p. 367. La reforma constitucional de 1993 reconoció al ofendido el derecho a coadyuvar con el Ministerio Público (artículo 20, último párrafo), y el apartado B de este artículo, introducido en el 2000, establece a favor del ofendido o de la víctima —dice cuestionablemente, desde 1993, el texto constitucional— la garantía de “coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes” (fracción II).

112 *Cfr.* mi comentario acerca de las reformas constitucionales de 1993 y 2000 en esta materia, en García Ramírez, Sergio, *El nuevo procedimiento...*, *cit.*, nota 46, pp. 128 y ss.

113 En el penúltimo párrafo del artículo 20, conforme a las reformas de 1993, se introdujo el derecho de la víctima o del ofendido “a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda”. Esto plantea la necesidad de definir quién es el obligado frente al ofen-

cionalmente las resoluciones del Ministerio Público sobre no ejercicio y desistimiento de la acción penal.<sup>114</sup>

#### 4. *Replanteamiento penal y procesal*

Muchas de las medidas adoptadas han sido cuestionadas; las reformas al artículo 20 constitucional no son la excepción. Empero, el conjunto instaló una muy pertinente tendencia a exaltar los derechos del ofendido, que más allá de las declaraciones favorables demanda instrumentos procesales concretos que permitan lograr los efectos apetecidos.<sup>115</sup>

dido, tema que también menciono en el texto principal de este trabajo. Difícilmente lo sería el Estado, salvo en las hipótesis de responsabilidad solidaria o subsidiaria. El Estado se halla obligado a legislar en forma tal que se asegure en la más amplia medida posible la satisfacción de ese derecho. El obligado directo es el sujeto penalmente responsable. En su hora, la reforma del 2000 colocó en el apartado B una fracción V, en la que se acredita a la víctima o al ofendido el derecho “a que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño”. No obstante la buena voluntad del texto constitucional, el juez no podría condenar a reparación del daño aunque halle al inculpado responsable del delito que se le atribuyó y por ello lo condene a determinadas consecuencias penales, si el órgano acusador no formuló pretensión resarcitoria, o no acreditó la existencia o el monto del daño.

114 La impugnación —que erosiona a fondo el monopolio acusador del Ministerio Público— apareció en la reforma de 1994 al artículo 21 constitucional. Ni en ese momento ni en los años siguientes se acertó a establecer las características procesales de la nueva figura: juez competente, legitimación, procedimiento, efectos de la resolución. Por ello las soluciones fueron dispares, hasta que la Suprema Corte de Justicia resolvió, dirimiendo una contradicción de tesis, que en la especie se podría emplear el juicio de amparo. Esta solución fue finalmente recogida en la Ley de Amparo, reformada el 9 de junio de 2000. Hoy día, el artículo 10 de dicho ordenamiento faculta a la víctima y el ofendido para promover amparo “contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 constitucional”. Examiné con detalle la reforma al artículo 21 en mi libro: *Poder Judicial y Ministerio Pública*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 161 y ss. y 228 y ss.

115 Se ha propuesto que las legislaciones de los Estados amplíen los derechos procesales de las víctimas y ofendidos, hasta constituirlos en verdaderas partes en el proceso, tomando en cuenta que la norma constitucional sólo establece el mínimo de derechos del individuo —el ofendido o la víctima, en este caso—, y por lo tanto la ley ordinaria puede agregar otras facultades que mejoren la posición del sujeto. *Cfr.* León de la Vega, Arturo, “La víctima y el ofendido, partes en el proceso penal: para una mejor procura-

En el follaje del artículo 20 destaca un punto esencial: el ofendido tiene derecho a la reparación. Si esta reparación no puede ser directamente reclamada al Estado —a no ser que venga al caso la responsabilidad solidaria o subsidiaria de éste por la conducta de sus servidores—, sino debe serlo al responsable individual de la conducta punible, es preciso que el Estado expida las normas adecuadas —sustantivas y procesales— para que ese derecho se realice en la mayor medida posible. De lo contrario, la declaración enfática se enfrentará a una todavía más enfática resistencia de la realidad, como hemos visto en el curso de muchas décadas.

A la luz —o bajo la sombra, mejor dicho— del fracaso general, persistente y probado del régimen suscrito en 1931, se estimó indispensable revisar los conceptos aportados por éste y procurar soluciones más realistas y convenientes. Esto llevó a proponer y conseguir en algunos códigos sustantivos, aisladamente, la restitución del carácter de consecuencia civil del delito a la reparación de daños y perjuicios.<sup>116</sup> En los últimos años, la corriente de renovación se expresó —entonces sin éxito— en el proyecto de Código Penal para Veracruz, de 1979;<sup>117</sup> lo que

ción de justicia”, en varios autores, *Seguridad pública, victimología, crimen y justicia*, México, Instituto Nacional de Apoyo a Víctimas y Estudios en Criminalidad, 2000, pp. 243 y ss.

<sup>116</sup> Este punto figuró en mi ponencia ante el Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Zacatecas, 1966. Cfr. Instituto Mexicano de Derecho Procesal, *Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, Publicaciones de la Revista de la Facultad de Derecho, 1967, memoria, pp. 162-166. El Congreso adoptó la siguiente conclusión: “La reparación del daño es una obligación de naturaleza civil; en consecuencia, debe suprimirse su caracterización como pena pública, sin perjuicio de que el resarcimiento sea exigido oficiosamente por el Ministerio Público y de que se conceda acción principal, para el mismo efecto, al ofendido y a sus causahabientes. En realidad, la efectividad de la reparación depende de la solución de otros problemas (insolvencia del inculgado, principalmente), que quizá debiera orientarse a través de la creación de un ‘fondo de resarcimientos’ y la adecuada organización del trabajo penal, en libertad y en prisión”. Instituto Mexicano de Derecho Procesal, *op. cit.*, en esta misma nota, p. 313. La ponencia, denominada “La acción en el proceso penal”, aparece en *Estudios...*, *cit.*, nota 105, especialmente pp. 134 y ss.

<sup>117</sup> El artículo 82 (en el título V: “Reparación del daño”, del libro primero) del proyecto elaborado en el Instituto Nacional de Ciencias Penales señaló: “La reparación del daño por parte del delincuente o de terceras personas tendrá el carácter de responsabilidad civil, en los términos de la legislación correspondiente, y se tramitará ante el juez penal dentro del proceso, en forma de incidente. El ofendido o sus representantes reclamarán la reparación del daño. En su defecto o a solicitud de aquéllos, la exigencia de re-

éste ensayó, de *lege ferenda*, lo consiguieron, de *lege lata*, los códigos penales para Morelos y Tabasco, venciendo reticencias y resistencias absolutamente injustificadas en la hora actual. Replanteado así el tema penal sustantivo —no como punto de doctrina, sino como punto de justicia estricta y conveniencia notoria—, había que reelaborar, con mayor libertad, el tema adjetivo.

El replanteamiento procesal conduce a la devolución al ofendido de la acción resarcitoria. Se entiende que en las circunstancias sociales del presente, que no son las mismas de 1931, el ofendido podría actuar en este campo —generalmente o a menudo— con los conocimientos, la energía y el interés necesarios para obtener sentencias favorables. El hecho de que el ofendido sea procurador de sus propios intereses y derechos, introduciría una vena de mayor dinamismo en el proceso, y contribuiría a la realización de los propósitos y los derechos contenidos en las declaraciones sobre coadyuvancia y reparación del daño en el nuevo apartado B del artículo 20 constitucional. Carece de sentido asegurar un derecho a la reparación si no se provee el medio eficaz —eficaz en la práctica, no apenas en la teoría— para obtenerla.

Establecido que la reparación no es pena pública, sino consecuencia civil, y que por ello el ofendido puede plantear la acción resarcitoria directamente ante los tribunales —y no permanecer a la expectativa, como testigo de su propio caso—, también parecía conveniente explorar y evitar los problemas que advirtió el legislador de 1931. En otros términos: hubiera sido indeseable acogerse a una sola forma de reclamar el daño, cuando era posible adoptar más de una, sumando ventajas, y avanzar considerablemente en la obtención del fin perseguido. Así las cosas, en los códigos penales y procesales penales de Morelos y Tabasco,<sup>118</sup> y lue-

sarcimiento será formulada por el Ministerio Público". La orientación adoptada se justifica en "Exposición de Motivos", *op. cit.*, nota 28, pp. 88 y 89.

118 En su artículo 28, ambos códigos penales indicaron que "para determinar el alcance de los daños y perjuicios, las personas que tengan derecho al resarcimiento o deber de reparación, y las causas por las que se extingue esta obligación, se estará a lo previsto en la legislación civil del Estado", y el artículo 31 previno: "La reparación a cargo del delincuente o de terceros obligados se podrá exigir por el ofendido o sus derechohabientes como actores civiles principales en el procedimiento especial regulado en el Código de Procedimientos Penales. Si no lo hacen, lo hará el Ministerio Público, en beneficio de aquéllos, quienes podrán colaborar con el Ministerio Público por sí o por medio de representantes". En su turno, el artículo 16 de los códigos de procedimientos penales dispuso:

go en los proyectos de la misma materia para la federación y el Distrito Federal elaborados en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, se previó una acción resarcitoria principal del ofendido y una subsidiaria, forzosa y oficiosa, del Ministerio Público. De esta suerte, se asociaron las virtudes de ambos sistemas y se ensancharon las posibilidades de reparación de daños y perjuicios. El proyecto del Instituto de Investigaciones Jurídicas, que sistematizó correctamente la regulación de la materia, destinó un título específico, el número IV del libro primero, a la “Responsabilidad civil derivada del delito”.<sup>119</sup>

## 5. Código de 2002

### A. Sistema general

Por todo lo anterior, que no sólo recoge la reflexión doctrinal y técnica, sino la experiencia constante de la función penal en tres cuartos de siglo, cuyos logros y defectos son perfectamente conocidos para teóricos y prácticos, es por lo menos extraño que el Código Penal de 2002 haya renunciado al progreso —que en otros aspectos acepta— y persista en la solución más ineficaz y conservadora, que se abstiene de moti-

“El ofendido podrá ejercitar ante el juzgador penal la acción civil de reparación de daños y perjuicios ocasionados por el hecho sometido a esa jurisdicción. Cuando el ofendido no ejercite la acción, lo hará el Ministerio Público de oficio o a solicitud de aquél. La reclamación de daños y perjuicios se sustanciará como procedimiento especial en los términos previstos por este Código”. Sobre este tema, *cf.* mi libro: *El procedimiento penal en los estados de la república. Los casos de Guerrero, Morelos y Tabasco*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Gobierno del Estado de Morelos-Gobierno del Estado de Tabasco, pp. 18, 187 y ss.

119 El artículo 44 de este documento —siguiendo el camino emprendido por la legislación de Morelos y Tabasco— previno que “para determinar la existencia de los daños y perjuicios, su cuantía, las personas que tengan derecho al resarcimiento o deber de reparación, las causas por las que se extingue esta obligación, y todo lo relativo a daños y perjuicios, se estará a lo previsto en la legislación civil federal...”. A su vez, el artículo 46 determinó que la reparación se podrá exigir “por el ofendido o sus derechohabientes como actores civiles principales en el procedimiento especial regulado en el Código de Procedimientos Penales. Cuando no lo hagan o soliciten la intervención del Ministerio Público, corresponderá a éste participar como actor subsidiario en beneficio de aquéllos, quienes podrán coadyuvar con el Ministerio Público por sí o por medio de representante”.

var.<sup>120</sup> En los términos del artículo 37 de ese nuevo ordenamiento — antiguo o anticuado, sin embargo, por la orientación adoptada en este extremo—, “la sanción pecuniaria comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica”.<sup>121</sup> En el primer caso, la multa, el nuevo código sigue puntualmente la disposición innovadora de la reforma de 1983 acerca de días multa, que se ha fortalecido en el derecho penal mexicano y que debiera ser mejorado para satisfacer más ampliamente las exigencias de la equidad.<sup>122</sup> En el segundo, insiste en el yerro del código de 1931. En el tercero, conserva un mal legado del código de 1931-2000, especie sancionadora a la que me referiré adelante.

Hay otros desaciertos técnicos en el sistema de la reparación, y algunos aciertos que también es debido mencionar. Entre estos últimos figuran: a) la responsabilidad solidaria del gobierno del Distrito Federal “por los delitos que cometan sus servidores públicos, con motivo del ejercicio de sus funciones” (artículo 46, fracción IV), sin distinguir entre delitos dolosos y culposos, a diferencia del código de 1931-2000, en la inteligencia de que debiera entenderse —por encima de las dudas que suscitan las expresiones poco claras de los artículos 46 y 48, segundo párrafo,<sup>123</sup> que la reparación en estos casos no queda supeditada al reglamento

120 La exposición de motivos no contiene referencia alguna sobre las alternativas presentadas en materia de reparación del daño, y mucho menos da cuenta de las ventajas y desventajas de cada una y de las razones —que seguramente las hubo— para optar por una de ellas.

121 El anteproyecto de Código Penal único difundido por la Secretaría (federal) de Seguridad Pública en 2002 incurre en el mismo error (artículo 36).

122 En efecto, es deseable que el día-multa considere cierta deducción en función de las necesidades básicas del sentenciado, cosa que no ocurre en la actualidad. Así, los sistemas existentes en general “equiparan capacidad económica a renta neta y proceden a determinar el valor del día-multa a partir de tomar una determinada proporción (normalmente un tercio) de la renta diaria de la persona. Con esto se pretende garantizar un doble objetivo: por una parte, que la multa no suponga una afección a las necesidades básicas del infractor (y de las personas que puedan depender económicamente de él) y, por otra, que la multa prive de un porcentaje igual de renta a las diversas personas”. Cachón Cadenas, Manuel y Cid Moliné, José, “La pena de días-multa como alternativa a la prisión”, en Cid y Larrauri (coords.), *op. cit.*, nota 18, p. 41.

123 En éste se dice, siguiendo la redacción de un antiguo e ineficaz texto del código de 1931, a propósito de la reparación de daños causados por delitos imprudenciales o culposos (artículo 31, segundo párrafo), que “el jefe de gobierno del Distrito Federal reglamentará la forma en que, administrativamente, (se) deba garantizar la reparación del daño, cuando éste sea causado con motivo de delitos, en los casos a (los) que se refiere la fracción IV del artículo 46 de este Código. El pago se hará preferentemente en una sola

que sobre el particular expida el jefe de gobierno; *b*) la forma de hacer efectiva la reparación del daño, que se asimila al procedimiento económico coactivo que rige para la multa (artículo 49), como ya disponía la legislación precedente, y *c*) la creación del Fondo para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito (artículos 41, 50 y 51), a reserva de conocer las características precisas de esta nueva institución.<sup>124</sup>

En cambio, no son aciertos: *a*) la omisión de referencia al daño material causado, que no se confunde exactamente con el restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban, o con la restitución de la cosa indebidamente obtenida o el pago de su valor actualizado (artículo 42); *b*) la atribución del carácter de reparación del daño moral (entendido, clásicamente, como *pretium doloris*) al “pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima” (artículo 42, fracción III), y *c*) la distinción entre resarcimiento de perjuicios, por una parte, y pago de salarios o percepciones no recibidos por la víctima

exhibición”. Y la invocada fracción IV dispone —sin discriminación ni condición— que “el gobierno del Distrito Federal responderá solidariamente por los delitos que cometan sus servidores públicos, con motivo del ejercicio de sus funciones”, y que “queda a salvo el derecho del gobierno del Distrito Federal para ejercitar las acciones correspondientes contra el servidor público responsable”.

124 En rigor, no se trata solamente de un “fondo”, entendido como la figura jurídica que integra cierto patrimonio y lo destina a determinadas finalidades; este nuevo ente —cuyas características orgánicas no han sido reguladas todavía— tendrá también la función de celebrar convenios con instituciones y empresas, y en tal virtud “operar” —como asegura la exposición de motivos del Código Penal de 2002— la medida de trabajo en beneficio de la comunidad. No omito recordar que la creación de un fondo de reparaciones fue sugerida en mi ponencia (*cit. supra*) ante el Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal, y se aprobó por éste. *Cfr.* Instituto Mexicano de Derecho Procesal, *op. cit.*, nota 116, p. 313. En sentido semejante, la precursora Ley de Auxilio a la Víctima del Delito, de 15 de agosto de 1969, publicada en la *Gaceta del Gobierno del Estado de México*, el día 20 del mismo mes y año, cuyo artículo tercero establece dicho fondo y señala sus fuentes de recursos: multas impuestas por autoridades judiciales, cauciones que se hagan efectivas (en supuestos de libertad condicional, suspensión condicional de la condena y libertad condicional), reparación del daño cuando hay abandono o renuncia por parte del beneficiario, cinco por ciento de la utilidad líquida de las industrias penitenciarias, y aportaciones del Estado y los particulares. Al respecto, Luis Rodríguez Manzanera señala que “en nuestro país, uno de los avances más notables es la Ley sobre auxilio a las víctimas del delito del Estado de México”. Rodríguez Manzanera, Luis, *Victimología. Estudio de la víctima*, 3a. ed., México, Porrúa, 1996, p. 356.

cuando “por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión”, por la otra (artículo 42, fracciones IV y V).

### B. Sanción económica

Como antes indiqué, el ordenamiento de 2000 incluye entre las especies de sanción pecuniaria a la llamada “sanción económica”. Desde 1983 se inició una corriente legislativa de gran severidad en torno a los delitos cometidos por servidores públicos. Este énfasis persecutorio se plantea en distintas hipótesis y obedece a diversos motivos.<sup>125</sup> En algunos casos —cada vez más—, se califica el delito en función del carácter de servidor público del sujeto activo, tomando en cuenta que esta condición le obliga a la más rigurosa observancia de la ley, sobre todo cuando se le han confiado tareas que incumple o desvía. En otros casos, que son los que ahora interesan, se han creado tipos penales y establecido punibilidades severas en lo que respecta a delitos contra el servicio público en general, y específicamente en lo relativo a la procuración y administración de justicia. El saldo de la realidad, al cabo de varios lustros de vigencia de estos tipos, no parece acreditar la eficacia de las medidas penales. De nueva cuenta habrá que reconocer que el derecho penal, último recurso, no exime de emplear los “otros recursos”, que son —o debieran ser— invariablemente los primeros en la lógica del Estado y del servicio.

El rumbo tomado por la ley penal en esta materia se caracteriza por constantes adiciones que tienden a extremar el rigor punitivo. Para ello se han modificado principios tradicionales del sistema penal, como la presunción de inocencia y la carga probatoria.<sup>126</sup> Igualmente, se ha esta-

<sup>125</sup> En torno a la reforma del título cuarto de la Constitución, en 1982-1983, las correspondientes modificaciones al Código Penal y a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, de 1983, *cfr.* mi comentario en García Ramírez, Sergio, “La reforma de 1982 en el régimen de responsabilidades de servidores públicos”, en *id.*, *Justicia y reformas...*, *cit.*, nota 23, pp. 21 y ss., e *id.*, *Discursos de política y justicia*, México, Instituto Mexicano de Cultura, 1988, pp. 53 y ss.

<sup>126</sup> Así se infiere del penúltimo párrafo del artículo 109 constitucional: corresponde al servidor público inculpado de enriquecimiento ilícito demostrar la legítima procedencia de sus bienes. Esta inversión de la carga de la prueba —agravada por cuestionables presunciones de criminalidad— ha llegado a otros supuestos de probable comisión de delitos, e incluso a hipótesis en las que el legislador ha negado expresamente que se haya pre-

blecido un marco específico —e innecesario— de individualización judicial.<sup>127</sup> Asimismo, se ha reducido o condicionado la aplicación de beneficios legales a los servidores públicos responsables de ciertos delitos.<sup>128</sup> Finalmente, se ha ideado sanciones específicas al lado de las tradicionales u ordinarias.<sup>129</sup> Es esto, precisamente, lo que ocurre en el supuesto de la llamada sanción económica, cuya mera designación entraña un error: todas las sanciones pecuniarias tienen carácter económico, y la que ahora nos ocupa es solamente una especie de este género.

La sanción económica consta en el código de 1931-2000, que en el enunciado de la sanción pecuniaria deslindó la multa de la reparación del daño, y ambas de la sanción económica, pero en la regulación de la materia colocó a la sanción económica dentro de las normas referentes a la multa (artículo 19, penúltimo párrafo). Este aparente desliz puede tener una explicación plausible: la sanción económica es, en realidad, una forma de multa con un rasgo distintivo: ser evidentemente desmesurada, al menos potencialmente. En principio, pudo agravarse la multa correspondiente a los delitos de servidores públicos que interesaba sancionar, pero difícilmente se hubiese podido hacer en los términos que resultan de la acumulación de multa y sanción económica a la que se

visto la aplicación de verdaderas penas por causa de responsabilidad penal, pese al decomiso que en aquéllas se practica, como sucede en las reformas al artículo 20 constitucional de 1999, que analizo en García Ramírez, Sergio, *El nuevo procedimiento...*, cit., nota 46, pp. 163 y ss., y en *id.*, *Delincuencia organizada...*, cit., nota 46, pp. 80 y ss.

<sup>127</sup> Insiste en ello el artículo 257 del Código Penal para el Distrito Federal, de 2002: “Para la individualización de las sanciones previstas en este título (acerca de los delitos contra el servicio público cometidos por servidores públicos), el juez tomará en cuenta además (¿además de las reglas generales establecidas en los artículos 70 y 72?), en su caso, si el servidor público es trabajador de base o de confianza, su antigüedad en el empleo, cargo o comisión, nivel jerárquico, antecedentes de servicio, percepciones, situación socioeconómica, grado de instrucción, las circunstancias especiales de los hechos constitutivos del delito, así como el monto del beneficio obtenido o del daño causado”.

<sup>128</sup> Este fue el propósito que se acogió en el segundo párrafo del artículo 85 del código de 1931-1999, acerca de la libertad preparatoria. Ésta sólo se concederá, en el supuesto de los delitos cometidos por servidores públicos (título décimo del libro segundo) “cuando se satisfaga la reparación del daño a que se refiere la fracción III del artículo 30 o se otorgue caución que lo garantice”. El régimen en estos casos es más severo que el ordinario, que no reclama caución, sino compromiso de reparar (artículo 84, fracción III).

<sup>129</sup> La imposición de penas específicas —que en la especie resultan plenamente justificadas— se recoge en el artículo 258 del nuevo código: destitución, inhabilitación y decomiso de los productos del delito.

llegó en esta hipótesis mediante la mera suma de sanciones de la misma naturaleza. La desmesura hubiera sido excesiva.

El código de 2002 sigue esta corriente. Hecha la distinción entre multa, reparación y sanción económica, todas a título de sanción pecuniaria (artículo 37), destina un artículo a establecer en qué consiste y cuándo se actualiza la económica: “consiste en la aplicación de hasta tres tantos del lucro obtenido y de los daños y perjuicios causados” cuando vengan al caso los delitos a los que se refieren los títulos décimo octavo y vigésimo del libro segundo (artículo 52), esto es: “Delitos contra el servicio público cometidos por servidores públicos” y “Delitos cometidos en contra del adecuado desarrollo de la justicia cometidos (*sic*) por servidores públicos”.

La draconiana legislación —que una vez más se nutre con la idea, ampliamente propalada en la opinión pública, de que la multiplicación y elevación de sanciones en la letra de la ley tendrá el efecto de suprimir la impunidad y abolir la corrupción— permite sumar el lucro obtenido y los daños y perjuicios causados, es decir, el enriquecimiento que hubiese alcanzado el delincuente como producto de su comportamiento ilícito y el quebranto patrimonial que hubiera padecido el ofendido. Una vez sumados, pues, el enriquecimiento y el quebranto —sin mirar que en ocasiones se trata sólo de dos caras de la misma moneda—, hay que multiplicar por tres el resultado de la suma, para alcanzar el monto máximo de la sanción pecuniaria. Digo “máximo” en virtud de que el artículo 52, que define esa sanción, señala que se aplicará “hasta tres tantos” de la suma; por lo tanto, es posible que se aplique una cantidad menor, e incluso ninguna. No existe discrecionalidad semejante en el manejo de otras punibilidades, salvo en los casos de perdón judicial.

Dejo aquí estas consideraciones sobre algunos aspectos, solamente, del régimen de sanciones en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal. No me atrevo a decir que los resultados de esta reflexión pudieran proyectarse sobre todo el ordenamiento. De lo que he revisado y dicho, apenas en un pequeño sector de la regulación penal, se desprende que el flamante código contiene algunas aportaciones plausibles, incurre en no pocos desaciertos y soslaya progresos indispensables. Hubiera valido la pena esperar un poco más para disponer de un código mucho mejor. No lo facilitó el método adoptado: trabajar sobre un solo proyecto, debidamente depurado y enriquecido, hubiera permitido llegar

a conclusiones mejores y más armoniosas, innovadoras y practicables. Hay que ver, no obstante, lo que se pudo conseguir: es posible que este ordenamiento sea mejor que el precedente, pero es seguro que no supera al que tendríamos si hubiésemos construido una circunstancia más favorable para lograrlo.