

SUBSTITUTIVOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD, SEGÚN LA LEGISLACIÓN MEXICANA *

Por el doctor Raúl CARRANCA Y RIVAS
Director del Seminario de Derecho Penal
de la Facultad de Derecho de la UNAM

Las islas de París, la *Cité* y *Saint Louis*, son pródigas en misteriosos efluvios que aprehenden el alma del viajero que, como nosotros, busca con la paciencia de quien ama su profesión defender la libertad y la dignidad del hombre, incluso del delincuente. Hay mensajes que, si se interpretan con buen tino, enseñan tanto como las cátedras de Universidad. He aquí algunos. El 25 de octubre de 1499 fue arrastrado por las aguas del Sena el puente *Notre Dame*. Se acusó entonces de negligencia a los consejales, se los detuvo y el Parlamento los sentenció a pagar una multa considerable. Sin embargo, murieron en prisión por no tener suficientes bienes con qué satisfacer lo que se exigía de ellos. Si hubiesen cumplido con lo dispuesto por el fallo del tribunal, pagada ya la multa habrían obtenido nuevamente su libertad. ¿En lo que digo no hay, acaso, una especie de substitutivo que pugna por nacer? De hecho, la imposición de la multa fue el substitutivo de una pena mayor. La que no me conviene, al efecto, es la observación de Maurice Garçon, de la *Académie Française*. “Feliz época —escribe— en que los funcionarios eran personalmente responsables de sus faltas y debían tratar la cosa pública con tanta solicitud como a su bien propio”. Creo que aquí el escritor sacrifica el sentido de la Justicia por satisfacer una observación literaria.

Otro mensaje. El rey *Saint Louis* supo ligar, gracias a su ánimo sensible, la construcción del más bello relicario de todos los tiempos, la *Sainte Chapelle*, con el establecimiento de la Justicia en el palacio anexo; hecho que con el tiempo se transformó en lo siguiente. Mientras los graves parlamentarios ordenaban los arrestos, se soltaban pájaros sobre el pasaje o corredor del rey para recordarle la gracia que merecían los prisioneros. ¿No es lo que digo equivalente de una substitución de la pena de cárcel? Claro que esta noble generosidad, en lo tocante a la pena, no

* Trabajo presentado en mesa redonda ante el *Centre Française de Droit Comparé*, que preside el profesor Marc Ancel, el 17 de abril de 1980 en la ciudad de París.

se podía invocar frente a hechos terribles como el de la *rue de Marmousets*, donde un barbero que degollaba a sus clientes enviaba después los cuerpos a su vecino el salchichero. En fin, los hombres tenemos el derecho de buscar toda clase de substitutivos; pero las obras humanas tienen a menudo otra suerte. ¿No ha sido encerrada la *Sainte Chapelle* dentro de un patio gélido? ¿No eleva inútilmente su flecha gótica, hacia las alturas, en un desesperado alarido de libertad? Su reclusión perpetua es un reto a la dignidad del arte y a la libertad del espíritu. Ahora bien, hay compensaciones. Cuando caminando hacia la punta de la *Place Dauphin* se desemboca en el *Pont Neuf*, se puede lanzar una mirada de nostalgia sobre la casa de *Madame Roland*. ¿Hay aquí algún mensaje? A mi juicio, sí. La ilustre dama fue republicana y estoica. En su famoso salón eran asiduos contertulios los girondinos. Su frase célebre: “¡Oh, libertad! ¡Cuántos crímenes se cometen en tu nombre!”, sigue siendo un formidable punto de apoyo para la redención del individuo. Además, al margen del dato histórico de que los girondinos ocupan el ala derecha de la Asamblea, cuya ala izquierda la formaban los *montañeses*, yo participo con los primeros de su sentido humano cuando se opusieron a las matanzas de septiembre y a la muerte del rey Luis XVI. Por otra parte, el nombre les viene a los girondinos (*girondins*) de Gironda (*Gironde*), Departamento francés cuya capital es *Bordeaux*. Y si *girondin* quiere decir “tonto” o bien “primo”, *gironde* es una voz popular que significa “mujer bonita”. Me quedo, en conclusión, con el vino de *bordeaux* y digo “¡Salud!” por la libertad y por las mujeres bellas. Degusto ese vino cuyo color evoca los vidrios, antaño claros y tornasolados, del relicario que hizo *Saint Louis*, al extremo de que se decía de un vino: “*Il est couleur des vitres de la Sainte Chapelle*”.

En materia de substitutivos de la pena privativa de libertad, me parece que primero hay que *situar el tema*. Es un requisito, creo, lo mismo lógico que ontológico. El tema es de Derecho Penal. Lo digo porque suelen disputárselo la Sociología Criminal, la Penología y el Derecho Penitenciario. Sin embargo, ninguna de estas disciplinas, aislada, podría tener relevancia dentro del mundo del Derecho, al que se hallan irremisiblemente vinculadas. Para explicarme mejor quiero ofrecer aquí un ejemplo. El Código Penal mexicano, en su artículo 52, establece una serie de datos individuales y sociales del sujeto, así como circunstanciales del hecho, reguladores del arbitrio judicial. Tres vértices presenta el artículo que cito: el delincuente, el ofendido y el hecho delictuoso. La naturaleza de la acción u omisión, la edad, la educación, la ilustración, las condiciones especiales en que se encontraba el sujeto activo en el momento de la comisión del delito, etcétera, permiten la invocación —en lo tocante al arbitrio judicial para fijar las penas— de las que hemos llamado ciencias y artes auxiliares del juez penal: Antropología Criminal, Psicología Criminal, Sociología Criminal, Endocrinología Criminal, en fin, todas esas

disciplinas conexas al Derecho Penal y sin las que sería imposible, sobre todo a partir de las conquistas del positivismo, analizar la conducta del delincuente para luego juzgarlo. Así se demuestra que estas inquietudes científicas convergen hacia un solo punto: el Derecho Penal, piedra de toque de muchos problemas sociales y obviamente jurídicos. Por eso digo que el asunto de los substitutivos de la pena privativa de libertad es de índole propia del Derecho Penal.

La expresión *substitutivos penales* implica cambio o modificación de una pena impuesta por la ley, por algo que se supone mejor. Pero esto no se puede ni se debe hacer al margen del principio de legalidad. El *nulla poena sine lege, nullum crimen sine proevia lege poenale* (que en México consagramos en el párrafo 3o. del artículo 14 Constitucional y en el artículo 7o. del Código Penal), tiene el fundamento jurídico de la legalidad. No se debe substituir una pena de manera arbitraria, sin razón de Derecho. Esto afectaría lo mismo los intereses de la sociedad que los del delincuente. Se violarían, así, normas jurídicas que se han consagrado en el campo de los Derechos Humanos. Se deduce, en conclusión, que el tema de los substitutivos penales, además de sus relaciones con la Filosofía del Derecho, con la Sociología, con la Penología y con el Derecho Penitenciario, es privativo del Derecho Penal. En asunto tan delicado no se deben desdeñar las normas jurídicas, rectoras, en el caso, de lo que mejor conviene al criminal y a la sociedad. Lo opuesto es el caos y el desorden que va en contra de la legítima defensa de la sociedad. Ahora bien, ¿qué quiere decir, en realidad, la expresión *substitutivos penales*? Que hay penas, fundamentalmente las privativas de la libertad, que deben ser substituidas. ¿Por qué deben serlo y con qué clase de substitución o medida? Porque se ha demostrado, en un elevado índice, la crisis de la prisión y frente a ello no queda más camino, más recurso, que alentar la rehabilitación del hombre delincuente dentro de la libertad.¹ Si al hombre se le quita la libertad se lo priva del aire moral que respira. Y de esto no se hallan excluidos los delinquentes. Las medidas que se proponen, en consecuencia, deben administrar la libertad del recluso; pero no despojarlo categóricamente de ella. Al efecto cabe recordar el artículo 18 Constitucional mexicano, que a la letra dice:

Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sis-

¹ Cfr. tres textos muy importantes: *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, RICO, José M., Siglo XXI Editores, México, 1979; *La sociedad criminógena*, PINATEL, Jean, Colección AURION, Aguilar, España, 1979; *Les chemins de la répression*, DELMAS-MARTY, Mireille, Presses Universitaires de France, Paris, 1980.

tema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Los Gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.

La Federación y los Gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los Gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.

El 4 de febrero de 1971 se promulgó la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, cuyo artículo 2o. reproduce el texto del artículo 18 Constitucional:

El sistema penal se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente.

Por lo que toca a los menores infractores (hemos suprimido la errónea denominación de "delincuencia juvenil")² contamos, desde el 25 de diciembre de 1973, con la Ley de los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito Federal. El artículo 1o. de esta Ley, dice a la letra:

El Consejo Tutelar para Menores tiene por objeto promover la readaptación social de los menores de dieciocho años en los casos a que se refiere el artículo siguiente, mediante el estudio de la personalidad, la

² Cfr. el magnífico libro de MIDDENDORFF, Wolf, *Criminología de la juventud, estudios y experiencias*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1963, donde el autor explica en qué consiste exactamente la criminalidad de la juventud.

aplicación de medidas correctivas y de protección y la vigilancia del tratamiento.

A su vez el artículo 2o. de dicha Ley, dice a la letra:

El Consejo Tutelar intervendrá, en los términos de la presente Ley, cuando los menores infrinjan las leyes penales o los reglamentos de policía y buen gobierno, o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir, fundadamente, una inclinación a causar daños, a sí mismos, a su familia o a la sociedad, y ameriten, por lo tanto, la actuación preventiva del Consejo.

Es éste, a grande rasgos, el panorama de nuestra legislación penal y tutelar especial, vigente, derivada del tronco Constitucional. Cabe añadir que una serie de leyes de ejecución de penas, todavía en franco periodo de elaboración —algunas— y de ajuste —otras— aspiran a instrumentar en la República Mexicana las disposiciones a que me he referido.

Ahora bien, si no se admite que el tema de los substitutivos penales es de Derecho Penal, como se ha dicho, se vulnera un principio básico de Derecho. Es muy ilustrativo, en este orden de ideas, el tránsito de la venganza privada a la pública. En el fondo, y en muchos aspectos, seguimos dentro de una subespecie de la venganza pública. Lo que debemos buscar, por lo tanto, es no caer en la venganza, protegiendo al mismo tiempo los bienes jurídicos de más alta jerarquía. Es aquí, a mi juicio, donde se halla el epicentro del problema que hoy nos ocupa. El fin del Derecho Penal no es la sanción sino la tutela de aquellos bienes. En realidad, se castiga para salvaguardar tales bienes; aunque queda probado dentro de los enfoques de la Penología y del Derecho Penitenciario que su salvaguarda debe buscar caminos diferentes del ya demasiado hollado de la pena retributiva. Por eso, en el terreno de los substitutivos de la pena de prisión, hoy se libra una batalla en beneficio de la libertad del hombre. En los *Opúsculos* de Francesco Carrara hay un estudio intitulado *Vicisitudes del fundamento de castigar*, y que fue el discurso inaugural del año académico de 1862-1863 en la Universidad de Pisa.⁸ Se refiere allí Carrara a la moderación de las penas y a la aplicación en el Derecho Penal de un principio racional y humano, lo que ha correspondido siempre a una disminución en los delitos. Carrara, en aquel estudio, participa de la teoría que revela la realidad subjetiva del delincuente: en contra de lo que se podría creer, puesto que la costumbre es enfrentar, casi a muerte, la Escuela Clásica a la Positiva. No se entiende que ésta halla en aquélla muchos de sus puntos de apoyo y

⁸ CARRARA, FRANCESCO. *Opúsculos de Derecho criminal*, t. I, Editorial TEMIS, Bogotá, 1976, p. 123.

de sus fuentes. Carrara dice: "Sí, castigar, eternamente castigar es el destino inmodificable de la humanidad. Pero en lo porvenir no se castigará ya con ímpetu de caprichosa locura, sino con amor fraterno; no se castigará ya envileciendo o aniquilando la personalidad humana, sino exaltando al hombre, por el camino del dolor, al sentimiento de la propia dignidad, e induciéndolo al amor del bien; no se castigará ya para satisfacer fanáticas locuras o exigencias de tiranos, sino para proteger el orden eterno, que Dios previó desde la eternidad y desde ella lo impuso al género humano".⁴

Bellas palabras, las anteriores, que coinciden en su esencia con lo mejor que se ha dicho y pregonado en nuestra especialidad. Recuerdo, por cierto, a Francesco Carnelutti en su libro notable sobre *El problema de la pena*.⁵ ; Cómo se identifican los hombres que buscan afanosamente la misma estrella de Stammler! "El problema de la reclusión —escribe Carnelutti— es esencialmente un problema espiritual. Existe, ciertamente, también un aspecto físico o fisiológico del mismo, pero tiene, respecto de aquél, un valor de segundo plano. El fin a alcanzar no es solamente el de hacer vivir a un hombre, sino el de hacer revivir a una persona. Lo que quiere decir dar al hombre su libertad... es necesario, para ser claros, substituir a la reeducación social la educación moral... la vida dura del recluso es necesaria, no en el sentido de la venganza, sino en el de la eficacia redentora del dolor... Sobre el amor, no sobre el deber, se debe plantear el concepto de la moral. Por asistencia moral entiendo, pues, ante todo y sobre todo, una asistencia de amor. Lo que, junto al sufrimiento, le es necesario al recluso, a fin de que se convierta en libre, no es otra cosa que amor".⁶

Ahora bien, si recurrimos al texto Constitucional mexicano nos encontraremos con una flagrante contradicción que tal vez corresponda a casos semejantes en otras legislaciones del mundo. El artículo 18 de nuestra Carta Magna, como ya se dijo, regula el sistema penitenciario nacional sobre el principio de llamada readaptación social del delincuente (aunque yo prefiero referirme a *rehabilitación*: en el fondo no se readapta sino se rehabilita). Esto significa que en el eje mismo de nuestra legislación se cree, consecuentemente, en la rehabilitación social del delincuente; lo que presupone, en buena lógica, la eliminación de la pena capital. ¿Cómo se podrían sostener en el cuerpo mismo de la Constitución dos figuras distintas y diametralmente opuestas: rehabilitación y pena de muerte? Más aún, a partir del principio establecido por nuestra Constitución ha habido, y concretamente desde el año de 1971, una reforma penitenciaria por medio de la que se pretende, paso a paso, fortalecer

⁴ *Opus cit.*, p. 148.

⁵ CARNELUTTI, Francesco. *El problema de la pena*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956.

⁶ *Opus cit.*, pp. 54 a 56.

el criterio constitucional en la realidad. He aquí, sin embargo, el texto vigente de nuestro artículo 22 constitucional:

Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

.....

Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y, en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

Si comparamos, primero, los artículos 18 y 22 transcritos aparecerá el hecho de dos figuras distintas y diametralmente opuestas en el texto Constitucional; lo que permitirá preguntarse cuál es el criterio de la Constitución en la materia. Si analizamos, a continuación, el contenido del artículo 22 Constitucional veremos que esta norma es subjetiva y objetivamente contradictoria. O sea, que el artículo 22, que es contradictorio en relación con el 18, resulta también contradictorio en sí mismo. Haciendo claro uso de la prohibición analógica el legislador sanciona "cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales". Y yo me pregunto: ¿no es acaso la de muerte una pena inusitada y trascendental? ¿Qué es lo inusitado? Lo no usado, lo insólito, lo raro. La pena capital es inusitada puesto que el mismo legislador reduce su aplicación a ocho casos; y es trascendental porque aparte de ser de suma importancia y muy grave, se extiende a personas distintas de la del reo (padres, hermanos, esposa, hijos, etcétera, que sufren la desaparición física del ajusticiado). En conclusión, sostengo que el artículo 18 Constitucional se opone abiertamente a lo dispuesto en el artículo 22 de la misma Carta Magna, aparte de que este último precepto se contradice a sí mismo. Lo anterior significa que es incongruente hablar de rehabilitación y de pena de muerte. Ambas ideas no se corresponden. Un sistema penitenciario sano debe ser armónico desde sus mismas bases Constitucionales.

Si se nos preguntara, por ejemplo, cuál es el pensamiento central de Carnelutti en materia de substitutivos tendríamos que decir que substituir la reeducación social por la educación moral. Nosotros habíamos, en México, del trabajo, de la capacitación para el mismo y de la educación, como medios para la readaptación social del delincuente. O sea, que en lo tocante a la educación penitenciaria habría que definirla. Sin embargo, no se puede tratar de una educación distinta de la establecida en el artículo 3o. de nuestra Constitución y donde se consagra el laicismo educativo, el que no se contraponen a mi ver con la educación moral por-

que se puede dar ésta sin el predominio de una iglesia o religión específica. Insisto en lo anterior en virtud de que considerando la figura de los substitutivos, *in extenso*, me parece que encaja perfectamente con nuestra tesis Constitucional de trabajo, capacitación para el mismo y educación, como medios para la readaptación social del delincuente. Hoy se habla mucho de los substitutivos en todos los ámbitos del Derecho Penal. Ahora bien, ¿es posible siquiera plantearse el problema de los substitutivos al margen del principio de legalidad? Dije al comienzo de mi estudio que el tema es de Derecho Penal porque la expresión *substitutivos penales* implica cambio o modificación de una pena impuesta por la ley, por algo que se supone mejor; y que esto no se puede ni se debe hacer al margen del principio de legalidad. Tal principio se halla consagrado en la Constitución mexicana, en su artículo 16, que en lo conducente dice a la letra:

No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculcado...

El artículo 14 Constitucional, por su parte, dice en lo conducente:

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

A su vez el artículo 7o. del Código Penal, en su definición de delito, establece que: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Esto son los fundamentos jurídicos, en el Derecho mexicano, del principio de legalidad, del *nulla poena sine lege, nullum crimen sine proevia lege poenale*. Por lo tanto, ¿qué hacer con los substitutivos penales para que no choquen con el principio de legalidad consagrado en el Derecho positivo? La primera solución es la de definirlos, o sea, tipificarlos. En este sentido aparecen en nuestro Código Penal vigente dos figuras importantes: la libertad preparatoria y la condena condicional. La primera, sin duda, se aproxima al sistema de la llamada sentencia indeterminada. La segunda es una condena provisional o, más correctamente, una suspensión condicional de la pena. Es también una *substitución condicional de la pena*. En consecuencia, esa especie de sentencia indeterminada tanto como esa suspensión condicional de la pena vienen a substituir a la pena propiamente dicha. Como bien lo ha observado mi ilustre colega el profesor Fernández Doblado, en el sistema continental

européo —cuyo modelo seguimos— la condena condicional funciona a manera de substitutivo de las penas cortas de prisión, requiriéndose que se carezca de antecedentes penales. Y añade: “Es de desearse entre nosotros que se reflexione sobre el sentido de la condena condicional para que ésta sea modificada a los efectos de que sirva a sus verdaderos y propios fines, cuales son los de lograr una rehabilitación en libertad y no sólo se limite ya en ese caso a *substitutivo* de las penas cortas de prisión, sino que se maneje con mayor elasticidad en el *quantum* de la pena y en lo que atañe a la personalidad y peligrosidad del sentenciado, que no necesariamente debe ser primario”.⁷ En efecto, conviene a nuestro sistema una modificación substancial de la condena condicional. Sin embargo, como el espíritu de la misma, desde su origen, ha sido el de evitar la ejecución o cumplimiento de las penas cortas de privación de libertad en ciertas condiciones, eludiendo en lo posible la contaminación moral que produce la prisión en los delincuentes de escasa peligrosidad, a los que se supone corregibles mediante el empleo de determinados estímulos, mejor se podría pensar a mi juicio en una transformación del capítulo correspondiente (en el Código Penal) a la conmutación de sanciones. Desde el artículo 70 hasta el 76 de nuestro Código Substantivo se establecen reglas sobre la substitución judicial de sanciones, conmutación tratándose de delitos políticos, conmutación judicial de prisión por multa, modificación no esencial de la ejecución de la pena de prisión y obligatoriedad del pago de la reparación del daño en lo tocante a la procedencia de la substitución y de la conmutación. De cualquier manera, no hay duda de que el propósito de lograr una verdadera rehabilitación en libertad no se debe limitar a las penas cortas de prisión ni al hecho de ser delincuente primerizo.

Hay que recordar que México ha participado de manera muy activa en el Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica (nosotros estuvimos en la reunión de Sao Paulo, de 1971). Tal Proyecto, en lo que corresponde a la condena condicional, ha buscado remodelarla dentro de los cánones del sistema continental europeo, previendo el estudio integral de la personalidad del delincuente por lo que toca al pronóstico de su peligrosidad. Esto es muy importante pues conserva la relación estrechísima entre el substitutivo y los más agudos problemas de la culpabilidad; lo que de suyo resalta la trascendencia de los aspectos jurídicos en la materia. El referido Proyecto, por otra parte, somete al reo beneficiario del substitutivo a medidas de tutela o patronato, pudiendo prorrogarse —en el caso— el beneficio en cuestión.

Por lo que respecto a nuestro Código Penal conviene a mi juicio reflexionar sobre la segunda de las condiciones que el legislador exige para

⁷ Trabajo presentado en la mesa redonda del *Centre Française de Droit Comparé*, el 17 de abril de 1980 en la ciudad de París.

conceder el beneficio de que se trata, a saber, que sea la primera vez que el sentenciado incurra en delito intencional. Con esta disposición no estoy de acuerdo. ¿Qué sucede si el sentenciado, por primera o segunda vez, incurra en delito imprudencial? La interpretación de la norma *in bonam partem* indica que por ser el delito intencional más grave que el imprudencial, si el beneficio se aplica al primero con mayor razón se debe aplicar al segundo; a mi modo de ver dicha interpretación no se opone al principio de legalidad consagrado en nuestra Constitución. Queda, no obstante, un problema por resolver. El legislador sobrentiende que el delito intencional es el doloso. No es así. Tanto en la culpabilidad dolosa como en la culposa se admite la intención. En este sentido participo de la posición finalista: no hay acciones ciegas. Lo que sucede es que en el dolo la intención se encamina hacia el resultado final, en tanto que en la culpa sólo hacia el medio productor del resultado.

México ha participado, antes de recientes e importantes reformas, de la corriente universal de un Derecho Penal represivo —aunque en muchos aspectos humanizado— que sobrepuso sus intereses a los de Derecho Penal preventivo. Nuestra moderna Política Criminal, superadas algunas etapas, se dirige hacia la prevención del delito y el tratamiento del delincuente. Cabe decir que la Política Criminal, en su amplitud, abarca lo represivo, lo preventivo y lo rehabilitatorio. Es por esto que la Política Criminal preventiva no deja en desamparo a la sociedad. Lo digo así porque la naturaleza de los substitutivos, a mi juicio, es más de carácter preventivo que represivo; y al preocuparnos por el tratamiento del delincuente nos estamos preocupando, obviamente, por la defensa de la sociedad. No pensamos que se pueda defender efectivamente a la sociedad mediante el castigo severo o inhumano de sus delincuentes. La defensa de la sociedad debe ser pedagógica, si cabe el término. Aquí hablo de Pedagogía Criminal; y no hay tal Pedagogía en el Derecho punitivo draconiano.

México cuenta, en su haber, con la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, de 4 de febrero de 1971, en la que se perfila claramente distintos substitutivos. En esta Ley se parte de la base del tratamiento individualizado, el que a su vez se genera por las disposiciones expresas del Código Penal en lo tocante al arbitrio judicial para fijar las penas (artículo 51) y por los datos individuales y sociales del sujeto, así como circunstanciales del hecho, reguladores del arbitrio judicial (artículo 52); preceptos los anteriores de claro contenido positivista y que han dado origen a las que llamamos Ciencias y Artes Auxiliares del Juez Penal: por ejemplo, Psicología Criminal, Endocrinología Criminal, Sociología Criminal, etcétera. El artículo 16 de la citada Ley se refiere a la remisión parcial de la pena, en los siguientes términos:

Por cada dos días de trabajo se hará remisión de uno de prisión, siempre que el recluso observe buena conducta, participe regularmente

en las actividades educativas que se organicen en el establecimiento y revele por otros datos, efectiva readaptación social. Esta última será en todo caso, el factor determinante para la concesión o negativa de la remisión parcial de la pena, que no podrá fundarse exclusivamente en los días de trabajo, en la participación en actividades educativas y en el buen comportamiento del sentenciado.

La remisión funcionará independientemente de la libertad preparatoria, cuyos plazos se registrarán, exclusivamente, por las normas específicas pertinentes.

El artículo 7o. de la aludida Ley, por otra parte, consagra dos fases del tratamiento: la de clasificación y la preliberacional. El tratamiento preliberacional, a su vez, comprenderá: I) información y orientación especiales y discusión con el interno y sus familiares de los aspectos personales y prácticos de su vida en libertad; II) métodos colectivos; III) concesión de mayor libertad dentro del establecimiento; IV) traslado a la institución abierta; y V) permiso de salida de fin de semana o diaria con reclusión nocturna o bien salida en días hábiles con reclusión de fin de semana (artículo 8o).

Como bien se sabe, en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, se habló de la crisis de confianza en el público por lo que respecta a la eficacia del encarcelamiento y a la capacidad de las instituciones correccionales para contribuir a la lucha contra la delincuencia o a la reducción de la criminalidad. Jacques Léauté, en su magnífico libro *Notre violence*,⁸ revela el carácter intrínseco de la violencia frente a la cual la amenaza de la cárcel no es la mejor solución.⁹ En el último Congreso de las Naciones Unidas se llegó incluso a declarar perjudicial el empleo del encarcelamiento, "al grado de que menoscaba la capacidad del delincuente para emprender una nueva vida dentro de la legalidad, una vez puesto en libertad". No obstante, se recomendó allí la ponderación y sensatez al señalar la crisis de la prisión, diciéndose de manera muy clara que no pocas instituciones carcelarias han demostrado hasta cierto grado su eficacia en la reeducación y rehabilitación social de los reclusos. En otro orden de ideas se señaló el efecto disuasivo e intimidante del encarcelamiento, así como la importancia del llamado "modelo médico" en el tratamiento curativo del inadaptado social. Sobre esto último que se dice no estoy de acuerdo. No me parece que, de manera general, la cárcel sea disuasiva e intimidante. Lo será, en todo caso, el miedo, que no es desde luego un buen factor de rehabilitación social. Nuestro artículo 18 Constitucional, por ejemplo, cuando habla del trabajo, de la capacitación

⁸ LÉAUTÉ, Jacques. *Notre violence*, Denoël, Paris, 1977.

⁹ Cfr. FONTRODONA, Mariano. *Cárceles en llamas*, Editorial Bruguera, Barcelona, 1978.

para el mismo y de la educación, le quita a la cárcel —por lo menos en teoría— el sentido de algo que encierra y priva de manera absoluta de la libertad. Son aquellos, a mi juicio, elementos que substituyen a la vieja idea de la prisión celular. Así que si se habla de cárcel no tiene por qué hablarse de disuasión e intimidación. Tampoco digo que la cárcel sea un premio, como no lo son el sanatorio o la clínica de salud.

Por lo que toca al llamado “modelo médico” siempre he sostenido que no encaja de manera especial en los presupuestos a que se refiere el artículo 18 de nuestra Constitución (trabajo, capacitación para el mismo y educación). No niego que tal modelo pueda rectificar casos patológicos de conductas desviadas. Lo que afirmo es que no es uno de los ejes fundamentales de la rehabilitación. El desadaptado social, el delincuente, salvo excepción, lo que necesitan es una rectificación moral de su conducta (moral, normativa y jurídica). En este sentido me remito al concepto de Carnelutti sobre la educación moral; por lo que comparto la idea de que “el problema de la reclusión es esencialmente un problema espiritual”. El modelo penitenciario interdisciplinario, a mi modo de ver, sirve hasta cierto punto; o sea, en tanto no sacrifique la personalidad espiritual del hombre. El quirófano y el gabinete médico, en las prisiones, son para casos de emergencia que no se pueden admitir como regla general.

Dicho todo lo anterior me parece que se puede hablar de una Política Criminal mexicana, de acuerdo con nuestra realidad jurídica y social. Afirma el profesor Fernández Doblado que las normas penales —yo diría las malas normas penales— manifiestan su ineficacia, por lo que su efecto y mensaje intimidante ya no es sentido por sus destinatarios. Yo añadiría que el Derecho Penal, según Rossi, es la más importante rama entre todas las de la Ciencia de las Leyes, ya por sus relaciones morales, bien por las políticas: “todo progreso de la ciencia penal —ha escrito Rossi— es un beneficio para la humanidad, y por ello economiza sufrimientos y, sobre todo, secunda la marcha del hombre hacia su desenvolvimiento moral”. Y progreso enorme es, ¡qué duda cabe!, el remplazo en nuestra disciplina del concepto draconiano de pena por el de substitutivo justo, generoso y humano. La idea de la represión penal, entre nosotros, arranca de los artículos 51 y 52 del Código Penal, a los que ya me he referido. De hecho me parece que la filosofía de tales preceptos corresponde, de alguna manera, a los modernos conceptos de *destipificación* y *despenalización*. Es una idea de represión penal, la nuestra, tamizada por una serie de elementos socio-culturales dentro de los que se desarrolla la personalidad del individuo, razón por la que el delito y la pena no corresponden a ese cuadro dramático y vejatorio para la dignidad humana y en que la función represiva del Estado anula, de golpe, toda posibilidad de rehabilitación. Las Naciones Unidas, al repasar ideas análogas, han aconsejado que el encarcelamiento del infractor sea entendido como el último recurso en el control social del crimen, limitándose a delincuentes que hay que neu-

tralizar en interés de la seguridad pública y de la protección del Estado. Además, son las mismas Naciones Unidas quienes han elaborado un nuevo concepto de prisión, si cabe el término. Es decir, los substitutivos, para ofrecer un ejemplo, no se deben considerar como soluciones radicalmente opuestas a la prisión, sino como alternativas de un sistema penitenciario. Se trata, en el fondo, de un nuevo sistema penitenciario integral. La meta es la rehabilitación en libertad; el camino, el tratamiento en semi-libertad como puente entre la privación de la libertad y el alcance total de ella de acuerdo con la reincorporación a la sociedad. Lo que sucede, en realidad, es que la idea retributiva de la pena ha roto substancialmente la armonía del Derecho, o sea, la equidad. Se pretende, equitativamente hablando, que la represión sea benéfica, por lo que no deberá causar daños mayores que aquellos ya causados por el delito. Lo contrario es la venganza, llámesela como se la llame. El substitutivo, en cambio, corresponde a la equidad.

Hay que añadir por último que si repasamos en nuestra Constitución el capítulo llamado *De las garantías individuales* nos encontraremos con que la eminente jurista inglesa Margery Fray, en abril de 1947, tuvo sobrada razón cuando al escribir sobre los Derechos del Hombre y del delincuente se preguntaba, angustiada: "Cuando se perdona la vida, ¿hasta qué punto está autorizado el Estado a despojar a un delincuente temporal o permanentemente de sus otras libertades? ¿Tiene el ser humano algunos derechos de los que la comunidad no puede despojarlo sin incurrir en una sanción moral?"¹⁰ El Constituyente mexicano busca, con afán, la más perfecta consagración de la libertad. El hecho es que miles de nuestros reos —hablo del mundo entero— son una simple cosa para el sistema represivo; como son *cosa* también miles de enfermos para un sistema hospitalario decadente. "Donde las leyes permiten que un hombre, en determinados casos, deje de ser una *persona* para convertirse en una *cosa*, no existe la libertad", dijo Beccaria. El abogado francés René Floriot ha escrito un libro impresionante: *Les erreurs judiciaires*. Dice Floriot: "El hombre más honesto, más respetado, puede ser víctima de la justicia. Sois buen padre, buen esposo, buen ciudadano y marcháis con la cabeza en alto. Pensáis que no tendréis jamás ninguna cuenta que rendir a los magistrados de vuestro país. ¿Qué fatalidad podrá haceros pasar por un hombre deshonesto, incluso por un criminal? Esta fatalidad existe, tiene un nombre: error judicial".¹¹ Yo creo que la fatalidad del error judicial es la más dramática de todas. Se hallan en juego la respetabilidad del Estado y la dignidad del hombre. Frente a esta incógnita que es siempre en el fondo la justicia humana, ¿se puede pensar en penas tan rigurosas que no permitan la más mínima expansión del sentido de la Justicia? O sea,

¹⁰ V. *Los derechos del hombre*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, p. 223.

¿se puede pensar en una Justicia injusta? La contradicción sorprende pero miles de años testifican a favor de ella.

x x x

A mi juicio no es posible hablar de substitutivos al margen del tema siempre vivo y lacerante de la pena de muerte. Francia conserva la pena capital. Habría que tomar en cuenta, para comprender el hecho, muchos factores. La presencia de una fuerte corriente de extranjeros, el tradicional espíritu conservador de los franceses, el miedo frente al auge creciente de la criminalidad, etcétera, son elementos importantes en la defensa —o supuesta defensa— de la pena capital. Yo lo comenté con mis amigos franceses y expresé mi opinión en el sentido de que no es congruente que un país como Francia, que prácticamente nos ha enseñado a amar y respetar la libertad, sea partidario de la última pena. Y para robustecer mis argumentos, sobre todo frente a un país que amo y respeto, señalé algunas incongruencias constitucionales —las que contiene el estudio precedente— que a mi juicio se presentan en México, por lo que toca a la pena capital. Hay quienes dicen que el asunto de la última pena se halla suficientemente debatido en el mundo científico. Este argumento no me convence. Además, en muchos países (he allí, por ejemplo, la comunidad islámica) la pena de muerte se practica y ejecuta todos los días. No es, en consecuencia, un asunto ajeno al Derecho Penal ni mucho menos un tema agotado.

Pues bien, una semana después de realizarse la mesa redonda en la que participé en París, la Asamblea Permanente del Consejo de Europa, reunida en la ciudad de Strasbourg, se pronunció en contra de la pena capital (concretamente el martes 22 de abril de 1980). El Consejo, en efecto, ha recomendado, a diferencia de lo que hizo en 1975, la abolición de la pena de muerte en tiempos de paz. Seis Estados miembros del Consejo de Europa, no obstante, son totalmente abolicionistas (comprendidos, incluso, los tiempos de guerra): Austria, Dinamarca, Islandia, Luxemburgo, Noruega y la República Federal de Alemania. Al contrario, siete de veintinueve países miembros del Consejo de Europa, mantiene la pena capital para los crímenes cometidos en tiempos de paz: Bélgica, Chipre, Francia, Grecia, Irlanda, Liechtenstein y Turquía. De estos siete Estados, uno solo la aplica: Francia (la última ejecución francesa fue la de Hamida Djandoubi, en 1977). El diputado sueco a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Carl Lidbom (social-demócrata), ha dicho: “Nosotros, los diputados de numerosos países europeos que estamos profundamente ligados a Francia, a su lengua, a su cultura y a sus tradiciones, y a quienes nos gustaría ver a Francia constantemente en primera línea dentro de la lucha por la libertad y por los Derechos del Hom-

bre, nos quedamos estupefactos y desolados de ver a Francia deshonorarse por este triste *récord*".

Palabras duras pero que revelan una realidad, más que en contra de un país en contra de la subsistencia de una pena bárbara. El mismo diputado francés Emile Kochl (de la Unión Democrática Francesa) señaló en Strasbourg que la teoría de la ejemplaridad de la pena de muerte aparece como la justificación racional de una pasión; o sea, que la pena de muerte no es ejemplar y que al pretenderlo sólo se busca defender una ira. La ira del Estado, que muy a menudo se vuelve poder despótico del Estado.