

Una *explicación dual* del castigo. Comentario crítico de la propuesta de Von Hirsch y Hörnle*.

MARÍA MARTÍN LORENZO

Profesor Ayudante de Derecho Penal UCM

La sorpresa que supuso la noticia de la publicación de la traducción al castellano de la obra reseñada del profesor Von Hirsch y el interés, renovado, por ella tienen su origen en la lectura del artículo de este autor junto con Tatjana Hörnle, publicado en 1995. Apreciar un registro distinto en el discurso dogmático, repetitivo en muchas ocasiones, sobre los fines de la pena y la concepción del castigo en general, en una construcción que además posee la virtud de relacionar una teoría que se desenvuelve sobre todo en el ámbito anglosajón: la teoría del merecimiento (1) y otra que ocupa a la dogmática continen-

(*) Las obras de referencia son: VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, traducción de Elena Larrauri, Madrid, 1998. (Censure and Sanctions, Oxford University Press, Oxford, 1993) y HÖRNLE, Tatjana /VON HIRSCH, Andrew, «Positive Generalprävention und Tadel», GA 1995, pp. 261-282. Creo imprescindible destacar la labor de traducción e introducción de Elena Larrauri, que sin duda contribuirá como acicate del interés por la obra de autores alejados de los nombres habituales en las publicaciones españolas, como Andrew von Hirsch, y por otros sistemas jurídicos.

(1) Para SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 34 ss., las teorías del merecimiento o de la culpabilidad (*just-deserts-theory* o *just-deserts-movement*) son el centro del «neoclasicismo», denominación que recibe el movimiento que «pretende someter a control al poder punitivo del Estado, exigiendo del mismo una estricta vinculación a los principios de previsibilidad, seguridad jurídica, igualdad y estricta proporcionalidad» que, para muchos, es una importación de los Estados Unidos que allí tuvo sentido como oposición a la ideología del tratamiento, pero que en Europa ha de aportar algo distinto

tal, alemana: la teoría de la prevención general positiva (2), son motivos más que suficientes para justificar la idea de elaborar una nota crítica de estas dos obras. Que se refiera a ambas tiene también una explicación. Mientras que la monografía del año 1993 esboza una concepción del castigo dentro de las teorías del merecimiento con el objetivo de garantizar la proporcionalidad, sin desarrollar teóricamente muchas de las cuestiones problemáticas del traslado de su base filosófica al Derecho penal, pero intentando dar una visión completa sobre los problemas de aplicación de las penas, con numerosas referencias a las experiencias en países como Inglaterra, Suecia, Finlandia y, sobre todo, Estados Unidos; el artículo de 1995 expone con mayor detalle su elaboración del concepto de sanción y su elemento de censura a partir de la filosofía de P. F. Strawson y sus problemas de legitimación en el ámbito penal, desde una perspectiva crítica de las teorías de la prevención general positiva, en concreto de su versión funcionalista, que imperan en Alemania en la justificación de la pena. Ambas obras se complementan en la tarea de reflexionar sobre el castigo, que el propio Von Hirsch califica como un «tema fascinante pero incómodo» (p. 20) (3).

En *Censure and Sanctions* el autor facilita desde el principio (Introducción, pp. 23 ss.) el tema y la organización de la obra y, lo que es más importante, tres pilares que califica como asunciones en que se basa el libro. No es en vano, porque el desenvolvimiento posterior remite una y otra vez a ellas para fundamentar las soluciones que elabora: la justicia es la aspiración primera del sistema de sanciones; la benignidad cuenta, pero no presupone unos determinados fines de la pena; y una visión del sistema penal acorde con una sociedad

porque no existe contra lo que reaccionar. Se suma a las críticas hechas a estas teorías acerca de su limitación a los aspectos formales sin conseguir una disminución de las penas, su rechazo a instituciones que implican una flexibilización en la ejecución de la pena privativa de libertad y, en definitiva, le objeta la ausencia de una dimensión material imprescindible que sigue incluyendo a la resocialización. Sin embargo, creo que la lectura de la obra de VON HIRSCH contesta a estas críticas. Propone una estrategia reduccionista a la hora de anclar las penas (capítulo 5), ofrece criterios para regular la aplicación de penas no privativas de libertad (capítulo 7), y se preocupa no sólo de la proporcionalidad, sino de la humanidad de las penas y de evitar la instrumentalización del individuo bajo pretextos utilitaristas (capítulo 9).

(2) Un tratamiento exhaustivo del tema se encuentra en PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, 1990.

(3) La indicación de la página o páginas del original se hará mencionando únicamente el número, sin especificar de cuál de los dos trabajos se trata, porque dado que la monografía tiene 181 páginas y el artículo comienza en la página 261, no hay posibilidad de que se solapen y confundan.

democrática que los ciudadanos libres diseñan para regular su conducta y no como catálogo frente a los otros que son delincuentes, «del tipo del que la gente aceptaría como forma de ayudarles a vencer sus propias tentaciones, al tiempo que respeta su capacidad de elegir» (p. 29). También en el texto publicado en 1995 señalan los autores dos premisas básicas en su concepción (p. 267): 1. Los dos elementos constitutivos de la pena, «Tadel» y «Übelszufügung» (4), que la tradición conoce vinculados aunque son concebibles modelos que los escindan, pueden separarse analíticamente (5). La *ratio* de la censura es la transmisión de un mensaje, mientras que la imposición de un mal reclama una *ratio* distinta porque, en otro caso, bastaría con limitarse a aquella. 2. En la relación violencia estatal/ciudadano, el Estado debe dirigirse al ciudadano como capaz de juicios éticos, como agente responsable por sí mismo. Esta premisa determina el dominio de la censura en la relación de ambos componentes. El Derecho penal debe recurrir en primer lugar a medios que se dirijan a las capacidades de autorreflexión y de comunicación de los hombres y sólo en segundo lugar debe construirse sobre mecanismos que operan con la amenaza. Esta visión del hombre, que sirve de apoyo tanto a su forma de entender el sistema penal como a la configuración de las relaciones estado/ciudadano en general, es una de las ideas centrales de la teoría de Von Hirsch, una concepción que reconoce al sujeto como persona

(4) Son traducidos por LARRAURI en *Censurar y Castigar* como «censura» y «sufrimiento», mientras que SÁNCHEZ-OSTIZ (en su traducción de un artículo de SCHÜNEMANN, «Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva» en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1997, pp. 89-100) traduce del alemán «Tadel» y «Übelszufügung» como «reproche moral» y «consecuencias perjudiciales». Encuentro más acertado el término «censura» porque parece claro desde el inglés original y, sobre todo, porque el vocablo alemán que suele traducirse como «reproche», al menos en la tradición dogmática penal, es «Vorwurf», teniendo ambas palabras reminiscencias retributivas en los dos idiomas de las que expresamente buscan huir estos autores (p. 281) También el término sufrimiento es más expresivo del elemento de la pena que lleva la carga de desincentivo prudencial, que desde luego se «sufre» por su carácter intromisivo e incluso humillante (como luego destaca VON HIRSCH, p. 132), característico de la sanción penal que el propuesto por SÁNCHEZ-OSTIZ. La traducción literal del alemán, «imposición de un mal», se acomoda también más a la idea de sufrimiento.

(5) SCHÜNEMANN, «Sobre la crítica...», p. 93, se muestra muy crítico con esta distinción, que califica de «diferencia horizontal», que es un dudoso desdoblamiento de la legitimación del mal que supone la pena. Propone, en cambio, una distinción basada en la relación de niveles entre objeto del lenguaje, la pena se impone por razones preventivas, y metalenguaje, la pena es un reproche que puede tener consecuencias simbólicas y efectos de prevención general positiva.

que asume que puede ofender a los demás y que por eso se le puede hacer un reproche y exigir responsabilidad.

En el capítulo dos, rubricado como «Censura y proporcionalidad» (pp. 31 ss.), ofrece su justificación general del castigo basada en el merecimiento, orientada siempre al criterio de la proporcionalidad del castigo como exigencia de justicia en la relación entre justificación y cantidad de castigo, tan importante o más para él que lo anterior. El mismo tema es desarrollado en el artículo, donde el objetivo es esbozar un fundamento de una teoría de la pena que contenga los elementos de la prevención general positiva pero sin partir de una legitimación exclusivamente instrumental, de la que expresamente se apartan los autores al cuestionar tanto su eficacia como admisibilidad ética. Es necesaria una legitimación fundamentada éticamente. Su teoría se basa en que es legítimo reaccionar a las lesiones de bienes jurídicos protegidos penalmente (en todo caso en lo referido al núcleo del Derecho penal) con una censura porque ella es una consecuencia *adecuada* («angemessen») a tales lesiones. En palabras del propio Von Hirsch, «Defenderé una concepción de la pena que enfatiza su carácter reprobatorio y expondré por qué esta justificación del castigo tiene rasgos de reprobación y también de prevención. Ello me obligará a explorar también la relación existente entre los aspectos de censura y prevención presentes en el castigo» (p. 32). La sanción penal se caracteriza y distingue de una simple medida por su aptitud para expresar censura, se le impone a alguien un sufrimiento porque supuestamente ha realizado un daño de tal forma que con ello se manifiesta desaprobación (de la persona) por ese comportamiento. El término censura («Tadel») se emplea como sinónimo del concepto de juicio desvalorativo que convencionalmente se usa en Derecho penal (pp. 35, 265).

El primer porqué que suscita esta definición del castigo afecta a ese carácter reprobatorio. La labor que emprenden primero Von Hirsch y luego más concienzudamente ambos autores es demostrar la autorización del Estado para reaccionar frente a formas de comportamiento jurídico-penalmente relevantes con la censura. La hipótesis de que se trata de una reacción adecuada es estructurada en varios pasos sucesivos en el artículo de 1995 (pp. 271 ss.).

1. Para avalar que la respuesta penal tenga que expresar reproche acuden al filósofo inglés P. F. Strawson («Freedom and Resentment», en *Freedom and Resentment*, Londres, 1974) (6) y a su idea de

(6) Hay una traducción española reciente de la obra de 1974. P. F. STRAWSON, «Libertad y resentimiento» en *Libertad y resentimiento*, traducción de Juan José Acero, Barcelona, 1995, pp. 37-67.

que la actitud de desaprobación moral que aparece cuando alguien percibe una acción a través de la cual se lesiona a otro de forma reprochable y las consecuencias de la lesión no afectan al que percibe mismo, sino a terceros (7) es un elemento básico de la complicada red de actitudes y sentimientos que forman una parte esencial de la vida moral. Sin embargo, de la constatación de la existencia de una estructura de sentimientos y actitudes morales no se puede pasar correctamente a su obligatoriedad normativa.

2. Es necesario probar que ese catálogo de actitudes reactivas es digno de aprecio, y lo hacen con el argumento de que la comunicación del juicio desvalorativo se basa en el reconocimiento de la persona como agente con autoridad moral autónoma y le permite reaccionar como tal, asumiendo lo que ha hecho, disculpándose o haciendo ver que no era responsable, pero sin intentar evocar concretos sentimientos como arrepentimiento. Si se renuncia a la confrontación se le trataría como a un animal, aunque la pura intimidación o la modificación del medio ambiente pueda ser efectiva. Pero la argumentación sobre la censura en el ámbito cotidiano no garantiza que pueda ser trasladada al contexto jurídico-penal.

3. Frente a los que cuestionan la posibilidad de emitir un juicio desvalorativo censor en el ámbito penal porque falta la posibilidad de una comunicación personal, niegan que exista una diferencia esencial entre la censura en el ámbito cotidiano y en el penal. Es una diferencia de grado en cuanto que la gravedad creciente del reproche y la elevada formalización del procedimiento limitan fuertemente el espacio de juego para disculpas, pero, en cualquier caso, ni la autorización de la censura depende en la vida cotidiana de la ilimitada amplitud de la ejecución, ni el Derecho penal adolece de total inflexibilidad en la práctica. Por último, la medida del conocimiento necesario depende de la relevancia para el juicio censor, de modo que si la limitación del discurso de disculpa no conduce a dudar de la legitimidad del reproche, las lagunas del juez respecto a la personalidad del autor no constituyen ningún otro problema independiente. Por todo ello entienden que puede trasladarse «el núcleo de la argumentación de la autorización de la censura en la moral cotidiana al Derecho penal. También aquí tiene el penado la posibilidad de reaccionar a la censura expre-

(7) Con ello destacan que se trata de lo que STRAWSON, «Libertad y resentimiento», pp. 53 ss., denomina «actitud reactiva vicaria» y que define como «reacciones a las cualidades de la voluntad de los demás, no hacia nosotros mismos, [actitud reactiva personal y autorreactiva] sino hacia los demás (...) es este carácter impersonal o vicario de la actitud (...) lo que le otorga la cualificación de «moral».

sada en su pena como humano que juzga moralmente» (pp. 274 y 275). El punto de partida sobre las relaciones entre Estado y ciudadano impide la imposición de sanciones neutrales que son un puro control de fieras y eleva a fundamental a la censura como elemento irrenunciable de la sanción penal. A ello se suma que con ella se aclara a la víctima que ha sido lesionada a través del fallo de otro y no por un mero suceso equiparable a un accidente natural. Admitida la posibilidad, aclaran otros puntos conflictivos de su concepción reprobatoria del castigo.

4. La institución de la censura es incompatible con un determinismo consecuente o duro. Con la constatación de Strawson de que las formas básicas de reacción humana presuponen como premisa la libertad de voluntad, no puede contradecirse totalmente la tesis del determinismo extremo porque queda pendiente la legitimidad de las prácticas descritas. En realidad, la contundencia del argumento radica en mostrar cuánto se arrojaría por la borda si la tesis del determinismo riguroso se convierte en premisa: no sólo habría que renunciar al reproche, sino que prácticamente todos los esfuerzos preventivos serían inútiles porque una influencia organizada de modo activo sobre la carrera de los acontecimientos está excluida. «El filósofo del derecho que esté preparado para aceptar estas consecuencias dramáticas puede continuar manteniendo un determinismo riguroso. Nosotros lo consideramos inverosímil» (p. 276).

5. En esta exposición de la censura como una respuesta adecuada queda pendiente la cuestión de su justificación en el caso concreto porque, como muestra Kohlberg (*The Meaning and Measurement of Moral Development*, Worcester, Mass., 1981 y *The Philosophy of Moral Development*, San Francisco, 1981), el desarrollo moral no es uniforme en todas las personas y hay estadios en los que la persona no puede entender la censura y sus acciones sólo pueden ser dirigidas por el criterio de la evitación de consecuencias desagradables. Pero tampoco puede hablarse del desarrollo moral como momento único, sino que es un proceso que dura toda la vida y sin una adscripción definitiva a un nivel. La legitimidad de la censura en el caso particular depende de si se realiza frente a quien está en posición de trascender a su estado de desarrollo presente y esa censura puede influir en el proceso de desarrollo. Lo contrario acontece cuando el sujeto no puede reaccionar de forma duradera a las formas del discurso moral y la censura es ilegítima.

6. Destacan la necesidad de engarzar la reprochabilidad con la materia prohibida a través de una teoría de la criminalización para huir del puro positivismo legal ciego en la definición de «reprochabi-

lidad»: sólo cuando se haya determinado qué conductas son tan reprochables que parecen proporcionadas las consecuencias jurídico-penales, puede aplicarse la argumentación anterior de la autorización de la censura.

7. Aun cuando la legitimidad de la censura se construye desde un punto de vista retrospectivo, puede asignársele el rol de dirigirse a terceros suministrando razones para no delinquir, pero en ningún caso puede legitimar exclusivamente el castigo. Esta función de llamada a terceros ya la tiene, junto a la censura en forma de pena impuesta en el caso concreto, la respectiva norma penal. El Derecho penal presupone la existencia de normas de deber inequívocas que formulan la pretensión de regular *ex ante* conductas. Para estos autores lo más plausible es que el Derecho penal apele a actitudes éticas ya preexistentes y, coincidiendo en este punto con la prevención general positiva, sería deseable que la función de llamada pudiera contribuir, en el camino de los procesos de dirección de conductas, a largo plazo al control de la criminalidad (p. 278). Von Hirsch (p. 37) sitúa la sanción penal entre una educativa y una neutral que busca la mera conformidad, como aquella que debe proporcionar buenas razones que muestren el carácter dañino de la conducta, al que se apela como razón para abstenerse de llevarla a cabo. A la luz de tal planteamiento parece clara la pendencia de la teoría del acierto en la catalogación de los tipos penales. Se apela al daño que la conducta conlleva como razón disuasiva y se piensa que el Derecho penal responde a criterios éticos previos y que esa identificación es la base de la eficacia del mismo en la evitación del delito, sin rechazar una mínima influencia en la conformación de futuras actitudes. La justificación abstracta del castigo sólo tiene sentido en un sistema ideal en el que los criterios de criminalización estén presididos por la censurabilidad de las distintas conductas desde la perspectiva de la mayoría, aunque puedan incluirse otros derivados en general de la visión antropológica de la que se parte. Sería imaginable un modelo que puniera acciones no percibidas como dignas de reproche, pero a las que un puro positivismo legal se lo atribuyera igualando reprochabilidad y punición legal. Si la imagen del hombre de la que se parte es la de un sujeto que se orienta por «la autoridad», la razón para abstenerse de la conducta que lleva aparejada pena es la imposición por la autoridad. Pero si se insiste en un sujeto capaz de juicios morales y que no necesita del Derecho penal para decidir qué juzga correcto, el mandato de la autoridad no es motivo, al menos decisivo, para ordenar su comportamiento, por lo que seguirá guiándose por sus principios, siendo incluso crítico con el sistema que le pretenden imponer.

Volviendo a la exposición de los dos autores, la pena se diferencia de la simple censura en que el juicio de desvalor se expresa en una limitación material que se impone al autor. El segundo elemento: el sufrimiento (p. 279) aboca a los fines preventivos como razón que determina la preferencia por una pena frente a la pura censura y no se conforma con meras razones de aseveración de la censura. Si se parte de un hombre capaz de juicios morales, pero también falible, y del desarrollo de un sistema de sanciones que ha de aplicarse al propio comportamiento, se optará por un sistema que no sólo comunica juicios verbales, sino que en la medida adecuada amenaza con la imposición de un mal. El fin de este elemento desalentador sería dar al agente complementariamente a las causas normativas que están corporizadas en el juicio desvalorativo un motivo apelante a la razón para resistir la tentación, un estímulo a la fidelidad a la norma como apoyo de sus propias expectativas. De nuevo, el «buen funcionamiento» del sistema penal está vinculado a que su catálogo de conductas delictivas, y por tanto merecedoras de reproche, refleje las valoraciones sociales y, con ello, insisten en la importancia que una buena teoría de la criminalización tiene para que su concepción del castigo tenga sentido. En tanto se mantenga el presupuesto de que el mal amenazado es moderado, de modo que el peso de la amenaza no supera la llamada normativa de la censura y constituye un desincentivo prudencial adicional, el sistema trata a los destinatarios como actuantes responsables. La relación entre los dos componentes de su «*explicación dual del castigo*», censura y prevención, es de primacía de la función reprobatoria, dentro de cuyo marco opera la prevención. Esta jerarquía deriva directamente de su concepción del hombre. La dignidad del hombre hace imposible la mera existencia de sanciones neutrales. Sin embargo, la primacía de la censura hace posible imaginar sanciones inocuas pero con el componente desaprobatorio, si no existen razones preventivas para mantener el castigo. Así de tajante se muestra Von Hirsch: «La prevención, en la explicación que acabo de ofrecer, no basta. Si la sanción expresa reproche, también puede suministrar este desincentivo prudencial que he escrito —el medio para vencer la tentación—. Pero si *sólo* impone sufrimiento, es control de tigres». (p. 40). Si embargo, esta relación y jerarquía no es tan armoniosa como pretende el autor. Tres afirmaciones parecen claras. Sólo cabe una sanción si expresa censura, pero puede limitarse a esa expresión sin llevar aparejado el sufrimiento. No es admisible una sanción que inflija un mal, cualquiera que sea el motivo, sin manifestar reproche. Para hablar de castigo, con el ingrediente de sufrimiento, hay que sumar un elemento reprobatorio y las necesidades preventivas. Y con

ello creo que una cuarta, si no he entendido mal, el fundamento de la pena es la prevención. Es ella el sumando que unido a la irrenunciable censura arroja como saldo la pena tal y como la entendemos y no una inocua medida desaprobatoria. El paso de la sanción censora simbólica a la sanción, también censora, pero con un componente de sufrimiento se apoya en los fines preventivos. La eludida justificación instrumental aparece de nuevo al preferir la pena con sus dos componentes a un mero catálogo de «medidas», sanciones o no, censoras (8).

Intentan evitar que su propuesta sea sólo parcialmente entendida y por ello erróneamente adscrita a alguno de los nombres tradicionales, por lo menos en la dogmática alemana. Se aproximan a las tesis preventivo general positivas en cuanto parten de una función de llamada a terceros tanto de la amenaza penal como de la pena impuesta y les parece plausible esperar de esa llamada un moderado efecto preventivo, pero no pretenden justificar el componente de la censura con efectos preventivos que ni son demostrables empíricamente ni idóneos como fundamento de legitimación. Aunque sin olvidar que no parece haber mayor problema en justificar el componente del sufrimiento con esos efectos. Sostienen que además su concepción se ajusta mejor a las estructuras retrospectivas inmanentes a la institución de la pena (p. 281) como el procedimiento penal que intenta reconstruir un hecho pasado o la pena que se impone como reacción a un injusto pasado. No renuncian, sin embargo, a la perspectiva prospectiva que supone la prevención como fundamento de la pena. Pero tampoco recurren a las teorías rubricadas como «absolutas», porque la justificación de la censura no precisa ulteriores consecuencias como la venganza, que supone una imposición de daños que no se legitima con esta argumentación retrospectiva. Simplemente en la búsqueda de una base racional para elaborar la legitimación de la pena al margen de una fundamentación orientada a las consecuencias acuden a otros aspectos de la filosofía práctica, como, por otra parte, hacen otros autores que, por ejemplo, recurren a la ética discursiva. Su análisis enraza con la tradición de la filosofía analítica anglosajona, que se distingue por un trato pragmático con valoraciones éticas. Una premisa central es que los conceptos éticos pueden ser empleados de forma razonable sin disolver las dificultades de la fun-

(8) La misma objeción se plantea a su teoría para anclar la escala de penas basada en una estrategia preventiva renovada, que parte de la justificación del castigo que se acaba de describir: «la única razón para preferir la sanción penal a un sistema exclusivo de censura (o de censura acompañada por sanciones simbólicas) es que la sanción tiene una función preventiva» (p. 73).

damentación metafísica en consecuencias últimas. La censura es un componente de la comunicación humana al que sirve de base una lógica que puede ser examinada y aprovechada, incluso si la cuestión sobre las condiciones de validez tiene que quedar abierta a partir de un determinado punto del análisis (p. 282).

En este punto se queda la publicación de 1995, que se limita a destacar, como consecuencia de esta teoría en la medición de la pena, la relevancia del principio de proporcionalidad. Precisamente la monografía pasa de esta justificación general al *quantum* del castigo al explicar la proporcionalidad desde su concepción con tres pasos: las sanciones estatales deben expresar censura (argumento ético); la severidad de la sanción expresa la gravedad del reproche (el sufrimiento es el medio a través del cual se expresa la condena); las sanciones punitivas deben ser ordenadas de acuerdo con el grado de reproche (gravedad) de la conducta. Esta explicación es compatible con su justificación dual del castigo, sin que sea necesaria la exclusividad de la función reprobatoria, pero no permite un aumento de la severidad fundado en razones preventivas, porque este incremento conlleva mayor censura y ésta ha de ser justificada en virtud de la gravedad del comportamiento delictivo.

La distinción entre proporcionalidad ordinal y cardinal permite precisar el principio. La proporcionalidad ordinal requiere paridad entre la gravedad de los delitos y la severidad de las sanciones, graduación de la severidad de acuerdo con el rango de gravedad del delito y espaciar las penas dependiendo de la gravedad de la conducta. La proporcionalidad cardinal alude a los límites a la severidad del castigo a la hora de expresar la desaprobación, ya que ésta es una convención y puede variar. Esta distinción explica por qué no se puede hablar de una única pena proporcional, depende de cómo se haya anclado la escala de penas y de los castigos previstos para otros delitos.

La tercera parte de esta obra (pp. 49 ss.) ejemplifica otro de sus atractivos, la completa exposición y rigurosa crítica de otras teorías sobre la justificación y medición del castigo. En este capítulo examina la propuesta de Braithwaite y Pettit (*Not Just Deserts: A Republican Theory of Justice*, Oxford, 1990). Plantean una teoría consecuencialista que, manteniendo los caracteres prospectivos y agregativos del cálculo utilitario, enfatiza las nociones de autonomía y elección y acepta un rol desaprobatorio del castigo. Modifican la medida clásica del utilitarismo, «mal», para ponderar la pérdida de «dominio», entendido como autodeterminación, causada por los delitos y proponen una estrategia reduccionista como factor para determinar el castigo. El papel de la censura, asimilada al estigma, en este

esquema es instrumental, como estímulo de comportamientos obedientes, lo que permite separar la censura de la severidad del castigo. Esos rasgos de la censura y los prospectivos y agregativos del utilitarismo centran las críticas de Von Hirsch, siempre desde la defensa de la proporcionalidad, porque permiten un mayor castigo siempre que el saldo entre el dominio ganado por terceros potenciales víctimas y el perdido por los castigados sea positivo. También la estrategia reduccionista característica de su teoría de la medición del castigo es cuestionada posteriormente al enfrentar a ella la versión revisada de Von Hirsch (Capítulo 5, p. 76).

El intento de ofrecer una base teórica que guíe la decisión práctica sobre el castigo y su magnitud obliga a Von Hirsch a concretar los dos términos de su ecuación, severidad de las penas y gravedad de los delitos (Capítulo 4, pp. 61 ss.). La gravedad del delito está en función de la culpabilidad del autor y de la gravedad del daño. La consideración de que el propio Derecho penal proporciona criterios para medir la culpabilidad: diferenciación entre la conducta intencionada y la imprudente, eximentes (incompletas) como el miedo insuperable, capacidad de actuación disminuida, etc., le lleva a centrar sus esfuerzos en la gravedad del daño. Propone, junto a Jareborg («Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis», *Oxford Journal of Legal Studies* 11, 1991, 1-38), como criterio *la afectación al estándar de vida de una persona* (p. 63), entendido, siguiendo a Amartya Sen (*The Standard of Living*, Cambridge, 1987), como los medios o capacidades, unos materiales y otros no, que *normalmente* hacen posible una buena calidad de vida. La técnica, respecto a los delitos en que la víctima es identificable, sigue los siguientes pasos: distinguir los intereses normalmente afectados por un delito (integridad física, medios materiales y comodidades, integridad personal y privacidad la mayoría de las veces); valorar la importancia de cada dimensión por su significado para el estándar de vida de una persona, pudiéndose comparar entre dimensiones dentro del mismo delito y entre delitos distintos al mantener siempre el mismo criterio. Para facilitar esta evaluación sugiere graduar a su vez el estándar de vida distinguiendo cuatro niveles: subsistencia, bienestar mínimo, bienestar adecuado y bienestar intenso. Por último, admite excepcionales desviaciones de los medios y capacidades estándar de calidad de vida. Las ventajas de este criterio, que como guía no puede sustituir la valoración del que enjuicia, sino sólo aportar principios directores, radican en que parece adaptarse bien a la forma en que normalmente juzgamos el daño, permite atender a experiencias externas al Derecho penal y atiende a la variación cultural.

Entiendo que este planteamiento es una de las mayores aportaciones del autor. A la tradicional crítica a las teorías del merecimiento respecto a la indeterminación de la pena que conllevan, por cuanto no ofrecen criterios que concreten cuánto es lo proporcional y cuánto no, o cómo se traduce el reproche en cantidad de pena, enfrenta un baremo claro e inmediato para evaluar el daño, con la indudable ventaja de su referencia a la normalidad para ganar en objetividad y generalidad. Pero su propuesta no está exenta de problemas (9). Si la determinación de la gravedad del daño se hace en función de su afectación al estándar de vida de una persona, no es extraño que se centre en explicar el sistema en los delitos con víctima identificable. Pero esta identificación no siempre es posible. Ni siquiera en el núcleo del Derecho penal, que es el referente de Von Hirsch, todos los delitos son delitos con una víctima individualizada, por ejemplo no es así en el caso de los comportamientos que omiten el deber de contribución fiscal. Restaría por proporcionar el patrón de medida para la otra parte del Derecho penal, aquella en que la conducta delictiva no recae sobre una persona o personas concretas sino que afecta a otros intereses de titularidad más general. Pero incluso en los «delitos con víctima» no está claro qué ocurre si son varias personas las que padecen la lesión, por ejemplo, respecto a un robo. Si en un caso un individuo se apodera de bienes cuya titularidad comparten varias personas por un valor de 10.000.000 de pesetas y a continuación de otros por el mismo valor de un único propietario, no cabe duda que en el segundo caso se afecta al estándar de vida más intensamente que en el primero, porque la disminución patrimonial es diversa, aunque la conducta del sujeto es idéntica. ¿Debe imponérsele una pena menos severa en el primer caso, por el mero hecho de que afortunadamente se trataba de una propiedad compartida? ¿Cómo se relaciona la intensidad de la afectación a una persona con el espectro de afectados? (10). Esta forma de proceder, por otra parte, se asemeja a una teoría de la criminalización

(9) Los propios autores asumen que no hay una forma de computación unitaria que pueda explicar la dimensión del año en todos los tipos de delitos y que son necesarios otros criterios distintos al del análisis del estándar de vida. «Gauging Criminal Harm...», p. 34.

(10) VON HIRSCH y JAREBORG enumeran una serie de casos «complicados»: delitos en los que la víctima es una clase de personas, no una persona individual; delitos que precisan de la acumulación de las acciones de varias personas para realizarse; tipos que sólo tienen lugar a través del consentimiento de la víctima; figuras delictivas que se basan en los deberes de la ciudadanía; e, incluso, casos en que se protegen intereses en sí mismos más que en relación con su incidencia en el bienestar humano. «Gauging Criminal Harm...», pp. 33 y 34.

y del bien jurídico. Es decir, más que, una vez establecidos los tipos, decidir la gravedad del daño, es la virtualidad lesiva que manifieste la conducta, según el criterio de Von Hirsch, la que delimitaría qué es lo que ha de penalizarse y en qué medida. La graduación del estándar en cuatro niveles puede emplearse en tal sentido, entendiéndose que el castigo más grave corresponde a los comportamientos que afecten al nivel de subsistencia y así sucesivamente. En esta definición de lo que debe ser objeto de sanción hay que tener presente el papel que ha de desempeñar la censura. No es que todo lo reprochable haya de ser delito, pero para que un comportamiento sea delito ha de ser claramente reprochable.

La valoración de la severidad de los castigos es un campo poco atendido, en gran medida debido al dominio en el catálogo de penas de la prisión, fácilmente mensurable. Propone un análisis paralelo y con ventajas semejantes al efectuado en relación con la gravedad del daño. Acude al criterio de *impacto en el estándar de vida de una persona de la pena* (p. 68), pero con una modificación del catálogo de intereses afectados, que son más frecuentemente la libertad de movimiento, la capacidad económica, etc.

La exposición es mucho más escasa que la ofrecida con relación a la gravedad del daño y en ella no queda claro cómo se compatibiliza la necesidad de que la pena haya de ser desagradable con que ello no sea lo único importante. Por ejemplo, si una multa de 45 millones de pesetas es en principio desagradable, para un millonario puede serlo mucho menos. ¿Cómo se logra que el castigo cumpla su función dual? La pena puede ser proporcional o ser la merecida, en función del impacto en el estándar de vida; pero a ese sujeto va a ser difícil que le llegue la censura vinculada a un sufrimiento que no es tal, incluso para el resto de la sociedad, puede parecer absolutamente injusto que a un rico empresario se le imponga una multa de escasa cuantía en relación con su capital, que sin embargo es alta para un parado. Si se manejan intereses cuyo valor es prácticamente idéntico para todos, como la libertad, no hay problema, pero si se trata de bienes económicos, la situación introduce discriminaciones de la mano de las que socialmente ya existen.

La determinación del marco de la proporcionalidad cardinal es la primera demanda de la definición de la escala de penas (Capítulo 5, pp. 71 ss.) conforme a tal principio. De la comparación entre la gravedad del delito (determinada con el criterio del estándar de vida) y la severidad de la sanción prevista se obtiene un calificativo de desproporcionada, «los intereses vitales de las personas castigadas están siendo trivializados cuando se imponen privaciones drásticas para

expresar exclusivamente un grado ínfimo de censura» (p. 72) (correspondiente a un daño leve). En todo caso, ese límite superior de la proporcionalidad cardinal es una zona sombreada, no una fina y precisa línea. Sobre el límite inferior de la escala, asume la crítica de Jareborg (*Essays in Criminal Law*, Uppsala, 1988) y admite que, según su modelo dual, el mantenimiento de la sanción penal no es necesario más que por necesidades preventivas, y que sería posible llegar a un catálogo de sanciones simbólicas que expresaran censura mientras no se produzca la pérdida de esa función preventiva, aunque la realidad parece demandar más bien mayor severidad. Pero no es fácil compatibilizar su concepción, en la que la censura se manifiesta a través del sufrimiento hasta tal punto que no debe ser ese sufrimiento mayor que el reproche que el comportamiento merece, con un catálogo de teóricas sanciones simbólicas que encarnaran a la censura sin el componente del sufrimiento. En teoría, mientras no exista una necesidad preventiva se puede eliminar el sufrimiento, pero con ello se elimina el medio de expresión de la censura y no está claro que haya otra forma de expresar esa desvaloración en el ámbito penal que imponiendo una pena con un contenido desagradable. Pero, si se reconoce el papel protagonista a la censura y se logra concebir vehículos para manifestarla distintos del contenido dañino de una pena, en ningún caso se necesitaría una medida que busque la prevención mediante el sufrimiento, bastando con la exteriorización de la censura, porque se estaría imponiendo ese sufrimiento sólo para lograr la prevención y atendiendo a los efectos inhibitorios que pueda provocar en terceros. Ni siquiera manteniendo en un nivel mínimo el sufrimiento se escapa a la justificación utilitarista porque si el argumento que justifica la imposición de consecuencias perjudiciales es que el sujeto moral prefiera un desincentivo adicional, la pena en sí no lo garantiza en cuanto que la eficacia preventiva depende de más datos que el carácter desagradable de la sanción... Por otro lado, ¿cómo y dónde se establece el límite entre lo tolerable y lo que no lo es, si en su propia explicación recuerda el obstáculo que la política puede ser a una escala no severa de penas? Esto es lo que el autor intenta evitar desde el principio, la exclusiva legitimación funcional. La única forma de defender su concepción es que la censura precise de la pena tal y como hoy se entiende, o que no sea precisa la prevención, porque, si no, cae en el empleo utilitarista del sufrimiento. Por todo ello no es demasiado coherente su idea de que «son las preocupaciones preventivas y no las exigencias de la proporcionalidad cardinal las que en últimas limitan esta reducción de penas» (p. 73).

Desde el respeto a esos límites exteriores hay que buscar los principios que permitan determinar el punto inicial de la escala, anclarla sin que la falta de respuesta de la proporcionalidad en este punto invalide la teoría del merecimiento salvo que se pretenda una globalidad (desaconsejable en su opinión) del modelo. Su propuesta es adoptar una estrategia reduccionista desde la teoría del merecimiento, que respetaría las exigencias de la proporcionalidad ordinal al graduar la escala conforme a la gravedad del delito y que se apoya en una «visión revisada de la prevención», porque entiende que la versión optimizadora de la prevención asociada al utilitarismo no sirve como apoyo de aquella estrategia. La falta de constatación empírica respecto a los efectos preventivos derivados de la modificación de las penas y a la posibilidad de dirigirlos, junto a la atmósfera social y condicionantes políticos, conduce a la duda de si la estrategia preferida será la reduccionista o la contraria de «aumentar las penas hasta conseguir reducciones significativas del delito» (p. 78). A esta objeción suma la que plantea su propia justificación del castigo. El sufrimiento sólo se acepta en tanto suministra una razón prudencial adicional para no delinquir, pero no cuando el deseo de un incremento de la eficiencia del sistema conlleva un aumento de las sanciones tal, que obliga a una persona a sacrificar sus intereses vitales en aras del bien común.

Su concepto dual del castigo arroja como criterio guía para anclar la escala de penas la búsqueda de un nivel de penas que aporte un conjunto razonable de desincentivos que refuerce el sistema basado en la censura, excluyendo un catálogo severo de sanciones, admitiendo su inconcreción, pero destacando su aplicabilidad a cualquier magnitud arbitraria. Esta visión de la prevención se ajusta a la imagen del hombre que inspira su pensamiento como ciudadano responsable, que aprecia el mensaje de desaprobación y pondera los modestos desincentivos prácticos que proporciona la sanción. Estos valores son para él más importantes en una sociedad libre que la búsqueda de la eficacia preventiva, que además no ha sido muy exitosa hasta el momento (p. 82). Explica la estrategia reduccionista revisada en los siguientes términos: «Se podría empezar con las penas existentes e ir reduciéndolas. Los niveles serían aquellos adecuados a la capacidad del sistema penal, pero con las penas preordenadas para reflejar la gravedad del delito. Como la censura expresada a través del castigo es una convención, estos niveles reflejarían las convenciones actuales existentes (...). Las convenciones pueden ser alteradas y existe una razón poderosa para cambiar las convenciones existentes y reducir las penas *pro rata*. La razón es desde luego la benignidad: mantener el

sufrimiento impuesto por el Estado a un nivel mínimo. A medida que las penas se reduzcan, el mayor obstáculo será la política. Los niveles deberían ser reducidos hasta que el sistema suministre el desincentivo modesto del cual he hablado» (p. 83). De esta forma queda expuesta una estrategia que es un ideal a perseguir por la política penológica, y opone a la crítica al merecimiento, relativa a su incapacidad para ofrecer un punto de anclaje de la escala de penas y su tendencia, por ello, a la severidad, una teoría que apoya y fundamenta una estrategia reduccionista al tiempo que impone la lógica de la proporcionalidad, con el nexo en el concepto de hombre que sostiene.

Aun partiendo de que el catálogo penal responda a lo que claramente es reprochable y por tanto no se cuestione el acierto en la elección de lo protegido penalmente, con la ganancia en identificación con la norma penal desde los valores presentes en la sociedad y, por tanto, en cumplimiento de la norma, no parece tan sencillo el mecanismo penal como sugiere Von Hirsch. El sistema penal que persigue con esta estrategia se basa fundamentalmente en la capacidad de la censura para lograr que el ciudadano se abstenga de realizar determinadas conductas, con un mínimo margen para el desincentivo adicional que supone la imposición de un sufrimiento. De forma tan ideal, que parece olvidar otras características del sistema, importantes desde la perspectiva de las razones adicionales desincentivadoras de la comisión de delitos, como la persecución eficaz del delito y los márgenes de impunidad; o la cuestión de la publicidad, básica desde la comisión del delito y durante todo el procedimiento hasta el cumplimiento de la pena. No se puede olvidar en la virtualidad preventiva, aunque no sea el objetivo, el papel de otros criterios, reduciendo el sistema penal al juego de dos factores, censura y prevención por el castigo. Si el grado de impunidad es y se sabe alto, la censura, expresada por la pena impuesta a los desafortunados delincuentes condenados, pierde fuerza, su expresión de desaprobación y los motivos racionales para rechazar el delito que de ella derivan se debilitan y quizás ya no baste con otra razón prudencial adicional. Tampoco la imagen del hombre que requiere el buen funcionamiento del esquema de Von Hirsch es tan evidente. Es un sujeto responsable, pero también calculador. Y, ante todo, un sujeto que se situaría, siguiendo el esquema de Kohlberg, en el nivel postconvencional (11), que actúa conforme a sus principios éticos, a los que apela la censura, y no siguiendo la ley o el consenso del grupo. Sin embargo, en tal caso, el

(11) Voss, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Ebelsbach, 1989, pp. 119 ss.

sistema habría de responder necesariamente a la moral de los sujetos postconvencionales, porque, en caso contrario, no aceptarían las normas que contradicen a los principios éticos que reconocen y reaccionarían de forma crítica y no apreciarían la censura que expresa la pena por no corresponder a su elenco de motivos racionales para no llevar a cabo determinados comportamientos. Sólo en el nivel preconvencional y fundamentalmente en el convencional, los sujetos se guían por el consenso del grupo y las normas y estándares de comportamiento en general, sin que hayan de estar en sintonía con las propias representaciones. Pero este ya no es el hombre responsable, que aprecia la libertad ante todo, que inspira la concepción de Von Hirsch.

El escepticismo con que Von Hirsch evalúa los modelos mixtos, entendidos como aquellos que se alejan del principio básico, en este caso la proporcionalidad, para conseguir otras metas, en el capítulo 6 (pp. 85 ss.), es explícito (p. 86). Atiende sólo a aquellos que permiten un cierto grado de alejamiento del principio de proporcionalidad. El modelo de Robinson («Hybrid Principles for the Distribution of Criminal Sanctions», *Northwestern Law Review* 82, 1987, 19-42) es uno de sanciones proporcionales con pequeñas desviaciones excepcionales para prevenir un «nivel intolerable de delito». Reconoce que el «atractivo innegable» del modelo mixto de Robinson reside en que, respetando normalmente las exigencias del merecimiento, permite desviaciones cuando parecen existir buenas razones, eludiendo el carácter constrictivo de ese merecimiento; pero le plantea dos objeciones capitales: la dificultad de encontrar un criterio que especifique cuándo se da la evidencia necesaria para permitir la desviación, tanto hacia arriba como hacia abajo, y la erosión del criterio por la dinámica política que rodea las leyes penales.

El otro tipo de modelo mixto que permite desviaciones de la pena merecida de forma más rutinaria es calificado de «variabilidad limitada». Un ejemplo sería el «retribucionismo limitado» propuesto por Morris (*Madness and the Criminal Law*, Chicago, 1982) en el que el merecimiento sólo impone los límites externos y dentro de ellos el margen de la pena será precisado de acuerdo con otros criterios, cuyo principal problema es la desconsideración de la proporcionalidad ordinal y el riesgo de que esos otros valores se conviertan en el principio determinante de la pena. Un paso más es la transformación de los modelos de variabilidad limitada en modelos mixtos. Su idea es permitir la consecución de otros objetivos sin que el sacrificio de la equidad que conlleva toda desigualdad de penas para casos semejantes sea demasiado grande. La medida de la desviación es modesta y los límites estrictos, de un 10 ó 15 por 100. Es precisamente este escaso mar-

gen de maniobras lo que impide que el control del delito pueda identificarse como fin que justifique esa desviación clara, porque exigiría mayor distancia de la pena señalada por la proporcionalidad. Tampoco es claro que la benignidad o la facilitación de la graduación de penas no privativas de libertad avalen esa leve excepción a la pena proporcional ordinal. La consecución de objetivos ulteriores, que es el mayor atractivo de estos modelos, tiende a ser esquivada. Concluye con una nueva manifestación de sus reparos, «atractivos como pueden parecer estos modelos mixtos, hay que leer la letra pequeña de los mismos» (p. 98).

Al estudio teórico de las sanciones intermedias, sanciones en sí mismas, con los dos elementos que definen el castigo, y su graduación dedica el propio Von Hirsch junto a Wasik y Greene un artículo en 1989 («Punishments in the Community and the Principles of Desert», *Rutgers Law Journal* 20, 595-618), que expone en el capítulo 7 (pp. 99 ss.). Defienden un modelo que estima que el merecimiento es también un principio orientador para graduar las sanciones no privativas de libertad. Este presupuesto supone que las sanciones no privativas de libertad se graduarán de acuerdo con la gravedad del delito, de modo que para compararlas habrá que comparar cómo afectan al estándar de vida de una persona. El criterio de sustitución de las sanciones será el de la severidad comparable: equivalencia punitiva aproximada y, entre equivalentes, la prevención puede ser tenida en cuenta para decidir la pena a imponer. Dentro de las múltiples posibilidades de sustitución que ofrece la teoría del merecimiento, estos autores optan por un sistema de sustitución limitada (para cada nivel de severidad hay un tipo de sanción, cuya sustitución sólo se admite por razones especiales) frente al modelo de estricta separación (no se permite sustitución alguna, de modo que a cada franja de gravedad corresponde un tipo de sanción), cuya rigidez lo hace inoperante, y al de absoluta sustitución (cualquier pena puede ser sustituida por otra, siempre respetando la equivalencia de severidades), respecto al cual sostiene que no es objetable *per se*, pero cuya aplicación práctica es problemática y que dificulta la percepción de una ordenación de las sanciones conforme a su severidad por la variedad que implica, sin que haya situaciones que requieran esa sustitución absoluta. La forma que sugieren de articular una sustitución limitada, admitiendo otras alternativas, es que, prescrita un tipo de pena para cada franja de severidad, se pueda sustituir la sanción normal por otra de severidad semejante cuando lo aconsejen otras razones, por ejemplo político-criminales o preventivas. Frente a la conclusión de Von Hirsch, es discutible que estos inconvenientes de índole práctica conduzcan a rechazar el modelo de sustitución absoluta

que desde esa misma perspectiva ofrece la ventaja de una mayor flexibilidad y adaptabilidad a la situación concreta. En lugar de desecharlo podría intentarse desarrollar un mecanismo de determinación de la pena más sencillo que el que Von Hirsch propone como ejemplo y más aprehensible por el público. Probablemente no es necesaria esa complicación y «sofisticación» a la que alude para comparar la severidad de las penas. Ni siquiera en teoría, aunque se admita la total sustitución, puede ser cualquiera la sanción a aplicar en un caso determinado, porque el catálogo de sanciones intermedias en la práctica, amplio en comparación a la monocorde pena privativa de libertad tradicional, es por lo demás escaso: trabajo en beneficio de la comunidad, arresto domiciliario y multa son los ejemplos recurrentes. A las medidas que puedan imaginarse hay que ir sustrayendo aquellas opuestas a la dignidad humana, las inviables económicamente o en su ejecución en general, con lo que las posibilidades se limitan en amplia medida. Por ello no es tan difícil la comparación entre los distintos tipos ya bien conocidos, de modo que puede permitirse la permuta entre ellos cuando por las circunstancias de duración o cantidad sean equivalentes en su severidad, ajustándose a las características del supuesto de que se trate y dando entrada a esos otros criterios distintos de la gravedad. Entre ellos no parece muy claro el papel de la prevención como criterio decisivo, que conduce a los resultados de un modelo mixto en cuanto admite ligeras diferencias de severidad en las sanciones a imponer consecuencia de decidir la clase de pena en función de, por ejemplo, el riesgo de reincidencia. Si además no se aclara de qué prevención se trata, pueden introducirse en la determinación final del tipo de pena consideraciones de utilidad que sustituyan al merecimiento como criterio rector de la pena, que es precisamente el peligro sobre el que alertaba Von Hirsch con relación a los modelos mixtos (p. 94).

La clara necesidad de prever sanciones de refuerzo para las sanciones no privativas de libertad, cuyo incumplimiento es mucho más probable que en el caso de la prisión, puede conducir a una huida a la misma, si es designada como tal refuerzo, sobre todo, si se tiene en cuenta que los mayores requisitos y vigilancia de cumplimiento, que estas sanciones comportan en comparación con la suspensión de la pena tradicional, permiten descubrir más infracciones. Los elementos que supone el no cumplimiento del castigo para Von Hirsch son tres. Que al infractor le queda por cumplir la parte restante del castigo, que habrá de ser más fácil de controlar; que el incumplimiento es discutiblemente un acto reprobable que reclama algo más de castigo, pero como mucho una adición modesta, difícil de medir por la ausencia de víctima; y que es algo más que una infracción técnica, pero sólo rara-

mente supone la comisión de un delito de una gravedad que exija pena de prisión. Su modelo basado en el merecimiento recomienda sólo un pequeño aumento de la severidad, recibiendo el infractor una pena de la franja inmediatamente superior a la de la pena inicial, porque el incumplimiento, a la vista de lo anterior, no comporta más que ese escaso aumento de gravedad. Aquí se pone de manifiesto de nuevo el problema de la medición de la gravedad de una conducta cuando no hay una víctima identificable, al que se ha hecho referencia anteriormente, que respecto al problema puntual del incumplimiento no se estima muy grave, porque además se cuestiona su reprehensibilidad, pero que se revela como capital en la medida en que es una de las piedras de su modelo asentado en la proporcionalidad. Por otro lado, la posibilidad de control del cumplimiento de la pena no sólo debe ser relevante en el momento de imponer una sanción de refuerzo, también ha de contar en el momento de la decisión inicial como una razón más dentro de las que auxilian la toma de decisión dentro de las distintas posibilidades equivalentes punitivamente. Al hilo de esta idea surge la pregunta de cómo se articulan esos criterios. Si se atiende al riesgo de escapar al cumplimiento, las sanciones más fáciles de controlar siempre serían preferibles, pero puede que no sean las más satisfactorias desde el punto de vista de su capacidad preventiva. Si la severidad es distinta, sólo hay que optar por la sanción que sea pareja a la gravedad del delito de que se trate, pero en supuestos de equivalencia la decisión final puede apoyarse en consideraciones contradictorias a otras también posibles, sin que se haya arbitrado un principio que rija la elección.

Siguiendo con su postura escéptica respecto a los modelos mixtos, rechaza también su aplicación a la práctica de las sanciones intermedias y pondera las ventajas del modelo que él, Wasick y Greene proponen (p. 101). 1) Puede restringir el uso de la prisión que, como castigo severo, correspondería sólo a delitos de naturaleza grave, aunque depende en todo caso del anclaje de la escala de penas y del tratamiento de la reincidencia. 2) Limita el uso de las sanciones intermedias a los delitos de gravedad intermedia y no lo permite para los leves, aunque los infractores sean aptos para el programa previsto. 3) «La escala de penas sería relativamente simple por el hecho de restringirse la sustitución». 4) «La revocación de la sanción también estaría controlada». E insiste en la idea, que inspira su teoría, de vigilar el riesgo de que, por vía de las sanciones intermedias y su atractivo, se cuele un endurecimiento de las penas y un aumento del control penal pervirtiendo la idea inicial de buscar alternativas más dulces a la prisión.

Frente a otros autores que pretenden una amplia individualización de la sanción, vinculándola a la consecución de diversos objetivos, como la resocialización mediante el avergonzamiento (Braithwaite, *Crime, Shame, and Reintegration*, Cambridge, 1989) del autor o el arrepentimiento sin más (Duff, «Punishment and Penance», en Jung y Müller-Dietz (eds.), *Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden, 1991), defiende Von Hirsch en el capítulo 8 (pp. 117 ss.) una estandarización exigida por la graduación de la gravedad de los delitos, que demanda la proporcionalidad, traducida en categorías y subcategorías estándar. Las desviaciones de la norma sólo serían admisibles excepcionalmente, cuando el caso sea de gravedad bastante distinta. Las razones en pro de esta estandarización son la coherencia de las penas, el propio concepto de daño que maneja, basado en el estándar de vida, y la culpabilidad, definidora junto a la gravedad del daño de la gravedad del delito, que ha de atender a lo que es reprochable al autor, no a lo necesario para reparar a la víctima, lo que exige considerar la previsibilidad de las consecuencias de lo que hizo y la oportunidad de autor de apreciarlas. Las técnicas para conseguir este grado de estandarización «varían y ninguna es perfecta» (p. 125). Dos de las posibilidades son las guías penológicas numéricas, que trazan un esquema numérico que contiene diversas franjas de gravedad ascendente, y los principios penológicos legales como el principio de proporcionalidad, estándar que los tribunales han de aplicar al desarrollar la escala concreta de penas. Las ventajas de la primera opción son su fácil aplicabilidad por los jueces y control por los tribunales; sus inconvenientes, ser excesivamente genéricas y su vulnerabilidad a las presiones políticas. Los principios son menos genéricos porque los tribunales conservan su discrecionalidad para discriminar gravedades dentro de una categoría y promueven un pensamiento más sistemático de los jueces, pero su éxito depende precisamente de la voluntad de esos jueces en gran medida. La decisión sobre qué técnica adoptar habrá de atender a las tradiciones jurídicas y políticas y al margen de discreción de los tribunales.

La otra cuestión que preocupa a Von Hirsch respecto a las sanciones intermedias es el riesgo de crear prácticas humillantes. En colaboración con Uma Narayan se propone elaborar una teoría (Capítulo 9, pp. 129 ss.), que se oponga a posibles castigos degradantes o intrusivos. Para ello hay que desenmascarar algunas falacias habituales (pp. 129 a 131). *Cualquier cosa es mejor que la cárcel*, se incluye en la idea de que el castigado no puede quejarse si aún le podía haber ocurrido algo peor. Cada sanción ha de ser justificada en sí misma y la severidad no es el único criterio de evaluación ética de una pena, la

degradación es otra y puede determinar la inadmisibilidad de una sanción proporcional. *La intrusión depende de la tecnología*. Depende de hasta qué punto afecte a la dignidad e intimidad de las personas. *El legalismo*. Las disposiciones constitucionales no agotan las exigencias éticas que un Estado debería respetar cuando trata a las personas condenadas. El problema de los castigos degradantes es que niegan a aquellos a quienes se imponen la condición de persona humana, la dignidad a ella debida (12). La diferencia entre el reproche desaprobatorio propio de la censura, elemento de todo castigo seguramente humillante, y la degradación es la que hay entre la expresión de un juicio social de censura, que puede avergonzar, y la voluntad de humillar y la humillación que proviene de tratar al castigado como algo inferior a una persona (13).

Proponen tres criterios definitorios de medidas penales degradantes que han de evitarse. 1. Las deshumanizadoras, «las que real o potencialmente pueden destruir la personalidad del infractor» (p. 132). 2. Los rituales degradantes «o cualquier otra medida penal que requiera la adopción de posturas o actitudes ridículas o serviles» (p. 133), porque «una persona tiene derecho no sólo a preservar su personalidad de la destrucción, sino a *poder presentarse al mundo como un ser humano íntegro*» (p. 133). 3. La obligatoriedad de adoptar ciertas actitudes porque «no existe forma alguna de que una persona pueda ser, con dignidad, obligada a sentirse como un paria moral» (p. 133). Renuncian a elaborar un catálogo de las sanciones a excluir como degradantes porque es una cuestión de grado y existen

(12) También en España se destaca la vinculación entre la dignidad de la persona y la humanidad, prohibiendo expresamente el artículo 15 de la Constitución las penas o tratos inhumanos o degradantes, aunque no todos los autores reconocen igual alcance a esos principios. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 261.

(13) El Tribunal Constitucional emplea precisamente el plus de «humillación y envilecimiento» con relación a lo que lleva aparejado la simple imposición de la condena como definitorio de la calificación de una pena como inhumana o degradante en el sentido del artículo 15 de la Constitución, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. STC 65/1986, de 22 de mayo, fundamento jurídico 4.º; STC 89/1987, de 3 de junio, fundamento jurídico 2.º; STC 120/90, de 27 de junio, fundamento jurídico 9.º; STC 137/90, de 19 de julio, fundamento jurídico 7.º; STC 150/1991, de 4 de julio, fundamento jurídico 7.º; STC 57/1994, de 28 de febrero, fundamento jurídico 4.º; STC 119/1996, de 8 de julio, fundamento jurídico 2.º. Destaca también que denotan la causación, sean cuales fueran los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente. STC 120/90, fundamento jurídico 7.º; STC 137/90; fundamento jurídico 9.º; STC 57/1994, fundamento jurídico 4.º

múltiples posibilidades de sanciones no privativas de libertad imaginables. En consecuencia optan por articular las ideas anteriores mediante el concepto de *contenido penal aceptable*. Impone que las privaciones que supone la sanción, impuestas con fines preventivos (respetando siempre la proporcionalidad) y punitivos, han de ser compatibles con la dignidad del infractor, lo que significa que puede mantener un grado razonable de autocontrol, sin ser objetables por ninguno de los criterios anteriores. Esta limitación de no afectar el estatus de persona del condenado acorta en gran medida el repertorio de posibles sanciones intermedias y facilita la aplicación de un sistema de sustitución absoluta, como se expuso anteriormente. El baremo, que es una forma de análisis, no la fuente de una explicación completa de qué tipo de sanciones intermedias respetan o no los estándares, es aplicable tanto a la prisión como a las sanciones no privativas de libertad, no sólo respecto a los rasgos expresamente punitivos, sino también a los rehabilitadores, sin olvidar las medidas auxiliares que puedan ser necesarias para la aplicación de la medida principal (14), que podrían aproximarse más que la principal a la línea de lo inaceptable. En mi opinión, sería más lógico y más respetuoso con la idea de menor intervención posible tener en cuenta ya en el momento de decidir la sanción a imponer cuáles pueden o van a ser con seguridad las medidas auxiliares precisas para aplicar la principal que aumentar el margen de intensidad intromisiva de una medida en función de que sea necesaria para ejecutar otra, relajando los requisitos de respeto a la dignidad de una persona, salvando la posibilidad de su autocontrol.

No se contempla en su propuesta la posibilidad de que el condenado exprese su preferencia a la hora de elegir la sanción intermedia, aunque es cierto que en su sistema de sustitución limitada esa decisión habrá sido tomada previamente. Pero aún así queda pendiente la cuestión de quién y cómo se decide qué es humillante, es decir, si la dignidad es indisponible o sus límites pueden ser trazados dependiendo del afectado, o si en último término su opinión puede tener alguna relevancia en la determinación de la clase de pena a imponer.

Para concluir el tema de las sanciones intermedias se refieren muy brevemente a la posible afectación a los derechos de terceras perso-

(14) En el mismo sentido el Tribunal Constitucional ha declarado «que aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante «en razón del objetivo que persigue», ello no impide que se le pueda considerar como tal «en razón de los medios utilizados» STC 120/1997 de 27 de junio, fundamento jurídico 9.º; STC 137/1990, de 19 de julio, fundamento jurídico 7.º; STC 57/1994, de 28 de febrero, fundamento jurídico 4.º

nas, en la medida en que se reintroduce al infractor condenado en contextos en los que otros viven sus propias vidas, lo que, en su opinión, no ocurre con la prisión por sus efectos segregativos. Proponen tomar cautelas sobre todo frente a las medidas auxiliares y tener en cuenta el impacto en terceras personas de las sanciones en el momento de seleccionar cuál imponer. La brevedad del tratamiento del tema lo hace también superficial. No sólo puede pensarse en afectaciones como una menor intimidad, sino en otras consistentes en carencias originadas directamente por la sanción o por las medidas auxiliares que la acompañen, como la desaparición de la fuente de ingresos, y no se entiende por qué éstas no son tenidas en cuenta en general y en concreto en relación con la prisión, respecto a la cual se niega de entrada que afecte a derechos de terceros por que no hay «represión» de esa tercera persona (p. 137). Tampoco está claro qué ocurre si la pena efectivamente implica graves injerencias en la vida de terceras personas, pero es adecuada conforme a otros motivos, por ejemplo, desde la perspectiva del fácil control de su cumplimiento o su carácter menos intromisivo para el sancionado, como el caso de un arresto domiciliario vigilado. Si se opta finalmente por el arresto se puede llegar a la situación paradójica de «castigar» a alguien informalmente para evitar que otro evite el cumplimiento de la pena que se le impone judicialmente.

En la décima parte del libro (pp. 139 ss.) indaga Von Hirsch sobre las implicaciones políticas de la teoría del merecimiento y las relaciones entre los fines de la pena y la política penal en general, desde una perspectiva realista y por ello modesta. Comienza haciendo un breve recorrido por la consideración que el principio de proporcionalidad ha merecido dentro del pensamiento penológico. Mientras que en los años 50 y 60 se le consideraba una ideología conservadora frente a la teoría que defendía los fines de resocialización e incapacitación, surge en los años 70 entre los sectores liberales la teoría del merecimiento como reacción a la indeterminación y severidad de la pena que resultaba de aquella perspectiva prospectiva, idea que recogen las más recientes propuestas basadas en el modelo del merecimiento. Considera que la coincidencia cronológica de la teoría del merecimiento con una ola de conservadurismo que se produce a finales de los 70 y en los 80 llevó a algunos críticos del proporcionalismo a acusarle de ser parte de una estrategia represiva del delito, lo que niega con dos argumentos. Desde la perspectiva teórica, los penalistas auténticamente conservadores rechazan el principio de proporcionalidad porque limita las estrategias de reducción del delito. Desde la perspectiva del derecho positivo, la proporcionalidad ha inspirado las regulacio-

nes de algunos de los estados menos conservadores, poniendo como ejemplo, Minnesota y Oregón en Estados Unidos y Finlandia y Suecia en Europa.

Von Hirsch rechaza también el supuesto vínculo entre merecimiento y severidad de los castigos y acusa a este tipo de críticas de falta de realismo en el examen de la relación entre una teoría penológica y la severidad penal, porque la severidad de las penas depende más de las dinámicas políticas subyacentes. Lo único que puede hacer una teoría es ofrecer buenas razones para limitar el aumento de las penas. En este reconocimiento de las escasas posibilidades de influencia de la ciencia penal reside no una declaración de modestia, sino una asunción realista de la impermeabilidad del sistema a las opiniones dogmáticas (15). Con ese criterio evalúa las propuestas que se basan en la justicia y las de matiz utilitarista decantándose por las primeras. Primero, porque la posibilidad de ofrecer desde el proporcionalismo una estrategia reduccionista distinta de la optimización de la prevención rebate el argumento de que el modelo del merecimiento no se pronuncia sobre el anclaje de la escala de penas. De la comparación entre las políticas penales que alienta el modelo de justicia y el utilitarismo extrae que la teoría del merecimiento proporciona argumentos para resistir la tentación de aumentar la pena porque en ella lo determinante es la equidad y no la reducción del delito; el patrón de medida, la gravedad del hecho y no el riesgo que supone el sancionado; y, por último, atiende a la dimensión moral sin limitarse a meros argumentos técnicos. Su otro gran mérito es solucionar los dos problemas de aplicación de las sanciones intermedias: impide que se impongan a delitos poco graves por el mero pronóstico de éxito y limita la severidad de las sanciones de refuerzo.

Otra de las objeciones a la teoría del merecimiento es su fracaso para afrontar algunos males sociales subyacentes. Pero, para el autor, no se trata de que se cubra con la reprochabilidad de la conducta las malas condiciones sociales y económicas que puede haber detrás, sino de que la política penal no es el instrumento para promover reformas sociales. Si además se asume que el delito se da en cualquier contexto, la cuestión es qué sistema es el menos injusto al condenar. «Reformar los males sociales (deseable y esencial como es) no es un sustitutivo para conseguir que las penas sean más proporcionadas o

(15) En el mismo sentido, pero aún más tajante se muestra, desde su perspectiva sistémico-funcionalista, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, 1996, pp. 40-41.

justas» (p. 152). La teoría del merecimiento sería preferible a las estrategias utilitaristas en las que los factores sociales pueden empeorar la situación de los más desfavorecidos, al indicar un mayor riesgo que exija una pena más severa.

Concluye enumerando factores que posiblemente influyen en el desenvolvimiento de las reformas penales, respecto a las cuales rechaza generalizaciones descontextualizadas. Son las demandas de severidad penal, la «letra pequeña» de la ley y la tradición judicial, las disposiciones adicionales vinculadas a la condena principal como las referidas a la libertad condicional, y el contexto general, no sólo del país en cuestión.

El epílogo de esta obra (pp. 159 ss.) no es una recapitulación, ni una referencia a posibles consecuencias derivadas de lo expuesto, sino todo lo contrario, una defensa de la premisa del libro: la pretensión de justicia como objetivo del sistema sancionador frente a las objeciones más frecuentes. En concreto, contesta a cuatro críticas comunes:

1) La necesidad de criterios penológicos, de una estandarización para articular la idea de proporcionalidad impide alcanzar la justicia absoluta, pero, aunque cierto, no conduce necesariamente a abandonar su pretensión. La preocupación por el tratamiento de los casos desiguales sirve para acentuar la importancia de la sensibilidad a las variaciones de gravedad, no para excluir la justicia como el objetivo.

2) El modelo del merecimiento presupone un consenso moral que fundamenta el reproche. El disenso en materia moral y ética que preside la sociedad actual no obsta a que respecto al núcleo de lo que debería tratar el Derecho penal (la prohibición de delitos violentos, robos y estafas, y la compulsión de ciertos deberes básicos de la ciudadanía como el pago de impuestos y la protección del medio ambiente) exista un amplio acuerdo. Las dudas que surgen a medida que uno se aleja de tal núcleo se deben a las deficiencias de la teoría de la criminalización y fortalece el modelo penológico. «Cuando se duda de si y por qué la conducta prohibida es dañina, no es sorprendente que sea difícil evaluar su grado de gravedad» (p. 163). Por otro lado, es el Estado como tal el que castiga y no la sociedad como un todo consensuado, y lo que necesita son criterios sobre en qué grado castigar, que son suministrados por los juicios de daño y culpabilidad.

3) La presencia de la pobreza en la sociedad pone en duda la posibilidad de una pena justa, la aspiración del modelo del merecimiento, en una sociedad injusta. Desde su concepción reprobatoria del castigo basada en la censura, el tema se plantea desde la posible alteración del grado de daño de la conducta o la culpabilidad del autor.

Respecto a la lesividad de la conducta, «Cualesquiera que sean los efectos que produce la injusticia social, ésta no disminuye (de hecho aumenta) el daño de los delitos con víctimas. Indudablemente el derecho penal tiende —con sus prohibiciones de conductas disruptivas— a sostener el orden social, bueno o malo. Pero, como ya han destacado Richard Sparks y David Garland, también tiene los efectos prácticos de ayudar a la gente común a proteger su vida, su seguridad y sus posesiones. No está nada claro si las funciones represivas de la ley predominan por encima de sus funciones protectoras» (p. 164). En relación con la posible influencia de la pobreza en la culpabilidad (16), podría aceptarse que la precariedad económica ha dificultado el cumplimiento de la ley y el infractor es menos culpable, por lo que puede aplicársele una atenuante que reconozca esa mayor dificultad, aunque advierte de las dificultades teóricas y prácticas para implementarla. Pero niega rotundamente que de ahí pueda derivarse el corolario de la ilegitimidad de las sanciones proporcionales. Remite en todo caso al momento de anclar la escala de penas como el oportuno para tener en cuenta estos problemas.

4) Para que la tesis de la preeminencia de la benignidad fuese correcta debería servir en un sistema penal proporcionalista. El problema es quién se beneficiaría de la reducción selectiva. Parece que el argumento para justificar esa reducción es simplemente que las personas afectadas recibirían menos castigo. «Esta afirmación por sí sola no me parece excesivamente convincente —especialmente si existe la alternativa de reducir todas las penas en vez de proceder a reducciones selectivas» (p. 169).

(16) Paralelo a este planteamiento es el que sigue TORÍO LÓPEZ en la construcción de su concepto de imputación subjetiva. «El concepto individual de culpabilidad», *ADPCP*, 1985, pp. 285-301. La oposición entre la imagen del hombre de que parte el ordenamiento, como capaz de orientar su comportamiento, y la visión diaria del hombre, cuya conducta resulta condicionada por infinidad de factores, le lleva a exigir la consideración en el nivel de la culpabilidad de sus particularidades incluyendo sus circunstancias socio-económicas. Con ello se dota de virtualidad al principio constitucional de igualdad y se ahonda en una consideración criminológica del delito como conflicto social. Las evidentes dificultades prácticas que presenta la propuesta de TORÍO son de signo distinto a las que VON HIRSCH tiene en mente. Las primeras residirían en los problemas de aplicación, que obligarían a un cambio radical de la forma de conducir el procedimiento penal para permitir alcanzar el grado de conocimiento sobre las particularidades del sujeto en cuestión necesario para alcanzar una decisión individualizada sobre la pena a imponer. VON HIRSCH, sin embargo, se sitúa en el momento previo al enjuiciamiento, en el de la plasmación legislativa de la posible atenuante, y considera que no sería fácil ni su redacción, ni su aceptación desde el punto de vista político.

Con esta explicación dual del castigo se ofrece un nuevo intento de articular elementos heterogéneos en la fundamentación de la pena, lo que la aproxima a construcciones ya conocidas y más difundidas en nuestro ámbito, como la teoría de Roxin de la prevención de integración limitada por la culpabilidad. Hay, por un lado, un componente que obedece a criterios retrospectivos: censura y otro a prospectivos: sufrimiento; el primero apela a razones morales y el segundo a motivos prudenciales. El problema es que la pretendida armonía entre ambos, amparada en la cobertura de la pretensión de justicia y en la concepción del hombre, premisas de su propuesta, no escapa a objeciones. Fundamentalmente, el núcleo problemático lo constituye el rechazo a una base preventiva que emplea baremos distintos del merecimiento, como la optimización de la evitación del delito, que, sin embargo, va a terminar siendo el elemento determinante de la preferencia por una pena con el elemento del sufrimiento. Tampoco son despreciables las dificultades prácticas de puesta en marcha de su teoría. Desde la evaluación de la gravedad del daño o la severidad de las penas hasta la decisión sobre el concreto tipo de pena a imponer dentro del catálogo de sanciones posibles, pasando por la fijación de la escala de penas, el desarrollo de su propuesta inicial se ve salpicada de dudas y en algunos casos de falta de concreción.

Pero, lo que diferencia estos textos, especialmente la monografía de 1993, de otros con la misma pretensión es la claridad y sencillez en el tratamiento de un tema complejo y en la exposición de una teoría con múltiples caras, así como la preocupación por los problemas prácticos que da verdadero sentido a la expresión de Derecho penal orientado político-criminalmente. Y no se trata de méritos despreciables.

Sistema penal y transición a la democracia en México: bases para su análisis y tendencias*

ALEJANDRO GONZÁLEZ GÓMEZ

Universidad Michoacana

1. INTRODUCCIÓN

Crisis y transformación del sistema político-social son, posiblemente, las notas más características del pasado reciente –y del propio presente– en México. Tanto la(s) crisis, como el proceso mismo de transformación del sistema han adquirido un alto y preocupante grado de *permanencia* en el contexto nacional.

Por un lado, las crisis, fundamentalmente –pero no tan sólo– económicas, muestran un patrón cíclico o recurrente, generalmente sexenal (1); y, por otro, da la impresión que el proceso de transición a la democracia, por su dilatación y paulatino desarrollo, se ha transformado en una constante más en el escenario político-social mexicano.

(*) El texto de este trabajo se corresponde, básicamente, con el contenido de la conferencia pronunciada el día 28 de octubre de 1998, en el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y tiene, como antecedente, el proyecto de investigación presentado ante el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (convocatoria 1998), bajo el título *Sistema penal y transición a la democracia en México: análisis, disfunciones y perspectivas*.

(1) A partir de 1994, con el llamado «error de diciembre», este patrón –crisis de fin de sexenio– da un giro de 180 grados, para ahora iniciar con el período sexenal y extenderse –dosificarse– a lo largo del mismo. Sobre aquél y otros eventos, ampliamente, cfr. OPPENHEIMER, A., *México: en la frontera del caos*, Vergara editor, México, 1996, *passim*.

A estas dos características, digamos básicas, habría que añadir otra que –sin ser del todo nueva, ni tampoco totalmente desvinculada de las anteriores– recientemente ocupa el primer lugar del *rating* de la cotidianidad en México: la crisis de la (in)seguridad pública.

Esta particular crisis, se afirma (2), ha rebasado totalmente los marcos legales y se ha convertido en un asunto dotado de implicaciones económicas, políticas, sociales y culturales y presenta, como manifestación más palmaria, un considerable incremento, tanto de la delincuencia, como del sentimiento de inseguridad (3).

Para atajar la crisis de inseguridad se han conformado programas, sistemas y planes nacionales de seguridad (4) que, hasta la fecha, se han mostrado ineficaces. La última estrategia, tan sólo estructurada el pasado mes de agosto, ha desembocado en una convocatoria formulada por el propio presidente de la República para iniciar una «verdadera Cruzada Nacional contra el Crimen y la Delincuencia» (5).

Dentro de estos planes y programas suele contemplarse, como estrategia prioritaria para la reducción de los índices delictivos, la revisión o actualización del marco normativo penal. En realidad, estas modificaciones –reformas– se han realizado a tal ritmo –algunas frenéticamente– que no en pocas ocasiones se anticipan o sobrepasan a un concreto plan (6).

De este, verdadero frenesí, legislativo no escapa ni la propia Constitución: de 1993 a la fecha, se han consumado tres reformas constitu-

(2) En este sentido, vid. «Editorial» en *Criminalia*, año LXIV, núm. 1 (enero-abril 1998), p. IX.

(3) A este binomino, habría que aumentar, para completar el panorama otro igualmente significativo y característico: corrupción e impunidad.

(4) Así, por ejemplo, Ley que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública (1995), Programa Nacional de Seguridad Pública 1995-2000 y el –reciente– Plan Nacional de Seguridad (agosto de 1998).

(5) Al presentar el Plan Nacional de Seguridad y convocar a la Cruzada Nacional contra el Crimen y la Delincuencia, el presidente Zedillo reconoció que el estado de inseguridad pública es el resultado de la ineficacia y corrupción de los cuerpos policíacos. Este plan, que cuenta con mas de cien acciones, se estructura en ocho ejes estratégicos: 1) reestructuración y aumento de las policías; 2) capacitación y combate a la corrupción; 3) aumento de personal en la procuración de justicia; 4) mejoramientos de salarios; 5) *revisión del marco legal y de las penalidades para diversos delitos*; 6) construcción de más reclusorios y perfeccionamiento de los sistemas de readaptación y 8) establecimiento del servicio civil de carrera y atención a demandas ciudadanas de seguridad. Cfr., sobre ambos aspectos, «Convocó el Ejecutivo a iniciar la cruzada para abatir la delincuencia», en *La Jornada* de 27 de agosto de 1998.

(6) Bien puede considerarse como ejemplo de lo señalado en el texto, en ambos extremos, las iniciativas presidenciales de reformas –constitucional y a normas secundarias– de fecha 9 de enero de 1997.

cionales en materia penal –sustantiva y adjetiva (7)– y otra más se encuentra en trámite (8).

Antes de continuar y, ya que hemos hecho referencia a la Constitución mexicana, es necesario tener en cuenta una ulterior característica de la realidad política mexicana: la inestabilidad constitucional. Desde su promulgación, en 1917, la norma constitucional mexicana –formalmente rígida– ha sufrido poco menos de seiscientos reformas y adiciones. Este dato, que en sí mismo presupone –por su elevadísimo número– la poca eficacia de las reformas, se torna francamente preocupante si tomamos en cuenta que más de la mitad de éstas, se han realizado en los últimos 25 años (9).

Las reformas constitucionales, en términos generales, o bien han sido promovidas para «dar respuesta» a necesidades políticas coyunturales o, peor aún, para incorporar –elevar– a rango constitucional un determinado proyecto de gobierno (10).

Teniendo como telón de fondo o puntos de referencia las anteriores características, que bien pueden ser agrupadas en sendos binomios: *a*) crisis –económica– y transformación del sistema político-social y *b*) crisis de (in) seguridad pública e inestabilidad normativa, podemos pasar al objeto de exposición.

2. SISTEMA PENAL Y TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA EN MÉXICO

Es ampliamente reconocido que la estructura, no sólo del Derecho penal, sino de todo el sistema penal está directamente condicionada por la propia del sistema político-social.

(7) Publicadas, respectivamente, en Diario Oficial de la Federación (DOF) de fechas 3 de septiembre de 1993; 31 de diciembre de 1944 y 3 de junio de 1996.

(8) Vid. Iniciativa presidencial de reforma a los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 constitucionales de fecha 9 de diciembre de 1997, en *ABZ. Información y análisis jurídicos*, núm. 61 (1 de enero de 1998), pp. 11 ss.

(9) Al respecto, entre otros, cfr. CARBONELL, M., *Constitución, reforma constitucional y fuentes del Derecho en México*, IJ-UNAM, México, 1998, p. 118. Una detallada relación de las reformas constitucionales, por artículos y períodos constitucionales, puede consultarse en los números correspondientes a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en *Cuadernos de Derecho. Compilación. Compilación y actualización legislativa* (ABZ editores, Morelia).

(10) Esta inestabilidad ha contribuido, significativamente, al menoscabo de la fuerza normativa de la propia Constitución (Carbonell, *Op. cit.* p. 119).

Así, por ejemplo, el Estado liberal clásico –al tiempo que replanteaba la legitimidad y límites del poder público– concibió un sistema penal que gravitaba, esencialmente, en torno a la defensa de las garantías de los eventuales delincuentes (11).

La creciente participación del Estado en la vida social, dejando atrás la función de mero guardián del orden jurídico, dará origen al Estado intervencionista, al *Welfare State*. En el Estado social la potestad punitiva se orientará, mas que a la salvaguarda de las garantías de los ciudadanos, a la prevención del delito (12).

La conformación, tras la segunda guerra mundial, de un modelo de Estado que aspira conjugar en una síntesis –mediante la introducción de la democracia como tercer elemento catalizador y al mismo tiempo (de)limitador– las concepciones liberal y social, ha supuesto –nuevamente– un replantamiento de los fines, funciones y límites que a la potestad punitiva le corresponde en nuestros días.

En un tal contexto, y desde distintas perspectivas (13), se ha puesto de relieve la necesidad de configurar –en y desde la propia

(11) Al respecto, entre otros, cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 119 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho UCM, Madrid, 1984, pp. 313 y ss; FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. Ibañez Preciado y otros. Trotta, Madrid, 1995, pp. 253 ss.

(12) Vid. MIR PUIG, S., *Función de la penal y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ed., Bosch, Barcelona, 1982, p. 12. Ampliamente sobre el positivismo como reacción al Derecho penal clásico, cfr. ZAFFARONI, R., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Cárdenas Editor, Tijuana, 1988, t. II, pp. 187 ss.

(13) Así, por ejemplo, CALLIESS y ROXIN en Alemania (*Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt, 1974 y «Sentido y límites de la pena estatal» en *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, pp. 11-36,) FIANDACA/MUSCO en Italia (*Diritto penale. Parte generale*, 3ed., Zanichelli, 21 ss.) MIR PUIG en España (*Función de la ... y El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, *passim*). En México, básicamente, MORENO HERNÁNDEZ, «Hacia una reforma integral de la legislación penal y sus principios rectores», en *Criminalia*, año LIX (enero-abril 1993), núm. 1, pp. 58-62; GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, *La teoría del bien jurídico en Derecho penal*, Pereznieto, México, 1995, pp. 103-112; DE LA BARREDA SOLÓRZANO, «La democratización del Derecho penal», en *Justicia penal y Derechos humanos*, 2ed., Porrúa, México, 1998, pp. 107-115; MALO CAMACHO, *Derecho penal mexicano*, Porrúa, 1998, México, pp. 81 ss. También, cfr. RICO, J. M., *Justicia penal y transición democrática en América Latina*, Siglo XXI, México, 1997, pp. 19-23. También cfr. mi trabajo «Aproximación a la teoría de la imputación objetiva del resultado. Al mismo tiempo, bases mínimas para su (re)construcción en el Derecho penal mexicano» (*ABZ. Información y análisis jurídicos*, núm. 48 [16 de junio de 1997], pp. 7 ss.), en el que plantea, básicamente, la idea que constituye el hilo conductor de este trabajo: «Empero, para este estudio –y cualquier otro de la materia que se emprenda en México– considero impostergable la reinterpretación, en sede Constitucional, de los

constitución— una serie de límites que circunscriban la facultad punitiva del Estado. Lo anterior, a diferencia del añejo reclamo de correspondencia —como único límite— entre el Derecho penal subjetivo y objetivo, procura configurar una serie de límites al contenido de la potestad punitiva (14).

De igual forma, se reconoce (15) que el sistema penal puede ser —también— capaz de afectar, bien directa o indirectamente, los procesos de transformación desarrollados *ad intra* del sistema político-social.

Si lo anterior se acepta, dicho de otra forma, quiere decir que entre un sistema político-social determinado y su (sub) sistema penal existe no sólo una correlación, sino una influencia recíproca. Tal correlación o influencia recíproca se manifiesta —con especial intensidad y en sentidos no siempre convergentes— en los procesos de transformación que implican o suponen un cambio *sustancial* en el sistema político-social.

Como ya se ha adelantado, una de las notas características de la realidad mexicana lo es, precisamente, el proceso de transformación del sistema político-social. Proceso que, a su vez, se caracteriza por la paulatina liberación política del régimen y su progresiva democratización (16). Esto es, en suma y en pocas palabras, transición a la democracia.

Si bien, hoy en día se acepta —ampliamente— que la transición a la democracia no es proceso lineal, ni tampoco uniforme (17), conviene tener presente las siguientes cuestiones:

- El Estado mexicano, al menos formalmente, está constituido como una república representativa y democrática (art. 39 constitucional)
- Sobre la base de un presidencialismo —legalmente— avasallador y de la mano de un partido político absolutamente hegemónico

finés, funciones y límites que al Derecho penal se le asignan en un Estado democrático»

(14) Los referidos límites —como es sabido— suelen enunciarse en una serie de principios, tales como los de legalidad, prohibición de analogía, *ultima ratio*, exclusiva protección de bienes jurídicos, etc. Sobre éstos y otros —además de los autores ya citados— vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 179 ss.

(15) Vid. RICO, J. M., *Justicia penal y transición a la democracia en América Latina*, Siglo XXI, México, 1997, p. 35.

(16) Cfr., en este sentido, RICO, J. M., *Justicia penal y ...*, p. 38.

(17) RICO, J. M., *Op. cit. loc. cit.*

—durante mas de 60 años— prácticamente, de Estado, se configuró en México un verdadero sistema autocrático (18).

- Este sistema vertical y monolítico, en los últimos años (19) ha venido —a cuenta gotas— liberalizándose y progresivamente democratizándose.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores y como soporte o punto de arranque, el reconocimiento de la correlación e influencia recíproca entre sistema político-social y sistema penal, el siguiente y lógico paso sería formular dos preguntas básicas: a) ¿cuál ha sido el impacto del proceso de transición a la democracia en el sistema penal mexicano?, y b) ¿cuál ha sido el contenido y alcance de la interacción entre los cambios socio-políticos y la reforma al sistema penal?

Las respuestas a estas interrogantes, como es de suponer, distan mucho de ser tarea fácil. Esto es así, no sólo por ausencia casi total de escritos que aborden —en su conjunto— el alcance y contenido de tal interacción (20), sino fundamentalmente por las muy peculiares características, tanto del sistema político-social mexicano, como del proceso mismo de transición. En estas condiciones, resulta mas que conveniente reflexionar, en primer término, sobre qué bases habrá de efectuarse dicho análisis.

Un tal análisis, en mi concepto, debe articularle sobre la base de la (re) interpretación, en y desde la Constitución, de los límites y funciones que a la de potestad punitiva, al *ius puniendi*, le corresponden en la forma organización político-social hacia la que transita(mos). Esto es, en un Estado, ya no sólo formalmente, sino *sustancialmente* democrático.

(18) Sobre las connotaciones y características jurídicas del presidencialismo mexicano, cfr. CARBONELL, M., *Constitución, reforma constitucional y ...*, pp. 106–106; en clave histórica-política, vid. KRAUZE, E., *La presidencia imperial. Ascenso y caída del sistema político mexicano (1940-1996)*, Tusquets editores, 2ed., México, 199, *passim*.

(19) No resulta fácil, entre otras cosas por su propia extensión, precisar con exactitud el inicio del proceso de transición. Al respecto, suelen señalarse diferentes acontecimientos, tales como el movimiento estudiantil de 1968, la cuestionada —y ciertamente fraudulenta— elección presidencial de 1988, el inicio —a principios— de los noventa de la alternancia en las gubernaturas estatales o la reciente elección de 1996 que, entre otras, cosas supuso por primera vez la pérdida del control, por parte del partido oficial, del Congreso federal.

(20) Esta situación, no sólo privativa en México, contrasta con la abundante bibliografía que sobre otros aspectos de los procesos de transición democrática suele existir. Al respecto, vid. RICO, *Op. cit.*, p. 35, nota 4.

Una (re) interpretación, en clave constitucional, de los fines y funciones que a la potestad punitiva le corresponden en el Estado democrático de Derecho, se justifica –básicamente– por las siguientes consideraciones:

a) Por la –histórica– ausencia de un programa penal de la Constitución de 1917.

b) Por la necesidad de contar con indicadores que, de *lege lata* y *lege ferenda*, puedan contribuir a medir el impacto y grado de interacción entre el proceso de transición a la democracia y el sistema penal. Estos indicadores no son otros, que los propios principios rectores y (de)limitadores de la potestad punitiva en un Estado democrático de Derecho (21).

Tanto el enfoque propuesto, como el primero de los puntos, sí que requieren de una ulterior explicación. En cambio, el segundo de éstos, sólo precisa –aquí en España– de una breve referencia.

El presupuesto inicial, con proyección sobre las subsecuentes bases para el análisis, lo constituye la reconsideración de la Constitución como una *norma plena*, en la que converjan lo formal y lo real y vivida efectivamente por los destinatarios y detentadores del poder (22).

En realidad, tampoco habría que insistir en este concepto hoy aquí, especialmente cuando se tiene a la mano el artículo 9.2 de la Constitución española de 1978. Sin embargo, es necesario tener presente la poca, en ocasiones reducidísima, eficacia normativa que ha tenido la norma fundamental mexicana debido, tanto a factores internos, como externos.

Con relación a los segundos, ya se ha señalado que la «ductilidad» –derivada de la propia configuración del sistema político-social– la Constitución de 1917 ha mermado, significativamente, su eficacia normativa. Esta situación fáctica ha sido, en cierta forma, apuntalada por la configuración de corte liberal individualista que campea –junto a los postulados sociales de la Revolución (23)– en buena parte de

(21) Estos principios, junto con otros indicadores, como el mayor o menor grado de respeto a los Derechos Humanos consignados en documentos internacionales bien pueden contribuir no sólo a los fines indicados, sino para medir el «grado de salud» de la propia democracia. Al respecto, cfr. ZAFFARONI, R. E., «Los Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina. Informe Final», en *Revista de Justicia*, vol. 2, núm. 2 (abril-junio de 1986), *passim* y RICO, J. M., *Op. cit.*, p. 37, nota 6.

(22) Cfr. CÁRDENAS GRACIA, J. «Posibilidades para una nueva Constitución» en *Aequitas*, núm. 2 (julio 1998), pp. 6.

(23) Estas características sitúan, según Fix-Zamudio, a la Constitución de 1917 como de transición entre los textos de corte liberal individualista clásico y las consti-

ella. De acuerdo con esta tradición –tan sólo– se consideraba los derechos fundamentales como integrantes de un catálogo de acciones –de buenas intenciones– políticas a desarrollarse con posterioridad (24).

Como es sabido, la existencia de una Constitución normativa depende, tanto de factores jurídicos, como extrajurídicos. No es posible, en este momento, hacer un análisis detallado de los mismos (25), pero sí quiero evocar dos de ellos y traer a colación –a título ejemplificativo– una reciente declaración del presidente de México, que puede darnos una idea de las pocas posibilidades que, todavía, tiene la Constitución mexicana de considerarse –de convertirse en– una norma plena: entre otras, una tal Constitución requiere de una visión de validez formal y material, así como una fuerte lealtad de ciudadano y, principalmente, de las autoridades.

Como consecuencia de la desarticulación de una banda de secuestradores –ciertamente peligrosa, pero que también durante años operó impunemente– la búsqueda y captura del jefe de la misma, se convirtió en una prioridad nacional. En plena persecución, el presidente de la República, públicamente, declaró refiriéndose a éstos que «a esas ratas inmundas, los vamos a llevar a que se pudran en la cárcel» (26).

Esta declaración no sólo es desafortunada o –si se quiere– «políticamente incorrecta», sino contraria *formal y materialmente* a –cuando menos– dos preceptos constitucionales, el 19 y 22. El primero, al igual que lo hace el 25 de la norma fundamental española, establece la orientación del sistema penitenciario hacia la resocialización; mientras que el segundo prohíbe las penas inhumanas (27).

Por otra parte y, como consecuencia –digamos– natural del anterior presupuesto, el análisis normativo constitucional habrá que realizarse contextualizado y estrechamente vinculado con la realidad político-social. Esto que, también, parece una verdad de perogrullo requiere de una explicación adicional.

Como consecuencia del propio carácter autoritario y vertical del régimen político, la doctrina constitucional mexicana –tradicional– ha realizado sus estudios de manera aséptica y desvinculada de la realidad político-social; esto es, independientemente de que sus disposi-

tuciones de la posguerra que ha implantado el Estado democrático social de derecho (cit. por Carbonell en *Op. cit.*, p. 192, nota 637.)

(24) Vid., al respecto, CARBONELL, M., *constitución, reforma constitucional y ...*, p. 191.

(25) Sobre los mismos, vid., CÁRDENAS GRACIA, J., *Op. cit.*, p. 6.

(26) Cuernavaca, Morelos 28 de mayo de 1998.

(27) También contraviene una de las principales y, cronológicamente, primaria obligación del ejecutivo federal: «guardar y hacer guardar la Constitución» –art. 87–.

ciones se cumplan o no. Afortunadamente, recientemente se ha puesto en entredicho, no sólo las pretensiones de «pensamiento único» (28) que subyacen –y persisten– en una tal postura, sino subrayado la escasa o nula viabilidad de propuestas normativas así formuladas, descontextualizadas de la realidad (29).

Por su parte, la ausencia de un programa penal *propio* de Constitución de 1917 puede –inicialmente– explicarse debido a que, ni el Código Penal Federal de 1929 –de corta vida– ni su sucesor de 1931, aún vigente, recogieron los postulados filosóficos y políticos que se desprenden de dicho texto constitucional. Por el contrario, el Código Penal Federal de 1931 se configuró, prioritariamente y en sus aspectos fundamentales, sobre la base de la todavía en voga «escuela positivista» italiana (30).

A la postre, este modelo, sustancialmente incompatible con los postulados de la Constitución de 1917 –y *ab initio* de carácter transitorio (31)– se mostró, fácticamente, funcional con el desarrollo de un régimen de carácter autoritario y se consolidó junto con éste. En tales condiciones, resulta fácil comprender que los postulados básicos del Código penal de 1931 hayan permanecido, prácticamente, inalterados hasta la reforma penal de 1984 (32).

A partir de esta reforma, como más adelante veremos, se puede ya apreciar la interacción entre el sistema penal y el proceso de transformación del sistema político-social.

En estas condiciones, una primera –y ya impostergable– tarea consiste, precisamente, en subsanar este histórico déficit, mediante la (re) configuración del programa penal de la Constitución (33).

(28) CARBONELL, M., *Op. cit.*, p. 10.

(29) Cfr. CÁRDENAS GRACIA, J., *Transición política y reforma constitucional*, IJ-UNAM, México, 1996.

(30) Vid, en este sentido, ZAFFARONI, E. R., «La ideología de la legislación penal mexicana», en *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 85 (abril-junio 1985), p. 66 y MORENO HERNÁNDEZ, M., «Análisis de la iniciativa de reformas constitucionales en materia penal (artículos 16 y 19)», en *Criminalia*, año LXIV, núm. 1 (enero-abril 1998), p. 88.

(31) Vid. en ZAFFARONI (La ideología de ..., p. 68) las consideraciones en este sentido de la exposición de Teja Zabre.

(32) También resulta comprensible –más no justificable– que la doctrina penal tradicional mexicana haya prescindido de las directrices político-criminales contenidas en la Constitución de 1917.

(33) Entendiendo por programa penal –con ARROYO ZAPATERO– el conjunto de postulados político-criminales en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones y en el que el Juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar («Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 1 [1987], p.101).

La estructuración de este programa, de acuerdo con lo ya señalado, habrá que partir –como presupuesto– de una reconsideración de la Constitución como norma plena. De aquí, se desprende, necesariamente, una doble línea de acción: a) revalorización del Estado de Derecho y b) redefinir cuáles son, en un Estado democrático de Derecho, los fines y límites del *ius puniendi*.

Veamos, por partes, la importancia que los puntos anteriores tienen para el ulterior análisis del impacto e interacción entre la transición a la democracia y el sistema penal. Como es fácil de suponer, la mayoría los principios que, contemporáneamente, se reconocen como rectores y (de)limitadores de la potestad punitiva tienen pleno reconocimiento *formal* o son reconducibles directamente a uno o varios preceptos de la Constitución mexicana.

Así, por ejemplo, el principio de legalidad *nullum crimen, nulla poena sine lege* y las garantías que de él se desprende –penal, jurisdiccional y de ejecución– se plasman, respectivamente, en los artículos 14-III, 21 y 18 constitucionales. Otro tanto sucede con las consecuencias de aquél derivadas: prohibición de retroactividad (art. 14-I), de analogía (art. 14-III) y principio de certeza de los tipos penales (arts. 14–III, en relación con el 16-II y 19).

De igual forma, por ejemplo, otros principios, como el de humanidad de las penas, el de resocialización y *non bis in idem* se recogen expresamente (arts. 19, 22 y 23); y, por su parte, las garantías procesal penales se plasman en el extenso y rico en contenido artículo 20.

Mayor dificultad se presenta para reconducir, directamente, al texto constitucional, principios como el de intervención mínima y el de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Otros, no menos importantes, tales como el principio de culpabilidad y el de proporcionalidad, ya encuentran –como más adelante veremos– pleno reconocimiento en la legislación secundaria (34)

No basta, empero, con el mero reconocimiento formal de tales principios, sino que es necesario una –verdadera– orientación y funcionalización de todo el ejercicio del *ius puniendi* para su efectiva materialización.

(34) Cfr., básicamente, el artículo 52 del Código penal Federal (Cpf). Menos claro queda el reconocimiento de otro importante principio, el de presunción de inocencia, que algunos autores (p. ej. MORENO HERNÁNDEZ, *Op. cit.*, p. 89) pretenden incardinar, tras la eliminación de la presunción de intencionalidad, en el artículo 9 de dicho ordenamiento.

3. TENDENCIAS

Habiendo contextualizado y sentado los lineamientos básicos para el análisis del impacto y grado de interacción entre la transformación del sistema político social y el sistema penal, corresponde –ahora– acercarnos al proceso mismo. Ya hemos adelantado que, para tal efecto, bien puede tomarse como punto de arranque la reforma penal de 1984.

Según veremos este proceso de interacción –como la transición misma– no ha sido uniforme. No obstante lo anterior, sí es posible advertir, en principio, una sucesión cronológica progresiva que bien podría ser calificada, de acuerdo con su contenido, como convergente con el proceso de transición y otra que, a partir de 1996, se perfila para transitar en sentido contrario o divergente. Espacio temporalmente la primera abarcaría de 1984 a 1994 y la segunda de 1996 a la fecha.

3.1 Convergencia (1984-1994)

Con la importante reforma de 1983 (35), se iniciará un paulatino desmantelamiento de una serie de preceptos receptados por el Código penal Federal de 1931 que, como se indicó, no sólo no se correspondían con el texto constitucional de 1917, sino que resultan poco o nada compatibles con los principios de un Estado democrático de Derecho.

Así, fue erradicada –de la legislación federal– la llamada «presunción de intencionalidad», prevista en el artículo noveno y que rigió, prácticamente, sin cuestionamiento alguno, por más de cincuenta años. Con ello, se afirma, se dio cabida al principio de presunción de inocencia (36).

Asimismo, en esta ocasión, se modifican sustancialmente los criterios hasta entonces predominantes acerca de la teoría del error, que giraban en torno al *error iuris nocet*. Como consecuencia, se regula –por primera– el error como posible causa de exclusión o atenuación del delito, al tiempo que se sientan las bases para la diferenciación entre error de tipo y error de prohibición. (ex-art. 15-Cpf).

(35) Publicada en DOF de 13 de enero de 1984.

(36) En sentido, MORENO HERNÁNDEZ, *Op. cit.*, p. 89. En todo caso, la irrupción de este importantísimo principio ha sido, ciertamente, tímida y no con la extensión y grado normativo que merece –como lo hace el art. 24,2 de la Constitución española de 1978.

Por último, se introducen –al ámbito federal– como substitutivos de la pena de prisión, el trabajo en favor de la comunidad, el tratamiento en libertad y la semilibertad (art. 27 Cpf).

Poco tiempo después de esta reforma, a finales de 1985 y en la misma tesitura, se excluye del Código penal federal la –arcaica– figura de la retención (ex-art. 65) y deja de considerarse la reincidencia como causa de agravación de la pena (ex-art 78).

En este período, finalmente y por lo que respecta a las modificaciones en la parte general del Código penal federal, en 1994 se llevaron a cabo una serie de reformas y adiciones (37) que, amén de traducirse en mejoras técnicas sensibles, también pueden ser consideradas –por su contenido– como convergentes con el proceso de transición a la democracia.

Así, por ejemplo, los principios de culpabilidad y de proporcionalidad se vieron fortalecidos, al adoptarse como parámetros para la determinación de la pena, tanto en las formas comisivas individuales (arts. 52 y 12) –en sustitución de los criterios de «peligrosidad» y «temebilidad»– como en la adopción de un sistema diferenciado para la autoría y participación (art. 13).

Por su parte, el principio de legalidad se vio, sensiblemente, robustecido con la inclusión de las reglas para la punición de la comisión por omisión (art. 7.º), la precisión del contenido y requisitos de las formas comisivas dolosa y culposa (art. 9.º), así como con la introducción del *numerus clausus* para esta última (art. 60).

Finalmente, se introdujeron al catálogo de excluyentes del delito nuevos supuestos, como el consentimiento del ofendido (art. 15-III), la no exigibilidad de otra conducta (art. 15-IX) y se precisaron, con una mejor técnica, los supuestos del error de tipo y de prohibición (art. 15-VIII).

Dentro del contexto del período que analizamos se dará, también, un proceso de despenalización de algunas conductas. Así, de la mano de los principios de intervención mínima, de acto y de exclusiva protección de bienes jurídicos, abandonarán dicho catálogo punitivo los llamados delitos de golpes y otras violencias físicas simples (ex-arts. 344-347), las injurias (ex-arts. 348-349) (38) y los tipos de vagos y malvivientes (ex-arts. 255 y 256) (39).

El proceso inverso, es decir de incriminación de «nuevas» conductas –amén de poner de manifiesto, en los términos de la exposi-

(37) Publicadas en DOF de 10 de enero.

(38) Ambas, mediante reforma publicada en DOF de 23 de diciembre de 1985.

(39) DOF de 30 de diciembre de 1991.

ción de motivos del Cp español de 1995, la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las recientes necesidades de una sociedad cada vez más compleja— no se manifestará, abiertamente, sino hasta 1996. Concretamente este proceso se traducirá, por una parte, en una neo-incriminación (40) extra muros del Código penal y, por otra, en una re-codificación de figuras hasta entonces contenidas en leyes especiales (41).

Al final de este período se hicieron, ya en sede constitucional, una serie de modificaciones a las garantías o derechos fundamentales que —pese a la controversia y falta de asimilación que han generado— pueden, atendiendo a su contenido, ser incorporadas en las modificaciones convergentes.

Tales reformas (42), para los efectos que aquí interesan, se concretaron a la modificación de los requisitos o exigencias para liberar un orden de aprehensión y para sujetar a proceso —mediante el llamado auto de formal prisión— a una persona. Para tal efecto, en los artículos 16 y 19, se precisó que para la procedencia de tales actos, sería necesario acreditar los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del imputado (43).

También, en esta reforma y en la propia Constitución (art. 20-I) se modificaron sustancialmente los criterios para la procedencia de la libertad bajo caución —hasta entonces regulada por un criterio de la no excedencia de un término medio aritmético (5 años) obtenido de la suma de la pena máxima y mínima del delito imputado— para hacerla procedente, siempre que no se trate de un delito calificado por la ley como grave.

Junto con estas modificaciones y reformas, que he denominado convergentes, en el mismo período es posible advertir otras de signo

(40) Particularmente a través de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (DOF 7 de noviembre de 1996) y configuración del tipo de operaciones con recursos de procedencia ilícita —lavado o blanqueo de capitales— (DOF 13 de mayo de 1996).

(41) Delitos electorales y en materia del Registro Nacional de Ciudadanos (Título 24.º, arts. 400-413 [DOF 22 de noviembre de 1996]); delitos ambientales (Título 25.º, arts. 414-423 [DOF 13 de diciembre de 1996]) y delitos en materia de derechos de autor (Título 26.º, arts. 424-429 [24 de diciembre de 1996]).

(42) Publicadas en DOF de 3 de septiembre de 1993.

(43) En la anterior redacción, con relación a la orden de aprehensión —facultad exclusiva de un juez penal— se requería que el hecho denunciado tuviera señalada una pena corporal y que existieran datos que hicieran probable la responsabilidad del inculcado. Por lo que respecta al llamado auto de formal prisión, los requisitos precisaban la acreditación del llamado «cuerpo del delito» y la «probable responsabilidad».

contrario. Concretamente, el incremento del tope máximo de la pena de prisión hasta 50 años para determinados delitos (44) y mediante la introducción (45), vía la supresión de beneficios a los sentenciados por ciertos delitos, de sentencias de cumplimiento efectivo (art. 85 Cpf, en relación, con el 8.º de la Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados) (46). Estas medidas son, difícilmente, compatibles con los principios de resocialización y de humanidad de las penas.

3.2 1996 ¿punto de quiebra?

No obstante la irrupción de algunas medidas no compatibles con las exigencias de un Derecho penal propio de un Estado democrático de Derecho, el período analizado puede ser –en su conjunto– considerado como convergente con el proceso de transformación del sistema político-social.

Esta tendencia progresiva, a partir de 1996 y como consecuencia de nuevas reformas e innovaciones al marco normativo penal, comenzará a evidenciar una serie de ajustes.

En este año, con la aparición de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se dará –por primera vez– cabida en el Derecho mexicano a una serie de medidas (47), la mayoría de carácter procesal, que –según se afirma– son necesarias para enfrentar un tipo de delincuencia caracterizada por su alto grado de organización, violencia y presencia transnacional.

La expedición de esta Ley vino, a su vez, precedida de una –otra– reforma constitucional para posibilitar la implementación de algunas de sus medidas, regulándose y sometiéndose a control jurisdiccional la posibilidad de intervención de las comunicaciones privadas (arts. 16, párrafos noveno y décimo) (48).

En la misma reforma constitucional, se llevo a cabo una –nueva– modificación de los requisitos para la procedencia de la libertad provisional bajo caución. En su última redacción, el artículo 20-I consti-

(44) El tope máximo genérico, ya de por sí elevado, es de 40 años. Los supuestos indicados en el texto, modificados mediante decreto publicado en DOF de 3 de enero de 1989, son homicidio con motivo de una violación (art. 315-bis), homicidio calificado (art. 320) y parricidio (art. 323).

(45) DOF de 28 de diciembre de 1992.

(46) DOF de 28 de diciembre de 1992.

(47) Al respecto, por todos, cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, J., «Delincuencia organizada y Estado de Derecho en México», en *ABZ. Información y análisis*, núms. 63, 64 y 65.

(48) Publicada en DOF de 3 de julio de 1996.

tucional, conserva el criterio nugatorio cuando se trate de delitos graves y abre la posibilidad para que, previa petición del Ministerio Público, la misma se niega aun en supuestos de delitos no graves (49).

Si bien estas modificaciones e innovaciones normativas pueden considerarse –dentro del contexto aquí analizado– como un acomodo o ajuste y, por si mismas y en lo general, no susceptibles de estimarse como contrarias o divergentes al proceso de transición a la democracia, es necesario tener en cuenta, para su adecuada ponderación, elementos adicionales.

Tales elementos, no son otros, que el (pen)último (50) «paquete» de medidas anticrimen –como se le conoce en los medios– en el que se contemplan, como parte fundamental, modificaciones adicionales al marco normativo penal.

Las nuevas medidas, consisten –básicamente– en modificaciones a la Constitución, no podrían faltar, y también a la legislación secundaria. Con ellas se busca, en su conjunto y según se desprende la exposición de motivos presidencial (51), hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia.

Para lograr lo anterior, la nueva iniciativa del ejecutivo –sometida a consideración del Senado a finales del año pasado y aún en trámite legislativo– propone, en suma, la «flexibilización de los requisitos» que establece el artículo 16 constitucional para la obtención una orden de aprehensión (52).

(49) Para negar la libertad provisional en delitos no graves se requiere, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 16 constitucional: a) que lo solicite el Ministerio Público; b) que el inculpado haya sido condenado con anterioridad por un delito calificado como grave por la ley o que aquél aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, o bien un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

(50) Aún antes de que concluya la tramitación de estas medidas, el ejecutivo federal ya ha anunciado –en su último informe de gobierno– su intención de remitir al Congreso de la Unión otra iniciativa o proyecto de reformas al marco normativo penal.

(51) Cfr. en «Iniciativa presidencial de reforma a los artículos 16, 19 20, 22 y 123 constitucionales de fecha 9 de diciembre de 1997», en *ABZ. Información y análisis jurídicos*, núm. 61 (1 de enero de 1998), pp. 11 ss.

(52) Este precepto, actualmente, establece que no podrá liberarse una orden de aprehensión por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existen datos que acredite los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado. El texto de la iniciativa propone que la orden de aprehensión proceda –amén de la previa existencia de denuncia o querrela y que el hecho de que se trate esté conminado con pena privativa de libertad– cuando «existan datos que acrediten la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado» (cursivas añadidas).

También se propone una disminución, cuantitativa y cualitativa, de las exigencias para someter una persona a un proceso penal, para dictar lo que conocemos como auto de formal prisión (53) –art. 19.

Antes de continuar, es necesario tener en cuenta que estos mismos preceptos, como ya se ha visto, fueron modificados a finales de 1993 (54) con el objeto de dotar –de acuerdo a la correspondiente exposición de motivos– de mayores garantías y precisión dichos actos.

Además de lo anterior, se propone –también– modificaciones al texto constitucional, ahora en el artículo 20, para posibilitar tanto el llamado juicio penal en rebeldía o en ausencia, así como incorporar en el artículo 22 una «nueva figura jurídica» denominada –eufemísticamente– aplicación de bienes en favor del Estado (55).

Para la legislación penal secundaria, en diversa iniciativa presidencial, también del 9 de diciembre de 1997, se propone continuar la línea restrictiva o limitativa de beneficios o sustitutivos penales (56) abierta en 1992, añadiendo a los supuestos ya existentes, todos los delitos calificados como graves por la Ley (art. 27) (57). La misma disposición excluyente se propone para la libertad preparatoria (art. 87) (58).

(53) En lo sustancial, este artículo establece que ninguna detención ante la autoridad judicial podrá exceder del término de 72 horas, sin que se justifique con auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se imputa al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La iniciativa propone que, para dicho acto, bastará que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten «la plena existencia de los elementos objetivos y la probable existencia de los demás elementos del tipo penal de delito que se imputa a dicho indiciado y hagan probable su responsabilidad».

(54) Con esta reforma –según la exposición de motivos de 7 de diciembre de 1997– se «impuso a las autoridades encargadas de la procuración de justicia mayores requisitos para obtener de la autoridad judicial el libramiento de órdenes de aprehensión» y considero –además– «posiciones y teorías de escuelas que han tenido éxito en otras naciones», pero que «hoy queda claro que no correspondían plenamente al desarrollo de Derecho Penal mexicano».

(55) Además de las anteriores modificaciones, se proponen adicionar un párrafo a la fracción III del artículo 123 para establecer que los miembros de las instituciones de seguridad pública e institucionales policiales en general, podrán ser removidos de su cargo si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento de la remoción señalen para permanecer en dicha institución, sin que proceda en ningún caso reinstalación o restitución de la plaza.

(56) Tratamiento en libertad, semiliberación y trabajo en favor de la comunidad.

(57) Empero, los sentenciados por estos delitos podrán beneficiarse de la preliberación si aportan datos suficientes para lograr la aprehensión de sus cómplices, de otros delincuentes o la desarticulación de organizaciones delictiva.

(58) Medidas que, por otra, parte contrastan –chocan– con la realidad de los centros penitenciarios: sobrepoblación que, en no pocas ocasiones, rebasa el 100

También se propone, nuevamente, el endurecimiento de las sanciones privativas de libertad. Esta vez, para los supuestos en que se utilicen incapaces para la comisión de delitos (50 por 100 de incremento) y ampliando el marco legal aplicable para la tentativa punible de delito grave (del mínimo establecido para el delito de que se trate y hasta las tres cuartas partes del delito de que se trate) (59).

Asimismo en el Código Federal de Procedimientos Penales, entre otras modificaciones, se propone incrementar el ya muy dilatado catálogo de delitos graves –art. 194– y se considera, también, como grave la tentativa de los delitos así calificados. De igual forma, se propone una ampliación de hasta 72 horas del concepto de flagrancia (60).

4. RECAPITULACIÓN

Según hemos visto, en 1996, con la aprobación de la Ley Federal contra la delincuencia organizada quedaron perfiladas las bases para el desarrollo de dos tipos de respuestas penales o, si se quiere, de sistemas penales (61): uno diseñado para afrontar –según se afirma– con mayor eficacia el problema de la delincuencia organizada y otro, de carácter ordinario o común.

Las propuestas contenidas en el llamado paquete anticrimen, todavía en trámite legislativo –y ya no delimitado a cierto tipo de delincuencia, sino con pretensiones de validez *erga omnes*– no sólo constituyen una «reforma –constitucionalmente– inquietante» (62),

por 100 de la capacidad instalada. Así, por ejemplo, según datos recientes de las autoridades de reclusorios del Distrito Federal existen actualmente 16.500 internos y en breve se construirán espacios para 3.000 más. Empero, la primera cifra sobrepasa –ya– en un 110 por 100 la capacidad instalada.

(59) Cfr. artículos 57 y 63 de la iniciativa de referencia (*ABZ. Información y análisis jurídicos*, núm. 62 [16 de enero de 1998], pp. 2-4).

(60) La dilatación temporal de la flagrancia, estaría condicionada a que: a) la persona imputada sea señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado en la comisión del delito o b) se le encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente la participación en el delito y c) se trate de delito grave.

(61) En este sentido, cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S., «Prólogo» a *Derecho penal mexicano. La reforma de 1996* de Díaz de León, Porrúa, México, 1997, p. XI.

(62) Así calificada por GARCÍA RAMÍREZ, S., «Una reforma constitucional inquietante», en *Criminalia*, año LXIV, núm. 1 (enero-abril 1998), pp. 3 ss.

sino la ruptura de un proceso, mas o menos convergente, entre la transformación del sistema político-social mexicano y el desarrollo –la búsqueda– de un sistema penal propio del tipo de Estado al cual aspiramos, final y prontamente, arribar.