

CAPÍTULO V

PROBLEMAS FUNDAMENTALES

5.1. Preámbulo

Si las leyes en materia penal como dice Lardizabal y Uribe que, “de cuya bondad depende inmediata y principalmente la seguridad de los ciudadanos, y por consiguiente su libertad.”¹, no deben ser objeto de intercambio de favores políticos y mucho menos como un retroceso a modo de venganza pública.

Las leyes penales, obra de los legisladores son parte fundamental de la convivencia social, en ellas se expresan los bienes considerados imprescindibles para la convivencia entre los individuos, y su lesión o puesta en peligro hace de la amenaza penal, una realidad. La sanción subjetiva creada por el congreso se materializa, pero no es necesario llegar a ese punto, para poder prever los resultados de la creación legislativa, es más ni siquiera debería de serlo cuando ya esta escrita la ley, si no mucho antes, aun en el proceso legislativo; pero como dijimos, como todo proceso humano, éste , no es infalible, así que ante este hecho innegable, es imperioso revisar la legislación penal para reconocer las contrariedades entre los preceptuado y los principios rectores, y a la vez poder plantear soluciones al respecto.

¹ LARDIZABAL Y URIBE, Manuel de. *Discurso de las penas*. Editorial Porrúa. México: 1982, pág. 3.

5.2. Problemática

5.2.1. Escala de Punibilidades

5.2.1.1. Entidad entre el delito y la sanción

El primer problema que se presenta al momento de la creación de las leyes penales es la determinación de la sanción en relación con la descripción típica, y con fundamento en los principios mencionados en el capítulo anterior, debemos considerar ante todo, la proporcionalidad y necesidad de la sanción penal, así mismo tomar en consideración que el tipo penal a sancionar represente un daño o una puesta en peligro de un bien jurídico tutelado y la importancia de éste.

Es una operación compleja por no decir imposible buscar una identidad exacta entre el tipo y la sanción, lo cual se ha intentado por mucho tiempo y que en la Ley del Talión tenemos su ejemplo más símil pero también el más extremo, puesto que a pesar de establecer el uniforme ojo por ojo, no deja de ser una violencia ejercida sin limite, puesto que tales sanciones no permitían su división.

Ferrajoli señala dos opciones para solucionar tal conflicto, entre las que se encuentra un medio objetivo y otro subjetivo, el primero relacionando la gravedad de la sanción al daño realizado y la segunda que relaciona la gravedad de la sanción al grado de culpabilidad.²

Lo que no queda claro es la ponderación que debe darse a cada uno, si bien es cierto que la sanción penal puede medirse en tiempo o en dinero, el daño o la

² FERRAJOLI, ob. cit., pág. 399.

culpabilidad que pueda representarse en el tipo no lo es; dejando su correspondencia al criterio valorativo de los legisladores.

a) Daño

Primeramente hay que hacer la diferencia entre el daño y el peligro, puesto que la advertencia de sanción inscrita en el texto legal penal será diferente si se trata de uno u otro supuesto, por lo que Pavón Vasconcelos advierte el contraste entre ambos, mientras en el daño se concreta el resultado lesivo para un bien determinado, en la puesta en peligro tal lesión no existe, pero si la probabilidad de que ésta hubiera acaecido.³

b) Culpabilidad

Considerando a la culpabilidad como el grado de responsabilidad establecido en el precepto penal, al consignar una sanción penal más alta a aquellas conductas que se especifiquen como dolosas y menor a las culposas. Relacionando un elemento del delito para graduar la sanción correspondiente, que en la sistemática finalista esta considerado a nivel del tipo como el elemento subjetivo y en la sistemática causalista al nivel de la culpabilidad.

5.2.1.2. El parámetro de máximos y mínimos penales

Como se determino en los párrafos anteriores, la compleja e incierta valoración en torno a los criterios de lesividad y culpabilidad hacen que

³ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Diccionario de Derecho Penal*. Editorial Porrúa; México: 1997, pág. 763.

el establecimiento de la cantidad de sanción, sea más bien un ejercicio de medición que dan como resultado una relación de máximos y mínimos de sanciones. Siendo sin duda esta escala la mejor solución, pues como indica Mezger, *“la pena legal es sólo raras veces una pena absoluta, con magnitudes exactamente fijadas”*⁴; ya que al ser dicho cálculo tan subjetivo, y no poder de modo alguno llegar a un valor idéntico, es preferible un margen de discrecionalidad, que a pesar de representar también un problema ya en la instancia judicial, que yo considero menor respecto al encuadrar en una sola cifra a cada tipo penal sin la seguridad de su simetría.

En su definición de punibilidad, Olga Islas especifica que ésta se determina cuantitativamente en razón del valor del bien jurídico tutelado y del ataque a éste, en un intervalo que va de un mínimo a un máximo.⁵

Y es en relación con los bienes jurídicamente tutelados que se basa dicha escala de valores, puesto que como escribe Jhering *“La tarifa de las penalidades es la medida de valor de los bienes sociales”*⁶ y Beccaria en el mismo sentido señala que si *“la geometría fuese adaptable á las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas, en que se gradúasen desde la mayor hasta la menos dura; pero bastará al sabio legislador señalar los puntos principales, sin turbar el*

⁴ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Parte General*. Cárdenas Editor; México: 1990, pág 359.

⁵ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. *Análisis lógico de los delitos contra la vida*. Editorial Trillas; México: 1982, pág. 42.

⁶ JHERING, Rudolf. *El Fin del Derecho*, pág. 123; cit. por FERRAJOLI, ob. cit., pág. 402.

orden, no decretando contra los delitos del primer grado las penas del último”
(sic)⁷

Una vez determinada una jerarquía de bienes jurídicos, se establecen de acuerdo a su valor, del tipo de ataque (lesión o puesta en peligro) a éste, así como la consideración sobre la culpa o el dolo que se señala en el precepto; los intervalos de las penalidades.

De ahí que una vez establecidas tal relación entre sanción y bien jurídico (preponderantemente) el ordenamiento se vincule a ella firmemente, por lo que es incomprensible encontrar contradicciones en el ordenamiento penal en correlación con dicha escala.

Como lo sucedido con el contenido de algunos artículos del Código Penal Federal (CPF) cuyo bien jurídico aun siendo menor que otros del mismo ordenamiento tienen una penalidad mayor, o viceversa, preceptos que protegen un bien jurídico tutelado con una jerarquía mayor y que tienen una sanción irrelevante; ejemplos hay bastantes pero hay unos especialmente claros:

Es el caso del robo dentro de Centros Comerciales, por una cuantía de no más de cien veces el salario, que acuerdo al artículo 370 f. I del CPF (siendo la cuantía mínima), tiene una conminación de dos años de prisión y multa de hasta cien veces el salario, pudiendo agravarse la penalidad según el artículo 381BIS del CPF, de tres días hasta por diez años, específicamente al ser un establecimiento destinado a actividades comerciales, incluso es considerado un delito grave de acuerdo al artículo 194 del Código Federal de Procedimientos

⁷ BECCARARIA, Marques de, Cesar. *Tratado de los Delitos y de las Penas*. Editorial Porrúa; México: 2000, págs. 27 y 28..

Penales (CFPP) sin derecho a fianza. Llevándonos a un total en el rango superior de 12 años.

Mientras que un homicidio llamado “simple intencional”, la sanción mínima es exactamente de 12 años de prisión, o que decir de un homicidio en riña, cuya determinación de sanción mínima es de 4 años y la máxima de 12 años. Siendo la vida el bien jurídico más importante dentro de la escala de bienes jurídicos tutelados, el patrimonio en todo caso esta por bajo de ésta, lo cual demarca que intereses esta protegiendo el legislador, haciendo incoherente el ordenamiento, pues no toma en consideración, ni el principio del bien jurídico y mucho menos el de proporcionalidad.

Otro ejemplo, es lo que esta sucediendo con los delitos de cuello blanco, que involucran fraudes millonarios y que en el CPF, la cuantía más grande indica es la superior ha de ser mayor a quinientas veces el salario y la sanción planteada es de 3 a 12 años de prisión y multa de hasta cien veces el salario. Y no esta considerado por lo tanto un delito grave, por lo que los honorables defraudadores como Cabal Peniche o “el Divino” pudieron salir bajo fianza y hasta el momento quien realice fraudes por tales montos.

Esto refleja además de la ya cuestionada violación a los principios enunciados el capítulo interior, el favoritismo, la poca vinculación con la realidad del país, y la poca habilidad metodológica del legislador, pues no puede decirse menos después de ejemplos tan obvios dentro del Código Penal Federal. Siendo muy ciertas las palabras de De La Barreda Solorzona al decir que *“el Estado, al ejercitar el ius puniendi, no sólo pierde legitimidad al conminar penalmente*

conductas que no afectan las condiciones indispensables para la preservación de la coexistencia social, sino también cuando rompe la proporcionalidad entre bien jurídico y punibilidad”⁸

5.1.1.3. Propuesta

5.1.1.3.1. Reducción del límite máximo de las penalidades

Si como hemos señalado, es imposible una graduación exacta entre el tipo y la sanción por parte de los legisladores, además de que como se ha ejemplificado, el uso de las penas es en beneficio de intereses de ciertas clases sociales, es necesario fijar en relación con los principios, sobre todo el de proporcionalidad un límite al máximo de la penalidad, sobre todo a las privativas de libertad. Es una pena, que el propio legislador en vez de frenar el aumento desmedido de penalidades, sea quien las propicia, lo cual hace necesario que éste límite deba ser fijado constitucionalmente, que si bien no deja de ser imposible su constante reforma, al menos sugiere un procedimiento más elaborado y con un mayor interés por parte de los sectores de la sociedad.

Y aquí surgen otras dificultades, sobre el cual debe ser este límite máximo, que a la vez implique la proporcionalidad con el delito y no llegue a los actuales límites que rayan en la crueldad y degradación.

⁸ DE LA BARREDA SOLORZANO, Luis. *Justicia Penal y Derechos Humanos*; 1ª. ed. Editorial Porrúa, México: 1997.

Ferrajoli, asevera que no deben rebasar los 10 años, cualquiera que sea el delito⁹, mientras que Zaffaroni, dice que debemos atenernos a un límite máximo de veinte años, y así es posible subir y bajar el monto, pues habrá quien crea que 30, 40 o 50 años son los proporcionales a los delitos más graves, sin embargo creo que lo importante es pugnar por la disminución, que teniendo hoy en día un máximo de 70 años, hay un rango muy amplio para ir al menos de forma gradual, hacia una disminución que sí consideró debe ser menor de 30 años de prisión. Sin repercusiones graves para los fines amenazadores de la punibilidad.

5.1.2. Abuso de la pena de prisión

Cualitativamente los legisladores también están cayendo en un problema significativo, pues han abusado en sobre manera de la pena privativa de libertad. Que si bien no se refleja como un gran inconveniente en el puro apercebimiento legislativo, sí condiciona, ya en la fase ejecutiva, al momento de cumplir materialmente la sanción, problemas de sobrepoblación, salubridad, corrupción dentro de los Centros de Readaptación, propios de aquella instancia y que no serán desarrollados en este trabajo. Lo que si se tomará en cuenta, es que el legislador puede hacer desde su pre - determinación legal, un uso moderado de la pena de prisión, con su vista puesta en las fases subsecuentes; pues su integración hemos ya determinado, debe ser de integración, de tal manera, que a pesar de contar cada estadio con fines específicos, deben prever

⁹ FERRAJOLI, Luigi, ob. cit. pág. 414.

sus repercusiones en los otros, sobre todo el legislativo, que predispone en gran medida aunque no absolutamente los dos posteriores.

Suponiendo que entre más tipos delictivos amenazados con pena privativa de libertad existan en el ordenamiento penal, más uso harán de estos los juzgadores y en la fase ejecutiva, consecuentemente se tendrán más reos y por ende más condiciones de dicha estancia que mejorar; siendo clara la existente relación entre estos de causa- efecto.

El legislador, puede evitar esta cadena viciosa, pues esta en sus manos hacer uso en primer lugar, en menor medida de la prisión. Si bien su abolición se torna lejana, *“como un cántico de sirenas”* escribe Luis de la Barreda¹⁰, si es posible echar mano de otras sanciones menos dañinas para la disocialización de actor del delito, la pena de prisión sólo debe determinarse legalmente cuando el daño al bien jurídico lo justifique, pues de otro modo sería otro modo de violentar el principio de proporcionalidad y necesidad de la pena, pues hay que tomar en cuenta que valor tiene la libertad de la persona en relación con otros bienes jurídicos tutelados, y así darnos cuenta que sin duda la restricción de la libertad es una sanción desproporcionada en relación con delitos como las amenazas (art. 282 del CPF), o el adulterio (artículo 273 también del CPF).

Como escribe Roxin, *“la pena privativa de libertad fue una vez un gran progreso en el camino hacia la humanización del derecho penal, porque con ella se relevaron los crueles castigos corporales de tiempos pasados. Hoy, antes de*

¹⁰ DE LA BARREDA SOLORZANO, Luis. “Abolir la prisión: un cántico de sirenas”, en GRANADOS CHAVERRI, Monica, et al., *El Sistema Penitenciario: Entre el temor y la esperanza*. Orlando Cárdenas Editor, México: 1991, pág. 143.

*exigir el incremento de las penas privativas de libertad y más cárceles, se debe tener a la vista sus inconvenientes*¹¹, hoy en día es necesario buscar las soluciones a la delincuencia a través de otras sanciones, de ahí que en tiempos ya no muy recientes, en el país se habla ya de sustitutivos de prisión.

5.1.2.1. Propuesta

5.1.2.1.1. Sustitutivos Penales

Como ya se dijo, los sustitutivos de la pena de prisión no son nuevos en el país, - quizá por eso de su abandono- que se puede vislumbrar desde 1970 y su mejor propuesta en 1983, donde se adoptan figuras como tratamiento en libertad, la semilibertad y el trabajo a favor de la comunidad, sujetos al arbitrio judicial, cuya aplicación se determina en relación con las circunstancias del caso, la personalidad y antecedentes del delincuente, estableciéndolas solo para sustituir penas privativas de libertad cortas.

García Ramírez señala, que si bien la intención de reducir tanto las penas privativas de libertad, así como la prisión preventiva es en si un gran logro para el sistema penal mexicano; es momento de ampliar dichas posibilidades puesto que *“multiplicar los sustitutivos para impedir reclusiones improcedentes, como ha sido el objetivo de muchos reformadores de*

¹¹ ROXIN, Claus. “Problemas actuales de política criminal”, en DIAZ – ARANDA, Enrique, et al. *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*. UNAM. México: 2001, pág. 92.

los últimos años, es indudable mente acertado. Ya no lo es tanto multiplicarlos sólo bajo la idea de “despresurizar” las prisiones”¹²

En materia legislativa, optar por sustitutivos penales debe elegirse, siempre en relación a los bienes jurídicos tutelados, incluso sin dejar en manos del juzgador su aplicación o no, ya que se podría caer en la hipótesis que expresa Zaffaroni “ *que estén en el código y no se apliquen nunca*”¹³, el legislador debe tomar en sus manos la responsabilidad de adoptar a los sustitutivos penales como penas principales y no como opciones para la fase de punición.

Si el bien jurídico tutelado por la norma se entiende de poca cuantía, no debe prestarse a que un habiendo la posibilidad de que sea aplicada una pena sustitutiva, se siga sentenciado a penas privativas de libertad, como se dijo, la relación causa efecto entre las fases de determinación de la pena, hacen necesario dicho reconocimiento, y de manera directa en la norma penal; pues solo de esta manera se verá una real aplicación de estos avances para la supresión de penas privativas de libertad innecesarias en relación al bien jurídico tutelado (sobre todo).

Esto forma parte del proceso de despenalización de la conducta, o bien, dicho de otra manera, de la creciente racionalidad en la construcción del sistema normativo penal, por lo que toca a las consecuencias jurídicas del delito. También coincide con la idea de que el Estado debe

¹² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Desarrollo de los sustitutivos de prisión” en *Las penas sustitutivas de prisión*. Cuadernos para la reforma de la Justicia, no. 2. Varios Autores. UNAM. México: 1995, pág. 85..

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. “Las alternativas a la prisión”, en *Las penas sustitutivas de prisión*. Cuadernos para la reforma de la Justicia, no. 2. Varios Autores. UNAM. México: 1995, pág. 19.

moderar, hasta el mínimo posible, el empleo de los recursos más severos del control social¹⁴.

5.3. Conclusiones

La determinación cuantitativa y cualitativa de la pena en fase legislativa, se ha convertido actualmente en un problema estructural jurídico, ya que la cantidad se ha vuelto desproporcionada al bien jurídico tutelado, llegando incluso a los 70 años a nivel federal, y en relación a la calidad de la pena, es decir cual, el abuso de la privativa de libertad es un hecho contundente.

El legislador, por su parte ha pasado por alto los principios rectores sobre la punibilidad, y nos percatamos que dejando a un lado las consecuencias que sus acciones pueden acarrear en las siguientes instancias, sigue inflando la cantidad de sanción jurídico y prescribiendo sanciones privativas de libertad, aun en los casos que pueden ser tratados con penas menos perniciosas.

El tener un límite máximo de las sanciones a nivel constitucional, por debajo de los 30 años, así como plantear sustitutivos como penas principales son dos propuestas que considero podrían reflejar un avance para el derecho penal, para el poder determinador del legislativo, y en virtud de su correlación, para todo el sistema penal, además de reflejar un ambiente progresivo para los ciudadanos del país y también para el extranjero.

¹⁴ GARCÍA RAMÍEREZ, Sergio. “Desarrollo de los sustitutivos de prisión” en.ob. cit., pág. 39.

