

II. Bases jurídicas de la acción punitiva del Estado	29
1. Fundamento constitucional de las sanciones	29
A. Principios sustantivos o materiales	30
B. Principios adjetivos	31
C. Principios ejecutivos	31
2. Legitimación punitiva del Estado	35
A. El Estado de derecho	36
B. Limitantes a la facultad punitiva del Estado	37
C. Criterios limitadores para imponer una pena	39

II. BASES JURÍDICAS DE LA ACCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO

1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LAS SANCIONES

La Constitución, nuestra ley suprema, es fuente del derecho penal porque los principios en ella contenidos constituyen directivas generales, a las que el legislador tiene que ceñirse; muchas de sus normas poseen un valor normativo concreto y están destinadas a la generalidad de los habitantes del país; asimismo, una disposición penal que se declarara contraria a la Constitución perdería su fuerza obligatoria *erga omnes*, y porque en ella existen principios jurídicos fundamentales para el derecho penal, como el propósito general de la seguridad jurídica, al que le sigue el de la readaptación social del infractor.

Estos principios están presentes en la triple proyección del régimen punitivo: el sistema sustantivo, el sistema adjetivo y el sistema ejecutivo. En los tres casos destaca la preocupación por la legalidad, como demostraremos más adelante.

Históricamente, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es producto de la Ilustración. Así aparece ya en las constituciones americanas de Virginia y de Maryland en 1776, en el código penal austriaco de José II en 1787, en la famosa Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 y poco después en el Derecho Territorial General Prusiano en 1794. Actualmente se le reconoce en casi todos los códigos penales del mundo civilizado incluyendo la legislación penal de los países ex socialistas, desde que en 1958 fue acogido de nueva cuenta por la legislación penal de la Unión Soviética.

La Convención Internacional para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (llamada abreviadamente Convención de Derechos Humanos), tiene fuerza de ley en la República Federal de Alemania porque contiene en el artículo 7, párrafo

primero, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, con toda la deseable claridad: nadie puede ser castigado por una acción u omisión que en el momento de su comisión no fuera punible según el derecho nacional o internacional. Tampoco puede imponerse una pena más grave que la que tuviera asignada la acción punible en el momento de su comisión.²⁵

A. Principios sustantivos o materiales

Encontramos el fundamento constitucional de las sanciones en su doble perspectiva: la legalidad incriminadora y sancionadora, que abarca también el principio de *nulla poena sine iudicio*. Es un principio de tipicidad respecto a la conducta declarada punible, y también un principio de atribución legal, por lo que hace a la pena o medida de seguridad del hecho ilícito. Así, encontramos consignada en nuestra Constitución, en el tercer párrafo del artículo 14, la prohibición de imponer pena alguna que no esté establecida por una ley exactamente (en realidad, estrictamente) aplicable al delito de que se trata. El principio prohíbe que una conducta sea sancionada o su penalidad agravada con una ley posterior a su comisión, a la que se conceda efectos retroactivos. De aquí se sigue el carácter estrictamente legal del delito, la continuidad del derecho penal y la prohibición de la integración judicial, en particular la referida a la analogía. En la mayoría de las ramas del derecho, la analogía es un excelente medio de búsqueda del derecho; sin embargo, en derecho penal se prohíbe en tanto repercute en perjuicio del reo. Así, el artículo 14 dispone en su párrafo tercero lo siguiente: “En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata”.

Otro de los principios que corresponde recordar en este momento, contenido también en nuestra ley suprema es el de la humanización e individualización de la pena. El derecho moderno terminó con los castigos crueles y la herencia de la culpa, ahora se proclama la sanción redentora o readaptadora; en otras palabras, la humanización de la pena.

El derecho mexicano tomó principalmente del derecho constitucional anglosajón la prohibición de las penas crueles, refiriéndose no sólo a las inhumanas y degradantes, sino también a la mutilación, la infamia, las marcas, los azotes y el tormento, las inusitadas y trascendentales, la multa excesiva

25 Roxin, Claus, *Iniciación al derecho penal de hoy*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1982, p. 100.

y la confiscación de bienes (artículo 22 constitucional reformado el 28 de diciembre de 1982).

En la misma línea se sitúa la disposición del código penal referente a que “la responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley” (artículo 10).

B. Principios adjetivos

Corresponde aquí hacer alusión a que el Estado moderno detenta como facultad exclusiva el poder de sancionar y readaptar al delincuente, surgiendo así el proceso público como único método para discernir la responsabilidad penal y las consecuencias jurídicas que nacen de ella. El artículo 17 constitucional prohíbe la autojusticia al proclamar que “los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley; su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.

Otro derecho que consagran los artículos 16, 18 y 20 constitucionales surge de un principio fundamental en materia penal, el de *nullum delictu, nulla poena, sine lege*, por lo que se entiende que sólo los hechos tipificados en la ley como delito son susceptibles de sancionarse penalmente. Y conviene recordar que no todos los delitos consignados en nuestro derecho punitivo conllevan la pena privativa de libertad, y sólo tratándose de ilícitos que lleven asociada dicha sanción, el sujeto será privado de su libertad deambulatoria.

C. Principios ejecutivos

Siguiendo con el principio de legalidad, en este apartado nos corresponde decir que el mencionado principio *nulla poena sine lege*, no abarca la ejecución de las penas.

Casi todos los países tienen normas constitucionales orientadas al cumplimiento de las penas. En México, el artículo 18 constitucional indica que “sólo por delitos que merezcan pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”. Nada más este primer párrafo se ha mantenido hasta nuestros días sin modificación.

Con el tiempo las entidades federativas comenzaron a adoptar normas sobre ejecución penal hasta desarrollar un sistema penitenciario que incluye

en la actualidad leyes de ejecución, reglamentos institucionales y actos administrativos.

El segundo párrafo del mismo artículo impone que

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

Dicho párrafo en su versión original sostenía que “los gobiernos de la Federación y los Estados organizarán en sus respectivos territorios el sistema penal —colonias, penitenciarias o presidios— sobre la base del trabajo como medio de regenerar”,²⁶ manteniéndose esta redacción por cerca de 40 años. En 1965, según publicación hecha en el *Diario Oficial de la Federación* con fecha 23 de febrero, se estructuraron los párrafos segundo, tercero y cuarto, de la siguiente manera:

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

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

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

La última reforma hecha a este artículo apareció publicada en el *Diario Oficial* con fecha 4 de febrero de 1977, para poner en vigor un sistema de intercambio de reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compur-

²⁶ El texto del artículo aprobado la tarde del sábado 27 de enero de 1917 era el siguiente: “Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal —colonias, penitenciarias o presidios— sobre la base del trabajo como medio de regeneración”. La historia legislativa de este artículo puede consultarse en el tomo IV de la obra *Los derechos del pueblo mexicano*, México, Cámara de Diputados-Porrúa, 1985.

gando penas en el extranjero, con el fin de que cumplan sus condenas en su país de origen, y para que reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos de orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, pudiesen a su vez ser trasladados a su país de origen y residencia. Dicho traslado estará sujeto a tratados internacionales celebrados para tal objeto, con base en una justa reciprocidad penal.

El cambio más importante lo encontramos en que la pena fue por mucho tiempo retribución por el ilícito cometido, y para los demás, ejemplo del castigo a que se harían acreedores de encontrárseles en la misma situación. En nuestro país, a partir de los últimos años la pena (y las medidas de seguridad con la reforma al Código Penal publicada en el *Diario Oficial* el 13 de enero de 1984), tiene como función lograr la readaptación del sentenciado, o en palabras de Sergio García Ramírez, “ahora se carga el acento en el designio readaptador de la sanción, que deviene en ‘medicina del espíritu’ y factor de conciliación (axiológica o solo conductual) entre la sociedad y el infractor”.²⁷

Esto es acorde con el derecho penal contemporáneo, que se define por el respeto cada vez mayor a la libertad individual, la restricción del principio de autoridad y el reconocimiento de la dignidad humana.²⁸ Así, el ordenamiento jurídico punitivo se ha transformado, y con éste, el concepto de sanción, así se ha evolucionado de la pena castigo a la pena fin y al mismo tiempo pena protección.²⁹ De lo que se trata es de ver a los delincuentes bajo un enfoque distinto, algunos de los cuales es posible que después de un tratamiento readaptador, encuentren una segunda oportunidad de vivir en

27 García Ramírez, Sergio, *Derecho penal*, México, UNAM, 1983, p. 21.

28 El profesor Francisco Muñoz Conde, respecto del derecho penal moderno, afirma que dirección y crítica son las dos funciones que tiene encomendadas. Su naturaleza es tanto política como jurídica. Su origen hay que buscarlo en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, en el que por lo menos a nivel teórico, el poder del Estado pasa a ser controlado y limitado. A partir de esa época, el derecho penal empieza a considerarse un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad que sólo debe emplearse contra ataques muy graves a esos valores y en una forma controlada y limitada por el imperio de la ley. El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto se quiere decir que el derecho penal debe intervenir solamente en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Cfr., *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975, pp. 58-59.

29 Sergio García Ramírez afirma: “Ha habido debates sin pausa sobre la naturaleza y la finalidad de las penas. La idea de fin, que engendra la fuerza del derecho, está reconocida también en la pena. En la mutua contienda de las teorías penales sobre el fin de la pena, se depura la opinión del legislador, que, cada vez más separado de la prevención general, se ve obligado a ver el fin de la pena en la adaptación y segregación del delincuente”, en *Los derechos humanos y el derecho penal*, México, Miguel A. Porrúa, 1988, p. 147.

comunidad en forma armoniosa. La pena es un medio para un fin, y en palabras de don Antonio Sánchez Galindo, la pena es un medio para hacer de un delincuente un hombre provechoso y útil.³⁰

Congruente con esto, nuestro artículo 19 constitucional, en la parte final, dispone que todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.

Como vemos, las prohibiciones, obligaciones y requisitos están destinados a normar la conducta tanto de las autoridades judiciales encargadas de ordenar dicha detención y de quienes la llevan a cabo, así como de aquellas que tienen a su cargo la ejecución de esta medida cautelar y de la pena resultado de una sentencia. Los abusos en esta materia deben ser denunciados y reprimidos por las autoridades. Contamos para ello con una Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura,³¹ y un capítulo del código penal referente a delitos cometidos contra la administración de justicia.

Del artículo 18, que es la base de nuestro sistema penitenciario, se puede decir mucho.³² A partir de su reforma en 1965 hemos comenzado a hablar de la readaptación social como el fin de todas las penas. Dicha concepción y su inclusión a nivel constitucional puede servir como concesión a la administración penitenciaria para dotarla de posibilidades intolerables de manipulación del individuo, manipulación difícilmente evitable porque es la propia dirección de la prisión quien señala el modelo sobre el que gira el tratamiento rehabilitador, ante la ausencia de una ley de ejecución de penas que se ocupe de regular en su totalidad la ejecución de la pena.

Las leyes penales conciben la pena como castigo proporcionado a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor. La orientación de readaptación social que la Constitución quiere darle a la pena, debiera entenderse como una de las finalidades hacia la que debe dirigirse la ejecución de la pena privativa de libertad. En este sentido la ejecución o cumplimiento de

30 La pena correcta, es decir, la pena justa, es la pena necesaria. Justicia en derecho penal quiere decir respeto de la magnitud de pena exigida por la idea de fin. El ideal de la justicia punitiva es la completa vinculación del poder estatal a la idea de fin. Franz von Liszt afirma que, "sólo la pena necesaria es justa. La pena es, a nuestro juicio, medio para un fin. Pero la idea de fin exige adecuación del medio al fin y la mayor economía posible en su administración", en *La idea de fin en el derecho penal*, Valparaíso, EDEVAL, 1984, p. 106.

31 *Diario Oficial de la Federación*, 27 de diciembre de 1991.

32 Cfr., García Ramírez, Sergio, *El artículo 18 constitucional; prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, UNAM, 1976.

las penas privativas de libertad deben ir acompañadas por toda clase de actividades con vistas a ayudar al recluso en el desarrollo de su personalidad y con respeto a su dignidad, manteniendo separado el hecho de la readaptación, ya que ésta no se logra sólo con la aplicación de penas. Lograrla es tarea de la sociedad en general, tanto para los privados de su libertad como para los que no lo están, además de los que lo estuvieron y se incorporaron nuevamente a ella.

2. LEGITIMACIÓN PUNITIVA DEL ESTADO

Al parecer, es admitido universalmente el derecho del Estado a castigar cuando se transgreden las normas establecidas que permiten la convivencia social. Ha sido siempre utilizado el derecho penal como el aparato represivo para conservar el orden, sólo que su concepción ha sufrido en los últimos años hondas modificaciones con la aparición de nuevas tendencias en la aplicación de las penas, no hablamos nada más de su humanización, sino también de toda una discusión del sistema hasta sus raíces.³³

¿En dónde reside la legitimación punitiva del Estado? En la situación actual del desarrollo del derecho penal hay escepticismo tanto entre los estudiosos de la política criminal como entre los criminólogos. Todos se han preguntado por el fundamento de esa rama del derecho, y discutido la legitimación de la intervención punitiva del Estado así como los fundamentos para imponer una pena.

El *ius puniendi* representa una potestad cuya titularidad es compartida por los tres poderes del Estado. Así, al poder legislativo le corresponde amenazar con penas a los autores de conductas infractoras de las normas. El poder judicial se ocupa de aplicar las penas en los casos concretos, luego del correspondiente proceso penal. Al poder ejecutivo (entiéndase la auto-

33 Para lograr una modificación integral se requiere de la cooperación de todos los sectores: de la sociedad en ofrecer oportunidades a todos los niveles y dejar de estigmatizar; de las autoridades se requiere verdadera voluntad para cumplir su trabajo; así como de los policías se necesita que cumplan con su trabajo subordinado al mandato constitucional y a las órdenes del juez; de los jueces se requiere preparación legal y criminológica, honestidad y acercamiento a los sujetos que están juzgando. Igualmente, que no se olviden de ellos mientras se encuentran detenidos en un reclusorio mientras dure el proceso, ya que hay frecuentes denuncias de actos arbitrarios que se cometen con los detenidos, y de los cuales el juez —bajo del que se encuentran a disposición— no se da por enterado; de las autoridades encargadas de los centros de readaptación social, se requiere, sobre todo, que conozcan y valoren su trabajo, que sean honestos ya que es todavía más grave el abuso cometido con quien ha perdido uno de los bienes más valiosos: la libertad.

ridad administrativa) le corresponde la ejecución de la sentencia condenatoria y el cumplimiento de las penas.

El derecho penal no es la única fuerza represora o punitiva dentro de nuestra sociedad, pero sí es la más visible y la más tétrica. Hay un concepto más amplio que abarca el control de los individuos de un conglomerado; el control social, y éste es básico para la existencia del derecho penal, es decir, el disciplinamiento de los individuos que conforman grupos sociales en función del respeto debido a las reglas del juego de determinados intereses. El problema está en cómo fundamentar las sanciones penales, aplicarlas y limitarlas, para que las garantías del individuo sigan respetándose.

El derecho penal reprime o sanciona el delito donde éste se manifiesta, pero no donde se produce; no ataca las causas porque esto no está dentro de sus funciones, sino que está dentro de las del control social, o sea el sistema social donde el derecho penal se incluye.

Hoy por hoy, el derecho penal es una realidad existente y no podemos prescindir de él, pero está en nuestras manos ponerle límites, por lo pronto; para lograr después no un derecho penal mejor sino “algo mejor que el derecho penal” que ocupe su lugar.³⁴

A. *El Estado de derecho*

Un Estado de derecho es el que cuenta con un orden jurídico y norma en él su estructura y funcionalidad, sobre todo el que respeta los derechos humanos. Dentro de ese Estado democrático de derecho, no es compatible un sistema penal totalitario o autoritario que se manifiesta, en sus diferentes niveles y aspectos, como extralimitación del *ius puniendi* y, consecuentemente, como inobservante de los derechos humanos, los que, por ello, se ven constantemente vulnerados de modo constante en el ejercicio de aquél. Siempre que se maneje la vigencia del Estado de derecho y democrático, estará presente la idea de que el poder penal no es absoluto, sino limitado, y que su ejercicio sólo se legitima si se orienta en beneficio del hombre y no en su perjuicio. En un Estado de este tipo (democrático y de derecho) rige la idea de que en las decisiones políticas debe prevalecer la voluntad mayoritaria de la población, con lo cual los legisladores —quienes en definitiva tienen la función de decidir cuándo, en qué casos y cómo puede

³⁴ La frase es de Gustav Radbruch. Francisco Muñoz Conde lo cita en de su libro *Introducción al derecho penal*. cit., pp. 168-176.

imponerse una pena— sólo pueden legitimar su proceder en la medida en que para ello tomen en cuenta las manifestaciones de los diversos sectores de la población. En otras palabras, los diputados y senadores deben ser ante todo objetivos y racionales.

B. *Limitantes a la facultad punitiva del Estado*

Hablábamos de poner límites a la actividad estatal, y es aquí donde aparecen las limitantes a la facultad punitiva del Estado.

a) Se expresó ya que el Estado está legitimado para adoptar las medidas necesarias con el fin de prevenir (pensemos aquí en medidas que no tienen relación alguna con la materia punitiva) y reprimir las conductas criminales; recordemos que el derecho penal deberá intervenir como último recurso. No le corresponde presidir toda conducta de los ciudadanos, ya que para ello el Estado cuenta con otros recursos y medidas no punitivas. El profesor Roxin definió al derecho penal como resultado de la reflexión científica sobre los presupuestos de la coexistencia social y medio para defender la libertad contra ataques de terceros.

Eso es algo sabido desde hace ya bastante tiempo. Pero sólo en los últimos años empieza a imponerse la idea de que el derecho penal solamente puede ser utilizado en todos los ámbitos sociales como un remedio sancionatorio extremo.³⁵

b) Aunado a lo anterior está el principio del bien jurídico, pues la tutela penal debe utilizarse solamente para bienes jurídicos esenciales que permitan un desarrollo armónico en sociedad. Otros bienes de menor importancia deberán estar protegidos por legislaciones secundarias y con sanciones de tipo administrativo. No se trata de educar a través del conocimiento de las sanciones penales existentes, ni de gobernar con el código penal en la mano.

La imposición de una pena sólo está justificada allí donde el comportamiento prohibido perjudique de manera insostenible la coexistencia, libre y pacífica de los ciudadanos, y no sean adecuadas para impedirlo otras medidas jurídicas y político sociales menos radicales.³⁶

³⁵ Roxin, Claus, *op. cit.*, p. 31.

³⁶ *Ibid.*, p. 32.

c) El derecho penal debe partir de una culpabilidad de acto y no de autor, ya que el juicio de reproche se hace por hechos propios, contrarios a la norma específica de derecho penal (acto típico), y contrario al ordenamiento jurídico en su totalidad (aspecto antijurídico).

d) En cuanto al principio de culpabilidad como fundamento para imponer una pena, debemos entenderlo a partir del fundamento del juicio de reproche hecho al autor del ilícito: haber podido obrar de manera diferente, reconociendo que tenía libertad de escoger entre actuar conforme o contrario a lo dispuesto por las normas. En este momento, este principio aparece como la garantía del fundamento de la aplicación de la pena, en cuya virtud sólo puede ser aplicada por hecho anterior, imputable a dolo o a culpa, a persona que conociendo lo que debía hacer, y la significación jurídica de lo que hacía lo hizo a pesar de todo, pudiendo haber hecho otra cosa. De este principio deben de nacer todas las garantías de las que en este trabajo se habla.

Este planteamiento basado en la idea de libertad de voluntad, ha sido objetado por diversos autores. Aquí reproduzco el del profesor Muñoz Conde, quien expresó que,

para poder esperar fundadamente un comportamiento determinado de un individuo hay que partir de la convicción de que las normas penales están de tal modo introyectadas en su subconsciente, por vía educativa, social, cultural, etcétera, que operan como motivaciones eficaces en su conciencia, ordenando adecuadamente su comportamiento. Mas si por el contrario, el individuo no participa de las valoraciones recogidas en la ley penal, no las comparte y, por eso mismo, ellas no pueden ser factores 'contramotivadores' de sus actos, más que en la medida en que sea eficaz la amenaza, no será posible afirmar que el transgresor de la ley penal ha defraudado el derecho que la sociedad tenía a esperar de él un determinado comportamiento, derecho que se fundaba en que 'todos compartían la necesidad de respetar ciertos valores', y que, en su virtud, ha dado lugar al nacimiento de un derecho a la reacción penal.³⁷

Terminamos con este último principio porque lo más adecuado es recurrir al principio de culpabilidad como limitador a la excesiva facultad punitiva del Estado, pese a las críticas, ya que éste considera a sus ciudadanos personas capaces de decidir autónoma, libre y responsablemente, y esto es

37 Aparece citado por Gonzalo Quintero Olivares en *Represión penal y Estado de derecho*, Barcelona, Diosa, 1976, p. 36.

válido no sólo para el derecho penal, sino para todo el ordenamiento jurídico.

C. Criterios limitadores para imponer una pena

En el primer apartado se dijo que a nivel legislativo también encontrábamos presente el principio de legalidad. El Estado interviene a través de su cuerpo legislativo con el fin de proteger bienes jurídicos, individuales o colectivos, fundamentales para una vida ordenada en comunidad. Dicho cuerpo legislativo crea tipos penales a los que asocia una sanción contra quien los ataque o los ponga en peligro; con lo cual se intenta proteger a la sociedad. El órgano legislativo debe ajustarse a lo que nuestra Constitución indica para el proceso de formación de leyes penales. Nos queda esto muy claro en la fijación de la pena para cada tipo penal.

Como materia de prohibición o de obligatoriedad en su cumplimiento, las normas penales únicamente regulan conductas humanas. Recordemos que nos encontramos en un derecho penal de acto y no de autor.

Estructurar un sistema de sanciones es un verdadero problema al que debe enfrentarse el legislador que renueva o crea un código penal. No podrá olvidar los principios de prevención general y especial en el momento de incorporar la sanción a la conducta típica en particular, intentando lograr con ella los fines reconocidos. En el caso de la pena privativa de libertad, los de custodia y de readaptación. La norma penal en la fase de ejecución no abandona su carácter jurídico de protección. Los derechos del delincuente, aun durante la ejecución de la sanción, deben ser protegidos y asegurados en lo que la sanción no los limite.

En términos generales, determinar la pena será fijar cuáles han de ser las consecuencias jurídicas que debe producir el injusto penal. Esto lo hará el juez tomando en cuenta la gravedad del hecho, su naturaleza y las condiciones que concurren en el autor (véanse los artículos 51 y 52 de nuestro código penal). La elección de la sanción deberá hacerla entre las legalmente previstas (el catálogo de penas y medidas de seguridad se encuentra en el artículo 24 del código penal). Por consiguiente, en todo caso, la determinación de la pena tiene necesariamente dos etapas: la legal y la judicial. A esos dos estadios se les une otro anterior: la determinación constitucional de la pena. Nuestra ley suprema establece los únicos casos en que puede establecerse la pena de muerte y las finalidades que se reconocen como únicas

lícitas que persigue la represión.³⁸ La búsqueda de la pena justa es el objetivo prioritario del derecho penal y, sin embargo, éste ha sido menos estudiado que el tema de la culpabilidad. La punibilidad y su determinación no ha producido mayores debates. El penalista se ha ocupado por dilucidar cuándo se debe castigar al autor de un hecho, pero no cómo debe darse ese castigo. La ejecución de la pena dejada en manos de simples ejecutores dé una sentencia nos ha llevado a permitir los excesos y arbitrariedades que actualmente conocemos.³⁹

El problema de la determinación de la pena es de una gravedad incuestionable y, además, repleto de dificultades; las cuales, si aún no están suficientemente desbrozadas es porque ante todo no se ha formulado todavía una decisión político-criminal sobre el fin de la pena, pero también porque el tema en general acusa una grave falta de atención que es de esperar se corrija en el futuro.⁴⁰

38 El artículo 22 constitucional establece en su tercer párrafo que podrá imponerse la pena de muerte en los casos del traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiario, al saltador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

39 Las demostraciones de corrupción que aparecieron en julio de 1989 (desde 1987 los militares se encontraban al frente de la administración de las prisiones) respecto a los excesos que se permitieron a los internos detenidos por delitos contra la salud en su modalidad de narcotráfico, demuestran que tan corruptos son los civiles como los militares, solamente que los segundos son mucho más estrictos en el orden, y por lo mismo es más difícil conocer lo que pasa dentro de las prisiones. Apenas en junio del mismo año, las comisiones de Administración de Justicia y de Educación, Salud y Bienestar Social de la Asamblea de Representantes visitaron los reclusorios norte, sur y oriente, y del primero reproduzco parte del informe publicado en la revista *Proceso*, núm. 658, del 12 de junio: "Victor Orduña, presidente de la Comisión de Administración, pidió que lo condujeran a la zona de alta seguridad. Apenas habían dado unos cuantos pasos, cuando los internos confinados en esa área los rechazaron. A gritos exigieron que se fueran de ahí. Los asambleístas continuaron su camino, pero los reclusos se endurecieron. ¡Fuera, fuera!, gritaron. Ante esa situación, abandonaron el penal, tras de responsabilizar a las autoridades de ese hecho".

40 Quintero Olivares, Gonzalo, "Política criminal y determinación de la pena", en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1978, núms. 1 a 4, p. 66.