

879309 18  
25.

# UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO

Con Estudios Incorporados a la  
Universidad Nacional Autónoma de México

CLAVE: 879309



## " LA JUDICIALIZACION EN LA EJECUCION DE LA PENA CORPORAL "

TESIS.

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO.

PRESENTA:

JOSE ANTONIO GUEVARA RAYA

ASESOR:

LIC. JOSE MANUEL GALLEGOS GONZALEZ.

CELAYA, GTO.

TESIS CON  
LA DE ORIGEN

269771

ABRIL 1998



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## A DIOS

Porque a El le debo la vida,  
y todo mi trabajo de investigación  
lo hice con mucho amor, en base  
a mi fe y convicción.

## A MIS PADRES

Jesús Guevara González  
Micaela Raya Carpio

Esto es de ustedes, ya que  
me han ayudado en todo momento.  
gracias por todo lo que me han dado;  
sus bendiciones y sus sabios y humildes  
consejos que siempre los llevaré  
en el fondo de mi ser.

## A MI ESPOSA: HORTENSIA

Tú que siempre fuiste  
una gran motivación  
en mi trabajo de tesis  
a ti con mucho cariño.  
Gracias por todo.

**A MIS HIJAS:**

**ANDREA Y SANDRA DANIELA**

**Verdaderos estímulos para mi superación profesional y esperanzas de cristalización de mis mejores proyectos para mi futuro, y ser un ejemplo a seguir.**

**A MI ABUELITA:**

**HERMELINDA GONZALEZ VACA**

**Porque sé desde la otra vida me estás viendo, ya que en este mundo no alcancé a darte la satisfacción que hubiera querido. Para ti con mucho amor. GRACIAS ABUELITA.**

**A MIS HERMANOS:**

**ALFREDO  
JESUS  
MIGUEL  
PABLO  
M<sup>a</sup> DE LOS ANGELES  
M<sup>a</sup> DE JESUS  
HERMELINDA  
SOLEDAD**

**A todos y cada uno de ellos por sus brillantes consejos de superación y motivación. Gracias por todo y reciban el más humilde homenaje en este trabajo, como una confirmación de que cuando se quiere se puede. Muchas Gracias.**

**A MIS MAESTROS:**

**Por sus experiencias y enseñanzas  
que recibí de todos ellos. Gracias**

**A MI HONORABLE JURADO:**

**Quienes con responsabilidad  
y honestidad han influido en mí,  
un modelo a seguir.  
Gracias por todo.**

**A LA UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE.**

**FACULTAD DE DERECHO.**

**Semillero inagotable de profesionistas.**

**Hombres de provecho.**

## INTRODUCCION

La expresión "PENA" por sí misma nos da la idea de un sufrimiento, de un pesar aquel que ha lesionado un bien tutelado por el Derecho Penal. Así también, la pena injusta la delicada labor del juzgador que a fin de cuentas es el órgano del aparato de administración de justicia encargado de decidir la calidad y el quantum de la sanción, sin embargo, parece que su labor esta limitada a esa función pero nos hemos olvidado que es acto judicial no es, precisamente, la fase conclusiva del proceso penal.

En efecto, el procedimiento penal alude claramente a una última fase a la que se denominan ejecución de la pena, solo que ahí la figura del juez

desaparece para dar paso a un órgano de carácter administrativo que tiene bajo su orden el cumplimiento de la pena y a su vez regulador por su cuerpo normativo "La Ley de Ejecución de Sanciones Privativas de la Libertad en el Estado de Guanajuato".

En ese ordenamiento donde se establecen las bases de nuestra realidad penitenciaria, por eso, proponer que la connotación "ejecución" salga del ámbito de atribuciones del Poder Ejecutivo es una novedad, pero a mi criterio, es solo reconocer que la ejecución de la sanción es todavía función jurisdiccional.

Por esta razón decidí denominar mi trabajo de titulación como "*La Judicialización en la Ejecución de la Pena Corporal*", a modo de sentar las bases doctrinales, legislativas y prácticas de lo que vendría a ser la función del juez en esta fase procedimental y hasta donde irían sus atribuciones.

Así entonces el primer capítulo es relativo a establecer los "Conceptos Generales", por empezar a definir lo que es el concepto de Derecho Penal, simplemente para hacer notar el estado actual de la dogmática penal, por eso solo existe una breve y sinóptica referencia a las doctrinas penales, y dando un salto enorme llegar a ubicarnos en las condiciones de punibilidad porque en este elemento del delito el que básicamente nos interesa y sobre todo que es el sustrato de la recta impartición de la individualización de la condena.

La pena sin lugar a dudas debe tener un propósito y objetivo a lograr

esta premisa me llevó a denominar este segundo capítulo como "La Función social de la Pena" para establecer su concepto a partir de las ideas de la venganza privada, en la retribución, de la resocialización, de la prevención y del humanismo, para después conocer el modo de clasificar la pena y su distingo con la acción penal, concepto que, por cierto, no siempre es acogido al decidir la sanción aplicable al transgresor de la ley penal.

"La labor jurisdiccional", es el título del capítulo que tiene solo una meta conocer la integración, funciones y atribuciones del poder judicial del Estado, la formación profesional, académica y social del juzgador, su independencia frente a los otros poderes y su responsabilidad en el delicado encargo de su función.

Finalmente, en el capítulo cuarto tratamos el tema relativo al cumplimiento de la sanción y de su aplicación, sin olvidar que debemos reconocer lo que es y representa el régimen penitenciario actual y deducir entonces, lo que sería el ideal para arribar al conocimiento de la labor del juez en esta fase, por eso se llamo "la aplicación de las penas".

Como podrá verse, mi idea central es dar génesis a una nueva figura en el campo del Derecho Penal y esta es, el juez de penas, propuesta que me parece interesante y que provocará sin duda, la previsión de conceptos tradicionales como lo es que la pena es función a cargo del ejecutivo, para hacer del juez actual un profesional más preparado y comprometido con su entorno.



# INDICE

## CAPITULO 1. CONCEPTOS GENERALES.

1.1. Concepto de Derecho Penal.....	1
1.2. Breve referencia a las Doctrinas Penales.....	6
1.3. Condiciones de Punibilidad.....	10
1.4. Individualización de la condena.....	18

## CAPITULO 2. LA FUNCION SOCIAL DE LA PENA.

2.1. La Pena.- Su Concepto.....	21
2.2. Fin y utilidad de las penas.....	25
2.3. Clasificación de la pena.....	28
2.4. Acción Penal y Pena.....	30

## CAPITULO 3. LA LABOR JURISDICCIONAL.

3.1. El Poder Judicial Estatal.- Su Estructura.....	36
3.2. El Juez Penal.- Su Formación y sus funciones.....	43
3.3. Independencia del Juez frente al Poder Ejecutivo y Legislativo.....	48
3.4. La responsabilidad penal del juez.....	52

## **CAPITULO 4. LA APLICACIÓN DE LAS PENAS.**

<b>4.1</b>	<b>Ejecución de las sanciones.....</b>	<b>63</b>
<b>4.2</b>	<b>Regímenes penitenciarios actuales.....</b>	<b>72</b>
<b>4.3</b>	<b>El régimen penitenciario ideal.....</b>	<b>77</b>
<b>4.4</b>	<b>Intervención del juez en la ejecución y compurgación de las penas.....</b>	<b>82</b>
	<b>CONCLUSIONES</b>	<b>91</b>
	<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>99</b>

## CAPITULO PRIMERO

### 1.1. CONCEPTO DEL DERECHO PENAL.

Es la rama del derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo la creación y la conservación del orden social.

“Desde los tiempos más remotos hasta nuestros días, todas las sociedades han poseído un sistema de penas. De carácter privado o público, animadas por un sentido de venganza o establecidas para la protección de la ordenada vida comunitaria, o para la reforma y rehabilitación de los culpables, con períodos de inhumana dureza o con etapas de carácter humanitables, con finalidad feroz o moderada, ha existido siempre, en todos los pueblos y en todos los tiempos”.(1)

1.- Pág. 24 Ojeda Velázquez Jorge “Derecho Punitivo” 1ª Ed. 1993 Ed. Trillas México

Pero conformarse con la enunciación de un hecho sin siquiera asomarse a sus principios, y aceptarlo como una realidad inobjetable que debe cumplirse inexorablemente, so pretexto de que se trata de vana disquisición, implica negar que la estructura más práctica tiene una lógica interna cuya raíz se explica filosóficamente. ¿Por qué se castiga?, ¿Quién ésta legitimado para hacerlo? y más aún, ¿En qué se basa la facultad punitiva?.

Se trata de saber, como enfáticamente lo apunta Carrará, si ese hecho, repetido durante tantos siglos y en virtud del cual se despoja de los más sagrados derechos a una criatura humana, contra su voluntad, es un abuso de la fuerza o el ejercicio irrecusable de un derecho.

Para contestar a estas interrogantes no basta con adaptar una postura cómoda y simplista que afirme que se castiga porque en el mundo fáctico se presenta un acontecimiento que altera un orden jurídico, que es el Estado quien debe salvaguardar ese equilibrio, y que es una ley sancionada por una autoridad la que lo legitima; es necesario, por contrapartida, buscar su fundamento verdadero, porque tal como lo decía Bertrand Russell, el solo hecho de llegar a definir un concepto implica ya asumir una corriente filosófica.

Cuando el hombre apareció en la faz de la tierra, sintió la necesidad de comunicarse y convivir con sus semejantes, pero por su misma naturaleza, pronto descubrió que las diferencias en la manera de ser y de pensar de sus congéneres, le ocasionaban constantes enfrentamientos que lo obligaron a crear un orden armónico que rigiera pacíficamente su diario devenir.

“Por imperativo de vida, el derecho a castigar, también llamado *ius puniendi* o *ius gladi* (Maggiore y Papini), sigue a las sociedades humanas a lo largo de su historia. Considerando como un derecho individual o como un poder del Estado, la verdad es que la sanción ha permanecido como un conjunto de sentimientos a los que Ferri llamó *justicia pena*”. (2)

Joaquín Francisco Pacheco afirma que el derecho de castigar es uno de esos axiomas sentidos antes de ser justificados, y que se imponen, sea cual fuere el grado de civilización, de manera imperceptible.

“El fundamento de la potestad atribuida al poder social para restablecer la normalidad jurídica, mediante el castigo del delincuente, antes que las leyes escritas, estaba grabado en el corazón del hombre, era percibido por su conciencia y su razón lo presentaba al entendimiento como una norma fundamental de conducta en la convivencia de la vida colectiva”.(3)

Adviértase que esta atribución es inseparable de la vida misma, pero no en todas las épocas se ha justificado de igual manera, e incluso ha habido quienes no la han considerado como un derecho, sino como un deber.

Existe una variadísima gama de teorías que intentan dilucidar la génesis del ius puniendi que, en mi opinión, quedan reducidas a dos grandes grupos enarbolados por maestros italianos: el primero, al fijar la atención en el aspecto objetivo de la pena, enseña que las posiciones adoptadas son absolutas y relativas, según ésta tenga en sí misma razón de ser o éste motivada por un hecho extrínseco; en cambio, el segundo, desde un punto de vista subjetivo, sostiene que el castigo no puede tener más que dos verdades, esto es, o bien procede del derecho del individuo, o bien de la sociedad.

Maggiore, expone de la primera doctrina y citando la fórmula de Séneca, afirma que se castiga porque se ha pecado -punitur quia peccatum- (fin en sí mismo), o se castiga para que peque -punitur ne peccetur- (hecho ajeno), pero admite que como la pena nunca puede considerarse como un fin sino como un medio, filosóficamente es más correcto dividir las escuelas en naturistas y espiritistas (o idealistas), según incidan en el orden material o natural, o influyan en el ámbito ético y metafísico trascendente.

Es obvio que esta teoría, fundada en un presupuesto individualista, tiene franca aplicación, pero sería grotesco, en el otro sentido, que el Estado estuviera en guerra contra los criminales, súbditos suyos y sobre los cuales ejerce plena soberanía. En paridad, éste castiga al delincuente, no porque tenga que defenderse de él, sino porque con su acción criminosa ha lesionado las leyes expedidas para proteger al pueblo y ha pasado por alto la autoridad que la sociedad le ha otorgado.

3.- Pág. 75 Reynoso Davila, Roberto “Teoría General de las Sanciones” 1ª Ed. 1996 Ed. Porrúa, S. A. México D. F.

A mi parecer sin mayor argumento, Carrará critica acérrimamente el carácter ético-pedagógico de esta postura, al escribir que "desnaturaliza la pena al confundirle el derecho punitivo con la utilidad y al hacerlo derivar de un interés social". También desapruebo que quienes objetan estos conceptos digan que hay que castigar, aunque se demuestre que la pena no ha corregido ni aun solo transgresor de la ley, ni ha impedido un solo delito. Creo que a la función punitiva debe vincularse el propósito de rehabilitación.

Puede mencionarse también, como parte del espiritualismo; la llamada teoría de la retribución, cuyo postulado esencial establece que "al bien le sigue el bien, y al mal el mal" y en sus definiciones se descubren tres elementos u ordenamientos de leyes (sea divino, moral o jurídico), una acción que se adecua a él o lo transgrede, y una sanción que afirma de nuevo el orden violado, retribuyendo con el bien, el valor del cumplimiento, y con el mal, el desvalor de la transgresión. Por ser eminentemente jurídica, será objeto de estudio en la sección correspondiente.

La otra gran división teórica a que ya me referí la constituyen las posturas que tratan de explicar el origen del ius gladi atendiendo al sujeto del que procede; de este modo, las ideas individualistas de Locke se contraponen a las de Puffendorf, quien durante largos años se le debió la creencia de que este derecho nace de la asociación de sujetos que forman la población del Estado.

El filósofo inglés afirma que todo derecho debe satisfacer, como contenido necesario, la facultad de su propia defensa, porque de otro modo no tendría en sí mismo la facultad de garantizar su eficacia. Por otra parte, en virtud de que el hombre está investido de inteligencia y voluntad y, por lo tanto de dignidad y voluntad, su naturaleza le da poder para hacer valer sus derechos.

"Para conocer el origen del derecho a castigar, es necesario investigar previamente en qué condiciones han sido colocados los hombres por la naturaleza. Y después de establecer cuáles son estas condiciones y qué otras, las de la libertad y la igualdad perfectas, reguladas por la ley de la razón, prohíben a los hombres dañarse, se observa que para los casos en que dicha ley fuese violada, la misma naturaleza provee a cada individuo del derecho de castigar al autor de la violación, en efecto, cada uno posee un poder sobre sus semejantes; poder no absoluto ni arbitrario, sino guiado por la razón" (4).

Como corolario, se proclama que ante el transgresor de la ley surgen dos derechos: el de exigir la reparación del mal sufrido y el de suprimir el delito e impedir que se comenten otros; este último compete al poder civil, y constituye el verdadero y propio *ius puniendi*. Nótese que para esta posición, el origen del derecho está en el individuo mismo, y la sociedad lo ejerce sólo como representante suyo, y que éste, al igual que a los demás asociados, aunque no hayan sido afectados directamente, les interesa la tutela del ofendido, para que de ellas surja la defensa de todos y cada uno contra futuras agresiones similares.

Exactamente de forma opuesta, el jurista alemán Puffendorf indica que el *ius punitionis* tiene su origen en la sociedad como un hecho espontáneo, producido por la asociación misma. Este autor explica que, descartando las teorías que dan relevancia a la voluntad divina o aquellas que identifican el derecho de castigar como un poder meramente natural, el problema consiste en dilucidar de que modo el fundamento penal se constituye de acuerdo con un contrato social, porque le surgió la duda de si se trataba de transferir al poder social alguno de los derechos originarios del estado de naturaleza, o más bien de un derecho nuevo y diverso de aquellos, que emanaba después de la formación del agregado político. Enfáticamente concluye diciendo que "en el mundo moral un cuerpo colectivo puede poseer, en virtud de la unión de todos los miembros que lo componen, alguna facultad de que se encuentren desprovistos los miembros singulares.

"Tal como lo discurre Carrará la autoridad social ejerce el *ius puniendi*, porque lo hace con mayor fuerza, seguridad y eficacia de la que podría emplear el individuo aislado; pero la suma de los derechos de cada asociado, que hace más poderoso su ejercicio, no cambia la naturaleza del derecho originario porque sigue siendo siempre el mismo *ius gladi* que preexistía en el sujeto".(5)

## 1. 2.- BREVE REFERENCIA A LAS DOCTRINAS PENALES.

En la historia del derecho penal se señala la llamada etapa humanista, que como su nombre lo indica, es cuando el derecho penal se preocupa en desterrar concepciones caracterizadas por la brutalidad, la crueldad y, en una palabra, en prácticas humanas. El exponente más preclaro de esta corriente fue César Beccaria, quien en su obra *De los Delitos y de las Penas* escribió páginas que aún son valederas sobre temas como la tortura, la pena de muerte, la proporcionalidad entre el delito y la pena; criticando el sistema punitivo de sus días y demostrando que el excesivo sistema represivo de su tiempo no lograba los pretendidos fines de seguridad y readaptación social, y menos aún el efecto preventivo que debía tener el derecho penal.

Siguiendo los pasos de Beccaria, el español Manuel de Lardizábal y Uribe escribe en su obra *Discurso sobre las Penas* en 1782, que nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado, pero acaso no hay una empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal.

Las ideas de Beccaria las va a recoger la Revolución Francesa de 1789, en la Declaración de los Derechos del Hombre, y así el artículo VII de dicha declaración, prescribe que ningún hombre podrá ser acusado, arrestado o detenido, sino en los casos determinados por la ley y con las formalidades en ella prescritas.

En otro memorable artículo de la Declaración de los Derechos del Hombre se consagra el principio de la presunción de inocencia; así toda persona será considerada inocente mientras no se le declare culpable; agregando que todo abuso en contra de la persona, en caso de que sea necesaria su detención, será severamente reprimido por la ley.

Para Beccaria el fundamento del Estado para castigar el delito se encuentra en la necesidad de preservar la paz y la tranquilidad, y el derecho penal persigue como meta esos fines, y sus fines no son primordialmente represivos, sino preventivos, y Beccaria, como Manuel de Lardizábal y Uribe, se encuentran que el origen de la naturaleza de las penas la vamos a encontrar en que al unirse los hombres en sociedad, todos y cada uno de ellos renunciarán voluntariamente a una parte de sus libertad, depositándola en manos de la comunidad, o de la cabeza que eligieron.



Así pues, la etapa humanitaria también se nutre del pensamiento filosófico del Siglo de la Luces, en particular del Contrato Social de Juan Jacobo Rousseau.

El fundamento del *ius puniendi*, o derecho a castigar va abandonando el criterio de que el castigo o pena es consecuencia del delito sin otra posterior finalidad (teoría absolutista) para encontrar objetivos políticos y utilitarios, como en los autores mencionados.

El periodo humanitario va a dar por resultado la primera corriente moderna del derecho penal, es decir, da origen a la llamada Escuela Clásica. El principal expositor de esta escuela lo es Francisco Carrara. El famoso maestro de Pisa expone su pensamiento en su famosa obra Programa del Curso de Derecho Criminal.

Para Carrará es imperativo estudiar los principios rectores del derecho penal, pues ellos deben ser un valladar al legislador y al propio Estado, para que al inspirarse en la justicia, no se degenerara en el abuso y en la tiranía; y para ello era fundamental la noción del delito, como ente jurídico, no como ente de hecho, al que el ciudadano y el Estado deben obediencia, siendo ello el eje del propio derecho penal.

El delito es en el pensamiento del maestro de Pisa, un ente jurídico porque el delito es una violación del derecho, que como tal se debe sancionar. El delito acotado en la propia ley es también a la vez un derecho a la libertad, pues al exigir la norma jurídica el respeto del ciudadano y del Estado, ello es una garantía a la libertad ciudadana, pues sujeta a los hombres a la ley y no a la tiranía de los demás, ya que no se podrá punir sino en los términos y límites de la ley, salvaguardándosele al ciudadano del abuso y únicamente castigándosele en la medida de su responsabilidad.

El delito prevé en abstracto una pena que primordialmente es una amenaza, y en el caso concreto, es la sanción que se aplica a quienes al violarla, lo hagan de una manera libre e inteligente.

Así pues, Carrara siguiendo un orden eminentemente lógico, heredado de su maestro Carmignani, va desmenuzando la noción de delito, entregándonos su famosa definición que dice:

“Delito es la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”. (6)

Para Carrará el delito se compone de dos elementos o fuerzas: una moral y otra física. La fuerza moral para Carrará consiste en la voluntad inteligente del hombre. Del concurso de la voluntad y de la inteligencia surge la intención. A su vez la intención puede ser directa y surge así el dolo, o indirecta y aparece la culpa, según el criterio de la previsibilidad que él maneja.

La fuerza física, o elemento externo, nace del movimiento corporal o de su ausencia, que producen un resultado de daño que puede ser efectivo o potencial.

No es el momento de hacer un análisis de la exposición detallada de la teoría del delito para este ilustre jurista italiano, pero en él ya se manejan aspectos positivos del delito, como la antijuricidad, que hace radicar en la violación de la ley, en la infracción a la disposición penal; la imputabilidad que fundamenta en la aceptación del libre albedrío; del aspecto externo positivo o negativo, o sea la acción y la omisión; del elemento moral o subjetivo que se proyecta en dolo o culpa; y de aspectos negativos del delito, como aquellos que impiden el nacimiento de la imputabilidad, o del elemento moral en que el dolo se destruye, sea por la ausencia del animus nocendi, o en el caso de la culpa, cuando no haya podido ser previsible el resultado dañoso que se produjo.

En pocas palabras podemos decir que en Carrará ya aparece el planteamiento de la consideración de que el delito es un ente jurídico que se conforma por presupuestos y elementos que son necesarios para la integración de la figura delictiva, y que tales presupuestos y elementos deben encontrarse en la propia ley; y que también pueden desprenderse de la propia ley las situaciones en la cual, la falta de presupuestos o de elementos, impiden que el acto externo del hombre, que se apuntaba como delictivo, no lo sea.

Para la Escuela Positivista, el delito es un fenómeno natural y social producto de factores antropológicos, sociales y físicos, según lo expone Enrique Ferri, el más connotado jurista expositor de esta corriente.

6.- Pág. 18 Castellano Tena Fernando “Lineamientos Elementales del Derecho Penal” 8ª Ed. 1981 Ed. Porrúa S. A. México D. F.

Para esta corriente, el delincuente al encontrarse determinado por esos factores, debe ser sujeto a medidas de seguridad no apenas, porque en él carece de sentido la pena con finalidades represivas, pues si no pudo obrar libremente no puede ser motivado a obrar conforme a la ley por la amenaza de la pena, y si lo hace la pena no va en sí misma a variar los factores que determinaron esa conducta. El derecho penal, en consecuencia debe tener una finalidad eminentemente preventiva, es decir, un propósito de defensa social.

La Escuela Clásica y la Positivista dieron nacimiento en el campo de las ideas penales, a la llamada Tercera Escuela o Escuela Crítica, expuesta por los autores italianos Carnevale y Alimena, quienes toman elementos de la primera y de la segunda escuelas, así por ejemplo niegan el libre albedrío, base de la Escuela Positivista; aceptan la distinción entre imputables e inimputables de la Escuela Clásica, agregando que la imputabilidad es la aptitud para sentir la amenaza de pena.

La Doctrina Clásica puede resumirse así:

- 1.- El punto cardinal penal es el delito, hecho objetivo, y no el delincuente, hecho subjetivo.
- 2.- El método es deductivo y especulativo.
- 3.- Sólo puede ser castigado quien realice un acto previsto por la ley como delito y sancionado con una pena.
- 4.- La pena sólo puede ser impuesta a los individuos moralmente responsables.
- 5.- La represión penal pertenece al Estado exclusivamente; pero en el ejercicio de su función el Estado debe respetar los derechos del hombre y garantizarlos procesalmente
- 6.- La pena debe ser estrictamente proporcional al delito (retribución) y señalada en forma fija.
- 7.- El Juez sólo tiene facultad para aplicar automáticamente la pena

señalada en la ley para cada delito.

**La Escuela Positivista, en cambio, se resume así:**

1.- El punto de mira de la justicia penal es el delincuente, pues el delito no es otra cosa que un síntoma revelador de su estado peligroso.

2.- La sanción penal, para que derive del principio de la defensa social debe estar proporcionada y ajustada al "estado peligroso" y no a la gravedad objetiva de la infracción.

3.- El método es el inductivo, experimental.

4.- Todo infractor de la legislación penal, es responsable moralmente o no, tiene responsabilidad legal.

5.- La pena tiene una eficacia muy restringida; importa más la prevención que la represión de los delitos y, por tanto, las medidas de seguridad importan más que las penas mismas.

6.- El Juez tiene facultad para determinar la naturaleza delictuosa del acto y para la represión de los delitos, y por tanto, las medidas de seguridad importan más que las penas mismas.

7.- La pena, como medida de defensa, tiene por objeto la reforma de los infractores readaptables a la vida social y la segregación de los incorregibles.

### **1. 3. CONDICIONES DE PUNIBILIDAD.**

Tanto las penas como las medidas de seguridad deben estar contempladas en un Título del Código Penal para que el juzgador pueda echar mano de ellas al momento de dictar sentencia condenatoria.

Respecto a la enumeración de las mismas en los códigos punitivos, es conveniente es este momento referirnos a los que algunos penalistas contemporáneos han dictado especial importancia sobre la confusión de lenguaje empleado respecto a tres conceptos diferentes y que sin embargo se usan indistintamente: Punibilidad, Punición y Pena. Dado que son estas tres circunstancias, las que se presentan con relación a la coercitividad jurídico-penal, y cada una de ellas; así, a la mera descripción general y abstracta se le denomina Punibilidad; a la actividad de aplicar esta se le denomina Punición; y al cumplimiento de lo terminado en una sentencia penal, se le llama Pena.

La punibilidad "es conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste. Esta es la fase que corresponde al legislador y consiste en describir y señalar cuál es la sanción que corresponde, conforme a la importancia del bien jurídico tutelado y al interés que se tenga en intimidar a quienes va dirigida la prohibición". (7)

Por ello, bien dice Luis de la Barreda al respecto: "la punibilidad no es ni retribución ni privación de un bien. Es tan solo, una advertencia que lanza el legislador sin saber a quien va a aplicarse. Pero además no se pierda de vista algo muy importante, que debe ser proporcional y necesaria". (8)

A esta etapa corresponde la llamada INDIVIDUALIZACION LEGISLATIVA "pues el legislador no sólo criminaliza determinada conducta, sino que la valora y la califica por medio de la punibilidad; si considera que la conducta es grave, dará una punibilidad mayor que si la conducta es considerada menos peligrosa, en cuyo caso la punibilidad será de menor magnitud". (9)

- 7.- Pág. 37 Ramírez Delgado Juan Manuel "Penología" 1ª Ed. 1995 Ed. Porrúa S. A. México, D. F.
- 8.- Pág. 71 González de la Vega Rene "Politica criminológica mexicana" 1ª Ed. 1993. Ed. Porrúa, S. A. México, D. F.
- 9.- Pág. 28 Op. Cit. Ojeda Velázquez Jorge

Desafortunadamente, en nuestro país a esta etapa no se le ha otorgado la importancia que merece, pues implica una tarea que requiere plena capacidad y conciencia del hacer leyes, y más particularmente en el ámbito penal, puesto que a través de la conminación y amenaza hecha, se pretende privar o restringir de determinado bien a quien viole el precepto penal. Sin embargo no se entiende así y si no, véase como surgen leyes penales incongruentes con la realidad y que solo sirven para provocar una inflación legislativa sin resultados positivos; el mejor ejemplo de este error lo encontramos en el cumulo de delitos contemplados en leyes administrativas, a lo que se ha denominado equivocadamente Derecho Penal Especial o Delitos Especiales.

Atendiendo la importancia que representa la individualización legislativa, se recomienda que se haga una verdadera selección de quienes pretenden integrar el Poder Legislativo, o en su caso, se recurra en consulta u orientación a quienes tienen un mayor conocimiento sobre el área o materia que se pretende legislar.

El maestro Rodríguez Manzanera en relación a esto señala: "Al enunciar una pena, el legislador debe tener en cuenta los medios existentes en la realidad y la responsabilidad efectivas de tratamiento; esto implica un amplio conocimiento de la realidad penológica de un país, pues hacer leyes que ordenen tratamientos utópicos que no puede efectuarse por ausencia de instalaciones adecuadas o falta de técnicos profesionales en Criminología o Penología, equivale a la violación automática de esa ley". (10)

Y continúa este maestro diciendo: "de aquí la necesidad de que el legislador, que por supuesto, no es un técnico en Penología, se vea auxiliado por asesores profesionales que hagan estudios previos de la realidad que opinen sobre:

- a) La afectiva necesidad de criminalizar una conducta;
- b) la pena adecuada para un tratamiento conveniente;
- c) La conveniencia de la aplicación del tratamiento en determinados delitos;
- d) Las posibilidades reales de ejecución de la pena en cuanto a instalaciones y personal;

10.- Pág. 44 Rodríguez Manzanera Luis "Criminología" 8va. Ed. 1984 Ed. Pomúa, S. A. México, D. F.

e) La variedad de penas posibles, para lograr una gama que dé varias alternativas. (11)

Bien decía el gran Marqués de Beccaria en su obra eterna:..."por consiguiente, las leyes deben ser inexorables e inexorables los ejecutores de las mismas en los casos particulares; quien de ser suave, indulgente, humano, es el legislador". (12)

La Punición. "Es la fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad". (13)

Se dice que la punición se funda en la punibilidad, ya que el legislador al crear ésta, le establece un mínimo y un máximo dentro del cual el juzgador está obligado a fijar el punto justo a imponer al sentenciado por la comisión del hecho delictuoso.

Para lograr lo anterior, insisten los penalistas que el juzgador se debe basar en la culpabilidad (entendida como un juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la Ley), por lo que al momento de fijarla, el juez deberá tomar en cuenta toda la serie de circunstancias que influyeron en el individuo para la comisión del delito.

Con el objeto de evitar que el juez llegue a actuar arbitrariamente, en las últimas décadas se ha insistido en el estudio de personalidad o estudio clínico-criminológico, que deberá practicarse a todo individuo sujeto a proceso y hacerse llegar al juzgador antes de dictar sentencia, páginas adelante volveré sobre este punto al tratar lo relativo al régimen progresivo-técnico.

11.- Pág. 47 Op. Cit. Rodríguez Manzanera.

12.- Pág. 48 Op. Cit. Rodríguez Manzanera.

13.- Pág. 93 Op. Cit. Ojeda Velázquez Jorge

Por lo anterior debemos entender respecto a la Punición, que el juez no puede llevarla más allá de la potestad punitiva judicial que la que le otorga la propia ley; así como tampoco excederse de la que humana y legalmente merezca el responsable de un delito, dentro del marco señalado por la Punibilidad.

Como bien lo afirma De la Barreda. "La legitimidad de la punición depende, por una parte de que el sujeto sea culpable en la comisión de un delito y, por otra parte, de que la pena impuesta no rebase su grado de culpabilidad".(14)

En conclusión se puede afirmar respecto a la Punición lo siguiente:

- a) Punición es un mandato particular y concreto;
  
- b) Es dictada exclusivamente por el órgano judicial en una sentencia penal;
  
- c) La punición es fijada de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito.
  
- d) La legitimación de la punición deriva de la comisión del delito plenamente probado.
  
- e) La punición debe dictarse sólo contra sujetos imputables.
  
- f) La punición debe ser proporcional a la magnitud de la culpabilidad y por tanto el juzgador no debe rechazar el límite que le trace la culpabilidad.
  
- g) La punición debe darse con relación al delito cometido.
  
- h) La función de la punición es reafirmar la prevención general.
  
- i) La punición es fundamento de la pena.



A esta etapa corresponde la denominada Individualización Judicial y se dice: "es la fase de la determinación de la pena, es el momento en que el juez escoge entre el arsenal de punibilidades que la ley le proporciona para el delito en cuestión tomando en cuenta al delito y sus circunstancias como la personalidad y las características del delincuente". (15)

Tradicionalmente, se ha considerado que el juez se ha guiado por los siguientes criterios para fijar la punición: un criterio objetivo o material que debe seguir con base en la gravedad del delito y del daño causado o peligro corrido por la conducta delictuosa, este criterio que pudo ser vigente en épocas pretéritas cuando imperaba la ley del talión, es imposible aceptarlas en la actualidad, pues las ciencias que se ocupan del ser humano han incursionado en el derecho punitivo y son factores importantes con relación a un porqué de la conducta delictuosa. El segundo criterio empleado por los jueces para individualizar la punición es el subjetivo, y consiste en tomar en cuenta, preponderantemente, la conducta del ser humano desde el plano psíquico, es decir, que atiende al orden interno del individuo sin tomar en cuenta para nada lo material.

Este parece ser el criterio más lógico porque dicho elemento subjetivo, de conocerse exactamente, proporcionaría la más correcta medida de peligrosidad social del sujeto. Sin embargo su adopción plena sería infecunda para los efectos perseguidos en materia penal; en parte porque se daría un amplio margen al juzgador para fijar su criterio y desafortunadamente dichas personas no siempre son capaces o preparadas, pues son designadas por amistad y no por su aptitud para el cargo; por otro lado, tendrían que apoyarse en dictámenes o estudios practicados y emitidos por profesionistas de diversas áreas, y sabemos que la Administración Pública, en lo que corresponde al ámbito de impartición de Justicia, no se cuenta con muchos recursos ni económicos, ni humanos; Por lo que al dejarlo sólo al libre arbitrio de interpretación subjetiva del juzgador abre un amplio margen a incurrir en injusticias.

Así, parece ser que la solución al problema de aplicación de la punición, la da el criterio mixto, en el que deberá aplicarse tanto lo objetivo como lo subjetivo, es decir, tomar en cuenta tanto la materialidad del delito como la situación psicológica del individuo.

“La verdadera individualización de la pena comienza con la que realiza el juez en la sentencia condenatoria con respecto a un caso concreto y con relación a un delincuente determinado. La individualización legal que le procedió era sólo aproximada, ya que la ley, por ser general y abstracta, no es posible prever todos los casos particulares y concretos. De ahí, pues la trascendental importancia de la labor que desarrolla el juez en la individualización de la pena, puesto que su decisión es la que declara cual es la pena justa y equitativamente que le corresponde a cada delincuente en particular, en los casos concretos sometidos a su conocimiento”. (16)

De lo expuesto se advierte que el juez cumpliría, en una sociedad democrática, una importantísima función, allí donde actuara no como longa manus del ejecutivo, sino como defensor de los derechos democráticos y garante de la desinencia y el pluralismo, para lo cual la independencia del Poder Judicial es *conditio sine qua non*.”

El propio Cesar Beccaria recomendaba a los jueces lo siguientes: “el juez debe hacer en todo delito un silogismo perfecto; la mayor de este silogismo debe ser la ley general, la menor será la acción conforme o no a la ley, y finalmente, la consecuencia tendrá que ser la libertad o la pena. Si el juez se ve obligado o pretende hacer, en vez de uno, dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre”. (17)

#### 4. INDIVIDUALIZACION DE LA CONDENA.

El proceso de aplicación de las sanciones de un proceso relacionado con el poder discrecional del juez, del cuál he expuesto en el capítulo relativo a la individualización judicial, sólo que el tema que ahora abordare se referirá a la aplicación en concreto de este poder discrecional, a la racionalidad del mismo y a los límites dentro de los cuales un ordenamiento moderno en un estado de derecho mantiene el ejercicio de poder conferido al juzgador.

Ante todo, distinguimos un poder de interpretación discrecional de la norma jurídico-penal y otro poder de aplicación de las sanciones en la misma.

16.- Pág. 101 Ibidem.

17.- Pág. 77 Carrará Francesco “De los delitos y las penas” 4ª Ed. 1981 Ed. Porrúa S. A. México

El poder de interpretación puede concernir a la hipótesis normativa, a las consecuencias relacionadas con la norma, a las circunstancias exteriores de ejecución del delito o a las peculiaridades personales del delincuente.

El código punitivo aludido no define qué se entiende por adulterio, domicilio conyugal o escándalo, éstos son elementos normativos de naturaleza civil y moral que tendrá que interpretar el juez de cuerdo con su cultura y filosofía de la vida.

Cierto es que la jurisprudencia ofrece a la judicatura la alternativa de articular dichos términos bajo ciertos criterios establecidos, pero en muchos otros casos, en los cuales no existen precedentes judiciales, su recta interpretación de la norma positiva que ira formando nuevas tesis que quizás derogarán viejos criterios, los reformarán y harán surgir jurisprudencias nuevas de acuerdo con la dinámica social del derecho.

Se da un ejemplo típico de poder discrecional de interpretación de la norma en la misma hipótesis normativa analizada. El juzgador, al aplicar al cónyuge culpable la sanción secundaria de privación de derechos civiles hasta por seis años, deberá interpretar que derechos civiles serán restringidos, desde luego, algunos de ellos serán los relacionados y derivados del matrimonio mancillado, a saber, la pérdida de la patria potestad de los hijos o los derechos de tutela, etc.; más no sería correcto por ejemplo, disminuir o suspender aquellos que no guarden relación con la institución del matrimonio.

“Cuando el juez debe determinar en concreto la duración de la pena, estamos frente al típico ejemplo de poder discrecional de aplicación de las sanciones, que será el tema central de este capítulo; esta discrecionalidad puede extenderse desde la aplicación de las sanciones en los tipos fundamentales o básicos, en concurso de personas y delitos, hasta la ubicación en caso de tentativa, así como cuando decida aplicar o no una circunstancia subjetiva como lo es la reincidencia o habitualidad”.(18)

Podría hablar de un poder discrecional de selección si las penas fueran alternativas, indeterminadas o si existe un catálogo de sanciones dentro del cual se pudiera aplicar una de ellas, de acuerdo con el tipo de personalidad del autor del injusto, discrecionalidad que auguro el juez penitenciario deberá tener cuando en nuestro ordenamiento positivo exista esa figura jurídica; sin embargo, actualmente el principio de legalidad no lo permite.

18.- Pág. 64 Castillo Soberanes Miguel Angel “El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México” 1ª Ed. 1992 Ed. U. N. A. M.

Esto implica que ese ejercicio discrecional no es amplio sino limitado legalmente por los tipos establecidos por el legislador. He aquí entonces uno de los límites de dicho ejercicio: el juzgador o tribunal no podrá suavizar el rigor de una ley aplicada al caso concreto con el fin de favorecer al reo, sino que estará obligado a moverse dentro de un marco punitivo, dentro del mínimo y máximo de cuotas sancionadoras impuestas por otro poder del Estado, el Legislativo.

Presupuesto lógico de los límites de dicho ejercicio de poder, lo constituye la obligación de motivar el acto, lo que ordena a la discrecionalidad es un elemento base del poder-deber que tiene el juez. Aún cuando el juzgador tiene el deber de motivar sus determinaciones, no está obligado por la propia ley a seguir ciertos criterios o indicios de evaluación antes que otros. Una vez que motiva su resolución, puede extraer las fuentes de su convencimiento de cualquier elemento que aparezca idóneo para explicar el porqué de ese juicio de punición.

“Para los efectos de punición, podemos dividir estas circunstancias en objetivas y subjetivas. Son circunstancias objetivas aquellas que conciernen a la naturaleza, la especie, los medios, el objeto, el tiempo, lugar y cualquier otra modalidad de la acción, la gravedad del daño o del peligro corrido, o bien las condiciones o la calidad personal del ofendido. Constituyen circunstancias subjetivas aquellas relacionadas con la intensidad del dolo o el grado de la culpa, las condiciones y las características personales del culpable, la relación entre éste y el pasivo del delito, o bien aquellas inherentes a la persona del responsable como son la imputabilidad, la primoincidencia, la reincidencia y la habitualidad”.(19)

Cuanto más dañosa aparezca la modalidad de la conducta, cuanto más riesgos sean los medios para realizarla, tanto más grave será el delito y, por lo tanto, más alta deberá ser la pena impuesta. Entre más grave sea el daño o puesta en peligro del bien jurídico, tanto más grave será el delito y más alta será la pena. Entre más intenso sea el dolo o la gravedad de la imprudencia, tanto más grave deberá ser la pena.

Se toma en consideración la conducta precedente, los antecedentes y condiciones personales del agente. Imaginemos por ejemplo, que el procesado es un joven que vive en una zona altamente criminógena de la ciudad de México, o en el barrio de San Miguel o el Coecillo de la ciudad de León, Gto., donde la realización de ciertos delitos contra la vida e integridad corporal o contra el patrimonio constituye no tanto una manifestación de antisocialidad, sino una manifestación de conformismo respecto de las reglas del grupo social.

En estos casos, existe una predisposición natural del delito, toda vez que es más fácil que realice el delito el joven de aquellas zonas criminógenas, que una persona que no se mueve dentro de esas condiciones de vida familiar o social. Por lo tanto, la capacidad criminal de aquel individuo será menor que la de un sujeto que no está predispuesto al delito socialmente por vivir este último en zona cuyos habitantes tienen una capacidad económica y un nivel de vida medio-alto.

Si en nuestro ordenamiento positivo a la pena se le asigna la función de reacción, la sanción se debe aumentar, porque es probable que esta persona cometa en el futuro nuevos delitos y la punición hará que no vuelva a reincidir en ellos, pues el tiempo que pase en la prisión le hará recapacitar sobre su error y habrá tiempo para reforzar sus mecanismos de defensa.

Ahora bien si el juez cree que la función de la pena es principalmente retributiva, entonces es claro que la pena aplicada debe ser menor, porque no hay duda que el grado de culpabilidad de aquel sujeto es menos intenso y sobre todo menos personal de cuanto lo puede ser el hecho de predisponerse al delito por parte de una persona que no tiene ninguna o tiene escasa inclinación, o que ha vivido en un ambiente que no solamente no lo inclina sino que tiende a disuadirlo de cometer el ilícito; esto quiere decir que este individuo tiene necesidad de una reeducación menor, porque el joven proveniente de una zona altamente criminógena que roba para demostrar que ya es plenamente adulto, no es una persona antisocial en relación con la cultura o el ámbito en el que se desenvuelve, sino solamente respecto del ordenamiento estatal.

Luego entonces, cuando al tenor del artículo 89 del Código Penal del Estado de Guanajuato tomamos en cuenta los antecedentes y condiciones personales, así como la conducta precedente, evidentemente para la consumación del delito se presenta como un hecho que invoca una responsabilidad personal menos intensa respecto de quien, en cambio, ha nacido y crecido en un grupo y en una zona que lo inhibe o disuade de cometer ilícitos penales.

Diferente consideración tiene en cuanto la relación con la educación, ilustración y costumbres de otro individuo que es profesionista, vive en una zona media o alta económica y culturalmente, y revela una capacidad criminal alta, debido a la reafirmación continua de los valores sociales recibidos a través de su vida, lo que se traduce en diversos mecanismos de defensa que opondría al impulso criminal, por lo cual le es exigible con mayor razón una conducta adecuada a la norma prohibitiva.

El análisis de las conductas especiales en que se encontraba el

sujeto activo en el momento de la comisión del delito, aparece relevante para los fines de la aplicación de las sanciones, sobre todo cuando se trata de hechos cometidos bajo el influjo del alcohol o de alguna otra droga, y que estas sustancias actúan como factores desencadenantes que desinhiben al individuo de sus mecanismos de defensa y lo impelen a cometer actos que en su estado normal sería incapaz de realizar.

La edad del delincuente revelará al juzgador el bajo control de impulsos que tienen los jóvenes en relación con los adultos o con las personas que han entrado a la tercera edad, los hace merecedores de una sanción menor que la aplicada a aquellos que debido a su experiencia calculan el riesgo de su conducta. En cambio, la reincidencia y la habitualidad en el delito son circunstancias agravantes subjetivas, porque como antecedentes y condiciones personales del activo, son indicativas de una mayor intensidad del dolo, tomando en cuenta que aquel individuo que después de haber cometido un delito, recae otra vez, muestra una firmeza de querer transgredir la norma jurídica penal y, por lo tanto, demuestra una peligrosidad social mayor que un primodelincuente.

Los vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, son circunstancias que aparecen como agravantes en la punición, ya que revelan en el individuo, de igual modo, una mayor intensidad del dolo al traicionar la confianza nacida de estas relaciones interpersonales

## CAPITULO SEGUNDO

### LA FUNCION SOCIAL DE LA PENA.

#### 2. 1. LA PENA.

#### SU CONCEPTO.

Existen muchas formas de reacción social, la más grave es, sin duda, la reacción social jurídicamente organizada, y dentro de ésta, aquella que esta estructurada en forma penal, a la que llamaremos "reacción penal".

La reacción penal ha sido tratada indiferenciadamente, como un todo, sin apreciar que tiene varios componentes. Parece evidente que se ha venido denominando como "pena" a tres entes diferentes entre sí, lo que lleva a equivocaciones en cuanto a su finalidad y legitimación. Para evitar la confusión, habrá que designar tales entes con un nombre diverso que nos permita un mejor análisis lógico, estos términos son: Punibilidad, punición y pena.

Porque para no caer en el mismo error de la mayoría de los tratadistas de llamar indistintamente pena tanto a las sanciones contenidas en la norma penal como en aquella aplicada por el juzgador y sobre todo a aquella sanción ejecutada dentro de las prisiones, lo que impone distribuir tales fases en que se manifiesta la reacción estatal entre estructuras diferentes, cada una de las cuáles corresponde a la intervención que tiene cada órgano del Estado en la administración de la justicia penal.

a.- La punibilidad: es la amenaza de la privación o de la restricción de bienes para el caso que se realice algo prohibido o se deje de hacer algo ordenado. Esta amenaza debe estar consignada en la ley y corresponde al llamado principio de legalidad.

En el marco de un Estado moderno "se encuentran tres momentos históricos, uno en que el legislador para asegurar las condiciones de la existencia de vida en común de los gobernados, valora siguiendo los impulsos de la vida social, que bienes jurídicos son dignos de ser tutelados y crea a través del acto legislativo el esquema, la hipótesis y el tipo del delito acompañado de sus respectivas sanciones, por medio de las cuáles se protegerán los bienes que, a través de ese acto se elevan a la categoría de institución jurídica lo que asegura el orden establecido". (20)

Consecuentemente, el análisis de la sanción penal en abstracto encontrada en la norma jurídico-penal no es más que el examen de la misma y de los elementos que la integran: el tipo y la punibilidad.

Sin punibilidad, la norma jurídica estaría vacía y se convierte en la reacción específica del Estado contra los actos de la conducta humana calificados como antijurídicos o contrario al derecho.

A través de la punibilidad se efectúa la prevención general de los delitos, por su carácter disuasivo e intimidatorio.

b.- La punición: es la fijación al caso concreto de la amenaza escrita en la ley. Esta función debe ser propia del poder judicial, esto es, principio de competencia.

20.- Pág. 37 Rodríguez Manzanera Luis. "La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión", Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales. No. 13. México. 1984.



Aquí es el juzgador quien fija la particular y concreta privación de bienes del autor del delito, tomando en cuenta la magnitud de su culpabilidad en el hecho por el cuál es responsabilizado.

De esta premisa se advierte, que la punibilidad precede a la punición. No habría castigo legal, si el legislador no creara primero la sanción abstracta en la que señalará en un marco punitivo el quantum mínimo y máximo de la privación o restricción de bienes que se debe aplicar a aquel o aquellos que violen el mandato legal, la punición golpea al autor en su concreta individualidad, determina en él un sufrimiento en correspondencia al inferido al sujeto pasivo.

La punición es una reacción justa y no una venganza desproporcionada, la punición es una expresión de la justicia que se funda en un momento racional en contraste con el momento pasional de la venganza.

“La punición, no es más que el reproche que el juez dirige al sujeto activo del delito, por no haber omitido la acción antijurídica mientras podía omitirla, de haber formulado una voluntad antijurídica en vez de una voluntad conforme a la ley; de haber proferido un desvalor al valor protegido por la norma penal. Por ende la responsabilidad penal y la punición se desarrollan en tres parámetros: la imputabilidad, como la libertad consciente de tomar una posición frente a los valores del derecho punitivo y determinarse o abstenerse de cometer el delito; el segundo, la posibilidad del conocimiento de lo injusto, entendida como la acción voluntaria dirigida a la violación de una norma, como la voluntad movida por una razón que no es la obediencia al imperativo contenido en la ley penal, sino al egoísmo y al arbitrio y, finalmente, la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma, explicada como la posibilidad de adecuar la conducta a la norma, es decir, la posibilidad de obrar en forma diferente a como lo hizo”.(21)

En este sentido, la pena encuentra en la culpa no solo su justificación sino también su fin, en el sentido de que aquella debe concretarse y actuarse en modo tal que haga posible el arrepentimiento del reo. Por ende, la pena en ese sentido es la medicina del alma que sirve para purificar mentalmente al reo.

C.- La pena: es la efectiva aplicación de la sanción enunciada por la ley y pronunciada por el juez.

La pena es la real privación o restricción de bienes al autor del delito que el poder ejecutivo lleva a cabo para la prevención especial, determinada jurídicamente en su máximo y en su mínimo por ciertas condiciones temporales y personales del reo que la sufre. El Estado trata de cambiar la conducta de vida o la personalidad del hombre delincuente a través del tratamiento penitenciario, cuya justificación ontológica es la transformación de los reos y su recuperación para que no cometan más daños a la sociedad.

“Pero, si el tratamiento penitenciario, se impone por la fuerza legal y física, como sucede hoy en día, éste fracasará por violar la esfera de privacia del individuo, que es una de las garantías individuales, pues nadie puede obligar al adulto a cambiar sus puntos de vista o su modo de vida a través de un castigo”.(22)

La legitimación de la punibilidad se encuentra en la obligación que tiene el gobernante de proteger determinados bienes que son indispensables para la convivencia en sociedad.

La legitimación de la punición se la da al juez la efectiva agresión a los bienes jurídica y penalmente tutelados, es decir, la comisión de una conducta tipificada como delito.

La legitimación de la pena se desprende de la comisión de un delito, la sentencia legaliza la ejecución, pero no la legitima, prueba de ello es la figura del indulto en los casos de probada inocencia.

Como puede observarse, se ha eliminado la retribución como finalidad de la reacción penal, quedando como una mera curiosidad histórica.

22.- Kaufman Hilde. La Función del Concepto de la Pena en la Ejecución del Futuro. Nuevo Pensamiento Penal. Año IV, No. 5. Argentina 1975. Pág. 21.

## 2. 2. FIN Y UTILIDAD DE LAS PENAS.

La historia de la humanidad desde el perfil punitivo, comenzó con un acto de desobediencia y la aplicación de un castigo según la mitología hebrea, al igual ocurre en el mito griego, es y ha sido un hecho natural y universal el que la sociedad ha procurado combatir el delito y aquellas conductas que ha creído lesivas a los contenidos fundamentales de su cultura mediante instrumentos de control, como son las sanciones.

De esta manera, los seres humanos hemos obligado a los criminales a resarcir los daños a sus víctimas, pero ha sido necesaria tanta crueldad para persuadir a los delincuentes a no cometer más delitos, ¿y cual es el derecho que nos subrogamos los hombres para castigar a nuestros semejantes?, en cambio, con el desarrollo de la civilización, los pueblos adquirieron la idea moderna de Estado y Contrato Social y sobre tales ideas, la sociedad apoya el derecho a castigar.

Así, las sanciones vienen a ser una especie de moldeadores de la conducta humana que se aplican solo dentro de un marco ideológico cultural de referencia, la amenaza de un castigo se puede considerar gracias a esta función, creadora de hábitos conforme a la ley, ya que por medio de su eficacia se desarrollan condiciones idóneas para instaurar en una sociedad y asimilar de ella la ideología de la clase dominante y a veces un conformismo generalizado y estabilizador.

Los códigos penales constituyeron y constituyen un recuerdo permanente de aquél contrato a través del cual podían saber aquello que les es permitido y lo que les es prohibido, además de las sanciones en que incurren en caso de desobediencia.

Es así, como nace el ius puniendi del Estado o derecho punitivo del mismo, más desde luego es menester un sitio en donde cumplir el castigo, es decir, la cárcel.

Por otra parte, decía Don Constancio Bernaldo de Quiroz que la "pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito".(23)

23.- Pág. 74 Autores varios "Las penas substitutivas de prisión" 1ª Ed. 1995 Ed. U. N.A.M.

Lo que comprende en el sentido absoluto de la palabra como un castigo a todo comportamiento socialmente insoportable, por eso también Kaufman sostiene que "pena significa todo mal que es infringido a causa de un hecho culpable y declarado por la ley como pena".(24)

La pena es un hecho universal, y lo que cambia con el tiempo es la forma de considerarla, los lugares y la dureza en aplicarla.

Generalmente se acepta que la pena debe cumplir un fin, sea éste el de castigar al criminal, el de proteger a la sociedad, el garantizar los intereses de la misma o el de intimidar para evitar que se cometan conductas indeseables. De esta forma han surgido diversas teorías que tratan de explicar la legitimidad y finalidad de la pena, que pueden ser clasificadas en:

a.- "Absolutas, que descansan en la naturaleza intrínseca de la pena cuyo concepto predominante es el de la retribución justa como consecuencia necesaria inseparable del delito, se castiga quia peccatur.

b.- Relativas, que no asignan a la pena un fin de agotamiento en sí misma sino que le dan carácter de instrumento político con fines de reparación y resarcimiento para evitar futuras transgresiones al orden y reparar los efectos del delito e,

c.- Intermedias, como intento conciliatorio, estas teorías tratan de conciliar la justicia absoluta con los fines socialmente útiles retribución de utilidad al buscar la resocialización del delincuente".(25)

Luego, a partir de ello es fácil advertir que son funciones de la pena, fundamentalmente las siguientes:

1.- La función retributiva. Que se interpreta como la realización de la justicia mediante la ejecución de la pena, pues se paga al delincuente con un mal por el mal que él previamente causó.

24.- Pág. 31 Op. Cit. Rodríguez Manzanera

25.- Pág. 98 Op. Cit. Kaufman Hilde

2.- La función de prevención general. En la que la pena actúa como inhibidor, como amenaza de un mal para lograr que los individuos se intimiden y se abstengan de cometer el delito.

3.- La función de prevención especial. Logrando que el delincuente no reincida, sea porque queda amedrentado, sea porque la pena es de tal naturaleza que lo elimina o lo invalida o imposibilita para la reiteración en el delito.

4.- La función socializadora. Aceptada ya por muchos como una función independiente, en que se busca hacer al sujeto socialmente apto para la convivencia en la comunidad.

En suma, la pena es esgrimida como un castigo si el sujeto no se abstiene de determinadas conductas consideradas como gravemente antisociales; si a pesar de la advertencia el individuo delinque, vendrá la aplicación de la pena, para ejemplificar a los demás e intimidar al mismo criminal, y si la naturaleza de la pena y la personalidad del criminal lo permiten, se procurará reintegrarlo a la comunidad como un ser útil y sociable.

En realidad, la justificación de la pena no es una cuestión religiosa ni filosófica, sino una necesidad amarga en una sociedad de seres imperfectos como la formada por el ser humano, para usar, palabras más, palabras menos, la frase que la totalidad de los tratadistas emplean.

Sumarnos a esa concepción, porque sin la pena no sería posible la convivencia en nuestros días de los hombres entre sí. Así mismo, la pena constituye un recurso elemental con que el Estado cuenta y al que acude, cuando es preciso, para hacer posible la convivencia entre los gobernados. Si la pena ya no es ese mal del que hablan los defensores de las teorías retribucionistas sino, por el contrario, una grave e imprescindible necesidad social, postulados que fundamentan este concepto se sumergen en una profunda crisis, que no es sino la crisis de la idea retribucionista que tantos males ha causado al ser humano. Y por otra parte, la idea de la resocialización, no deja de ser en realidad una mera buena intención, ya que no es acertado pensar, desde ningún punto de vista, que se pueda reeducar o resocializar a una persona para la libertad, en condiciones de no libertad lo cual, a todas luces, es un contrasentido.

Por tales razones las nuevas teorías de la pena tienden a un proceso de edulcoración de la pena, es decir, que debe atenderse al hecho de que el sujeto de la pena es precisamente un ser humano que con un mínimo al menos de dignidad debe ser atendido en la prisión, a eso se le ha dado en llamar el

humanismo de la pena.

La vida social es conflictiva, la pena debe ser humanizadora y humanizante, solo así podrán cristalizarse los propósitos de su función

### 2. 3. CLASIFICACION DE LA PENA.

En este apartado que nos precede haré una breve referencia en cuanto a la distinción entre penas, que clasificaremos al tenor del cuadro siguiente:

#### 1.- Atendiendo a su fin.

a.- Si el fin asignado por el Estado a las penas es el de defensa social, es evidente que la pena de muerte, el confinamiento y la prisión sirven para eliminar o alejar a los elementos nocivos de la sociedad, a fin de que ésta, cual organismo viviente, pueda desarrollarse con armonía, libre de los individuos que le causan agravios.

b.- En cambio, si la finalidad que el Estado trata de alcanzar es la de readaptación del individuo, qué mejor lugar para lograrlo que en el seno de la sociedad y que sea ésta la que contribuya a ello a través del tratamiento de libertad o semilibertad del sentenciado.

Si por el contrario, se trata de inhabilitar al sujeto para prevención de que en el futuro cometa más delitos, qué mejor forma que suspenderle algún tiempo o privarle de sus derechos políticos y civiles, como los de tutela, curatela, apoderado legal, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en quiebra, destituirlo o inhabilitarlo de la funciones públicas.

#### 2.- Atendiendo al bien jurídico protegido.

Pena capital. El bien jurídico afectado es la vida.

Penas corporales. Si se aplican directamente sobre el cuerpo del

condenado en forma de azotes, marcas, mutilación, etc.

Penas privativas y restrictivas de la libertad personal. Si atentan o disminuyen la libertad de locomoción del individuo, como en el caso de la pena privativa de libertad en prisión, la prohibición de ir a lugar determinado, el sometimiento a vigilancia de autoridad administrativa, o la obligación de residir en un determinado lugar y no salir de él.

Penas pecuniarias. Son aquellas que disminuyen el patrimonio del activo del delito y que imponen una obligación de pagar, restituir e indemnizar al Estado primeramente, o a la víctima por el mal causado.

Penas suspensivas o privativas de derechos. Son aquellos que afectan de esa forma a los derechos políticos y civiles del condenado. Entre los primeros podemos citar la suspensión del derecho al voto activo y pasivo y los derechos civiles.

### 3.- Por su forma de aplicación.

Principales. Si generalmente se aplican en primer término en relación con otras penas y para la mayor parte de los delitos. Actualmente esa definición ocupa en el fuero militar la pena de muerte y en la sociedad civil, la pena privativa de libertad de locomoción.

Secundarias. Si se aplican en segundo término, enseguida o después de la pena principal, con el objeto de reforzar el efecto intimidatorio de la misma: entre ellas se puede mencionar a la multa y reparación del daño.

Accesorias. Si las penas son consecuencia necesaria del obrar antijurídico, como sucede con los delitos imprudenciales por hechos de tránsito terrestre, en los que se suspende al conductor culpable del oficio de chofer, o al médico negligente de su profesión o al técnico sin pericia de su oficio.

Complementarias. Si se trata de alcanzar un objetivo diverso a la finalidad de retribución, como sucede cuando se ordena la amonestación del reo y se le apercibe para que no cometa otro delito.

Las medidas de control, como ya se apuntó, persiguen fines preventivos y se aplican a personas socialmente peligrosas. Estas se distinguen en sanitarias, cuyo objetivo es internar a los inimputables en hospitales psiquiátricos judiciales; familiares, cuando al inimputable se le da un tratamiento en libertad, encargándolo a sus familiares o a la persona de quien legalmente dependa y controlando tal tratamiento a través de visitas sanitarias psiquiátricas; recaudativas, que consisten en medidas de orientación y protección para menores, y por último en medidas de control político, como el confinamiento, contemplando en el artículo 49 del Código Penal del Estado.

## 2. 4. ACCION PENAL Y PENA.

Como una emanación de su soberanía, el Estado ejerce la función de administrar justicia, en la que es necesaria la intervención de hombres que, en ejercicio de una función, realizan la actividad de juzgar con la característica principal de ser imparciales.

“Dicha función la delega el Estado en el juez, sujeto investido de poderes excepcionales, con la atribución principal de aplicar la ley en el caso concreto. El juez posee además, como hemos visto, imperio y poder de decisión que lo convierten en el sujeto más importante de los que intervienen en el proceso, ya que es él quien establece la certidumbre sobre la justicia. Empero, hay que tener cuidado y delimitar sus funciones” .(26)

En la famosa teoría de Montesquieu se establecía que debía haber separación entre los tres poderes con su propio titular, pues si no hubiera dicha separación y estuvieran regulados por la misma persona o bajo el mismo órgano de autoridad, no podía existir la libertad política del ciudadano. En este sentido, si el Poder Judicial se confundiese con el Poder Legislativo, la vida y la libertad de los individuos se hallarían regidas por la arbitrariedad, pues el juez se convertiría en legislador. Y si se confundiese con el Poder Ejecutivo, el juez podría convertirse en opresor.

26.- Pág. 78 Reynoso Davila Roberto “Teoría General de las Sanciones” 1ª Ed. 1996 Ed. Porrúa, S. A. México, D. F.



El juez debe estar consciente de que tiene en sus manos un poder soberano del Estado, que es el poder de decisión para todo conflicto de derechos de la misma forma que tiene en sus manos el poder de regular y coordinar a los poderes legislativo y ejecutivo para mantener, así, un sistema de equilibrio. Sin embargo, este poder del juez no es obrímodo, ya que sus decisiones pueden ser siempre revisadas por múltiples recursos o leyes de impugnación a través de las tres instancias o grados que concurren a establecer la verdad legal sobre el proceso penal.

El juez tiene una misión muy grande que cumplir dentro de la sociedad: aplicar estricta e imparcialmente la ley.

La administración de justicia esta por encima de las demás actividades humanas, debido a que es una de las más importantes funciones que pueda desempeñar el ser humano, por lo que, siendo la justicia uno de los más grandes sentimientos de cada individuo, es natural que esa función este encomendada a hombres rectos y cabales, con vocación, desinteresada que a la par de aplicar estrictamente la ley, busquen, aunque sea solo espiritualmente, a ser auténticamente posible la realización humana porque hay que tener presente que la justicia no es solo la aplicación rígida de la ley sino la actualización del derecho, en que el juez tiene que saber adaptar las normas a la realidad en el caso concreto que se le debate.

Se ha señalado que son los jueces quienes pueden determinar el éxito o el fracaso de una reforma procesal, o es, como lo dice Calamandrei, "el problema de la reforma de las leyes es ante todo un problema de hombres" .(27)

Así, el juez efectúa funciones de creación jurídica, pues al aplicar el derecho tiene que saber actualizarlo al supuesto particular y tiene que modernizarlo al interpretar la ley.

En este sentido, el juez, al interpretar la ley para adecuarla al caso particular, debe liberarse de los peligros de ser arbitrario en sus resoluciones, ya sea por que la influencia que reciba sea exterior o interior.

27.- Pág. 64 García Ramírez Sergio "Justicia Penal" 3ª Ed. 1991 Ed. Porrúa S. A. México, D. F.

Por ello, la valoración que de la ley hace el juez debe estar firmemente fundada y motivada, aunado a ello que sus resoluciones sean siempre impugnables sujetas evidentemente a un control dada la falibilidad humana. El juez, como hemos visto es el sujeto más importante, que tiene en sus manos el poder soberano del Estado, que es el poder de decisión, por lo que él es el elemento fundamental y central del proceso a él le corresponde la misión de juzgar, es él "órgano a quien confía el Estado el ejercicio de la función jurisdiccional".(28)

La responsabilidad de los jueces es muy grande pues deben saber encontrar el camino adecuado para llegar a la verdadera y autentica justicia, no aquella en la que él Ministerio Público abandona - en cualquier estado del proceso- la acción penal desistiendo de ella equivaliendo ello a disponer a su antojo del proceso, pues su resolución se traduce en el sobreseimiento del proceso, equivalente a una sentencia absolutoria, teniendo así en sus manos la función decisoria e invadiendo con ello las funciones propias del órgano jurisdiccional.

Estamos convencidos de que tanto el juez como el Ministerio Público tienen como misión la de procurar la más exacta aplicación de la ley; pero el Ministerio Público jamás podrá tener la facultad de decidir, porque ésta se encuentra reservada exclusivamente a la autoridad judicial.

Al cometerse un ilícito penal, nace la llamada relación jurídica material de derecho penal entre el Estado titular del ius puniendi y el delincuente a quien se le imputa el delito. El Estado, en este caso, tiene el derecho abstracto de castigar al infractor de la ley penal, aplicándole una sanción; pero, al mismo tiempo, el delincuente tiene el derecho de exigir que dicha sanción no se le imponga de manera arbitraria, sino mediante una resolución judicial después de haberse cumplido ciertos requisitos y observado ciertas formalidades que, en su conjunto, toman el nombre de proceso.

28.- Pág. 56 Op. Cit. Gómez Lara Cipriano "Teoría del Proceso" 7ª Ed. 1981 Ed. Harla

Con el proceso surge una relación procesal en la que intervienen el juez, el Ministerio Público, el acusado, la defensa, el ofendido, etcétera. El proceso, como nos dice Florian, "se manifiesta como una relación jurídica que se desarrolla progresivamente entre varias personas ligadas por vínculos jurídicos", con lo cual estamos de acuerdo, ya que, como hemos señalado, del proceso surgen una serie de vínculos entre las personas que en él intervienen, principalmente entre las partes y el juez, "de tal manera que los actos de unos originarán a su vez los actos de otros, pero siempre regidos en todo por la ley".

Esta relación incumbe al Estado a través del órgano jurisdiccional, y se inicia cuando el órgano de la acusación se dirige ante el juez ejercitando la acción penal, desarrollándose posteriormente todos los actos o actividades que sean necesarios hasta llegar a la sentencia, los cuales constituyen el proceso, y se pueden considerar como:

"El conjunto de las actividades y formas mediante las cuales los órganos competentes, preestablecidos en la ley, observando ciertos requisitos, proveen, juzgando, a la aplicación de la ley penal en cada caso concreto, para definir la relación jurídica penal concreta y, eventualmente, las relaciones jurídicas secundarias conexas".(29)

Ejercitada la acción penal por el Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional, éste no puede desistirse porque tiene la obligación de continuarla hasta que haya una decisión jurisdiccional que ponga fin al proceso con una sentencia, sea ésta condenatoria o absolutoria.

La jurisdicción, según se ha visto, consta de dos elementos; el imperio, facultad ejecutiva para ordenar que se cumplan debidamente las determinaciones judiciales, y la decisión, que se traduce en la facultad de que goza el juez para aplicar las leyes en el caso concreto, en el momento de la sentencia, misma que supone la existencia de un juicio previo con todas las formalidades esenciales que se requieran para poder determinar si el hecho es o no-delito, y si existe o no responsabilidad. En consecuencia, la invasión del Ministerio Público en la función decisoria del juez equivale a disponer del proceso, suplantando al juez al desistir o abandonar la acción penal, que se traduce en el sobreseimiento del asunto.

Ahora bien, por lo que respecta al principio de la inimputabilidad del objeto del proceso, éste consiste en que, una vez constituida la relación procesal, su desenvolvimiento se sustrae a la voluntad de las partes, las que no pueden ni deben buscar solución distinta a la soberana decisión del órgano jurisdiccional, siendo éste el único capacitado para decidir si el sujeto a quien se le imputa el delito es responsable o no.

Este principio del carácter público del proceso penal, en contraposición al proceso civil, en que predomina la disposición de las partes, las que pueden renunciar o transigir y dar por terminado el proceso; es decir, en el proceso penal, ni el Ministerio Público, ni el acusado, ni la defensa, pueden detener el proceso y darle una solución distinta si es que el juez no la dicta.

El principio de inimputabilidad del objeto del proceso tiene una excepción en los delitos que se persiguen por querrela, cuando el ofendido por el delito, su legítimo representante o el tutor especial manifiesten su deseo de que no se persiga a quien cometió el delito otorgándoles de esta forma su perdón.

La consecuencia de esa manifestación de voluntad, al otorgar el perdón, es la extinción de la responsabilidad penal y el cese del procedimiento o la ejecución de la pena.

El juez, en este caso, decretará el sobreseimiento; pero, nótese, es el juez quien, mediante una resolución judicial y ejercitando su facultad decisoria, pone fin al proceso.

Hemos anotado que, cuando se comete un ilícito penal, nace la llamada relación jurídico-material entre el Estado y el delincuente, ya que corresponde a aquél la obligación, en nombre de la sociedad, de aplicar la ley penal al interlocutor. Pues bien, esta relación incumbe al Estado a través de un órgano específicamente determinado -el Ministerio Público, el cual debe precisar su acusación contra el procesado, quien, a su vez, estará presidido del defensor, quedando ambas partes vinculadas al órgano jurisdiccional, el que dará fin a la instancia mediante los actos de decisión en la sentencia.

La sentencia es el coronamiento final de un procedimiento judicial, y es el resultado lógico de la aplicación abstracta de la ley a un caso concreto, y en la cual se pone fin a la instancia resolviendo el fondo del asunto. Empero, si durante el transcurso del procedimiento sobreviniese alguna causa excluyente de la responsabilidad, extinción de la acción penal, o cuando el Ministerio Público formula conclusiones inacusatorias, el juez deberá, de oficio o a petición de parte,

decretar el sobreseimiento, sin entrar a conocer el fondo del asunto.

El órgano jurisdiccional, como ya se dijo, posee imperio y decisión, con los que hace posible que sus determinaciones puedan ser cumplidas y pueda aplicar la ley en el caso concreto; éstas son sus facultades, que, de acuerdo con el multicitado artículo 21 constitucional, están reservadas exclusivamente a la autoridad judicial. Conforme a esto, es el juez quien debe hacer la valoración correspondiente, conforme a su función decisoria, debido a que el Ministerio Público, simple y sencillamente porque es parte, ya no posee imperium decisorio.

Cuando el Ministerio Público formula conclusiones acusatorias, estas obligan al juez a sentenciar, de acuerdo con dicho pedimento, esto es, el juez no puede señalar una penalidad mayor de la solicitada. Igualmente, se dice que el principio de congruencia, que debe regir al dictarse una sentencia, debe respetarse, a que debe haber una correspondencia o relación entre lo aducido por las partes y lo resuelto por el tribunal, porque, de otro modo, se daría curso a un agravio perfectamente fundado, el cual consiste en que la sentencia sería incongruente con la litis planteada en el proceso.

Lo anterior no me parece convincente porque, a mi parecer, el principio de congruencia que debe observarse al dictarse la sentencia en ningún momento se ve roto al imponer el juez una penalidad mayor a la solicitada por el Ministerio Público a que no se debe confundir la congruencia con la identidad, significando con ello que lo solicitado y pedido por el Ministerio Público sea lo mismo que lo que tenga que imponer el juez; por ello, este último goza del arbitrio judicial, y puede escoger entre un mínimo y un máximo de la pena además de que dicha facultad no la puede ejercer de un modo arbitrario y caprichoso por no ser absoluto por estar ante todo regido por la ley.

A mayor abundamiento, el artículo 21 Constitucional estatuye con facultad exclusiva del Poder Judicial la de imponer las penas y que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial; en virtud de esto quedan perfectamente bien delimitadas las funciones del órgano oficial y las jurisdicciones, que son las de aplicar las penas. Por lo tanto, no es al Ministerio Público a quien toca calificar el delito y definir la pena, porque si así lo hiciera, se saldría de sus atribuciones para invadir la esfera del órgano jurisdiccional, y si esta autoridad se limitara a imponer las penas que le solicitaran, abdicaría en su facultad de juzgar y dejaría de ser él quien impusiera las penas de acuerdo con lo estatuido por nuestro código fundamental.

## CAPITULO III

### LA LABOR JURISDICCIONAL

#### 3. 1. EL PODER JUDICIAL ESTATAL- SU ESTRUCTURA.

Por decreto número 86; el Congreso del Estado, instruyó La Ley Orgánica del Poder Judicial, el día 4 de agosto de 1977, disponiendo en sus primeros Capítulos la Organización del Supremo Tribunal, la cual se deposita en los juzgados de Primera Instancia, Menores (antes llamados municipales) y el Jurado Popular.

Estableciendo además que ningún funcionario del Poder Judicial del Estado podrá abandonar la residencia del tribunal o juzgado a que esté adscrito, ni dejar de desempeñar las funciones que tenga a su cargo, sin la licencia respectiva otorgada por el pleno del Supremo Tribunal.

El Supremo Tribunal de Justicia en el Estado se compondrá del número de Magistrados Propietarios y Supernumerarios que sean necesarios para el buen desempeño de la función y según lo permita el presupuesto de egresos del Poder Judicial, pudiendo ser separados del ejercicio de su cargo en los términos del artículos 139 de la Constitución del Estado.

En el artículo 7 de dicha Ley se establece que cada Magistrado integrará una Sala; y en los siguientes numerales de dicho Ordenamiento se precisan las bases bajo las cuales se organiza el Supremo Tribunal de Justicia en el Estado.

Destaca además la Sección Segunda de la Ley al referirse a las funciones y organización del Tribunal Pleno; en sus artículos 19 y 20, que textualmente dicen:

Art. 19.- Las sesiones serán dirigidas por el Presidente y fungirá como Secretario el que lo sea del propio Supremo Tribunal. De cada sesión se levantará acta que contenga los acuerdos tomados, la cual deberá firmar el Presidente y Secretario del Pleno. Cada acta queda sujeta a discusión y aprobación, en su caso, en la sesión siguiente;

Art. 20.- Corresponde al Tribunal Pleno:

I.- Designar Presidente, nombrar y remover Jueces de Primera Instancia y Jueces Menores, propietarios, suplentes o interinos; aceptar sus renunciaciones y concederles licencias con goce de sueldo o sin él;

II.- Nombrar, a propuestas del Presidente, a los funcionarios y empleados que integren la Presidencia y las Salas del Supremo Tribunal; removerlos por causa justificada; Concederles o negarles las licencias que solicitan y acordar las renunciaciones que presenten;

III.- Aprobar o desaprobado, la moción del Presidente, los nombramientos que de Secretarios hagan los Jueces;

IV.- Acordar sobre las renunciaciones de los Secretarios de los juzgados;

V.- Conocer y resolver a las licencias que soliciten los Magistrados, Jueces y Secretarios;

VI.- Conocer las recusaciones con causa y de las excusas de los Magistrados;

VII.- Conocer de las cuestiones de competencia que surjan entre las Salas del Supremo Tribunal o entre una autoridad judicial y otra administrativa, ambas del Estado;

VIII.- Conocer y resolver las excitativas de justicia que se promuevan en contra de los Magistrados del Tribunal;

IX.- Conocer en única instancia de los delitos cometidos por los funcionarios que determine la Constitución Política del Estado y en segunda instancia de los casos en que las Salas conozcan de la primera instancia, conforme a esta Ley, sujetándose a las reglas comunes del procedimiento. Las resoluciones se tomarán por mayoría de votos y tratándose de sentencias se harán constar los peculiares de los Magistrados disidentes;

X.- Expedir los reglamentos interiores del Supremo Tribunal y de los Juzgados de Primera Instancia y Menores; Enviándolos al Ejecutivo para su publicación;

XI.- Dictar las medidas que estime convenientes para que la administración de justicia sea pronta y cumplida en los Tribunales del Estado;

XII.- Asignar la adscripción al Partido Judicial en que deben ejercer sus funciones los Jueces de Primera Instancia y Jueces Menores, y en los Partidos o Municipios en que haya dos o más, el Juzgado en que deberán prestar sus servicios.

En casos especiales y con el objeto de atender mejor las necesidades de un determinado partido, el Pleno podrá nombrar hasta un Juez adicional dentro de un mismo Juzgado, en cuyo caso se actuará separadamente en procedimientos diversos y no indistintamente ni en forma colegiada. Transitoriamente uno de los Jueces podrá dedicarse sólo a sentenciar;



XIII.- Castigar con extrañamiento, multa hasta de quinientos pesos, suspensión por un mes, o destitución, a los Jueces de Primera Instancia y Jueces Menores, Secretarios y empleados del Poder Judicial, en los casos de faltas graves cometidas en el ejercicio de sus funciones. Si aparecieren indiciados en la comisión de un delito, se les suspenderá para consignarlos al Ministerio Público;

XIV.- Suspender en sus cargos a los funcionarios mencionados en la fracción anterior, a solicitud de la autoridad que conozca de la averiguación previa que se siga en su contra, por delitos oficiales o comunes, cuando esté plenamente comprobado el cuerpo del delito imputado y existan datos bastantes para hacer probable la responsabilidad del funcionario acusado.

La resolución que se dicte sobre la suspensión se comunicará a la autoridad que haya hecho la solicitud.

La suspensión en sus cargos constituye un requisito previo, indispensable para la aprehensión o enjuiciamiento de dichos funcionarios;

XV.- Imponer correcciones disciplinarias a los promoventes o litigantes, cuando en las promociones ante el Pleno falten al respeto al Supremo Tribunal, a alguno de sus miembros o a cualquier otro funcionario del Poder Judicial;

XVI.- Conocer de las contradicciones entre tesis sustentadas por las Salas o por los Juzgados para decidir cuál debe prevalecer, en los diligencias de que el criterio que adopte no afectará las situaciones jurídicas concretas que hayan motivado las tesis en contra. Cualquier persona puede denunciar ante el Pleno las tesis contradictorias;

XVII.- Aprobar anualmente el proyecto de Presupuesto de Egresos del Poder Judicial, con vista del anteproyecto que propondrá el Presidente, para remitirlo a la Legislatura por conducto del Ejecutivo del Estado;

XVIII.- Derogado; y

XIX.- Conocer de los demás negocios que le encomienda ésta u otras leyes.

En el capítulo III; se precisa la competencia por territorio de los Juzgados Penales y Civiles en el Estado dividiéndolos en 21 Partidos Judiciales de la siguiente manera:

El Estado se divide en 21 Partidos Judiciales que se formarán con los Municipios que a continuación se expresan, siendo la cabecera del Partido la población que primero se menciona:

- I.- GUANAJUATO;
- II.- SILAO Y Romita;
- III.- IRAPUATO, Cuerámara y Pueblo Nuevo;
- IV.- SALAMANCA;
- V.- VALLE DE SANTIAGO Y Jaral del Progreso;
- VI.- PENJAMO, Abasolo y Huanímaro;
- VII.- LEON;
- VIII.- SAN FRANCISCO DEL RINCON, Purísima de Bustos y Ciudad Manuel Doblado;
- IX.- CELAYA, Apaseo el Alto y Apaseo el Grande;
- X.- YURIRIA;
- XI.- ACAMBARO, Jerécuaro, Coroneo y Tarandacuaao;
- XII.- SALVATIERRA, Tarimoro y Santiago Maravatio;
- XIII.- SAN MIGUEL DE ALLENDE y Comonfort;
- XIV.- DOLORES HIDALGO y San Diego de la Unión;
- XV.- SAN FELIPE y Ocampo;
- XVI.- SAN LUIS DE LA PAZ, Victoria y Xichú;
- XVII.- MOROLEON;
- XVIII.- SAN JOSE ITURBIDE, Tierra Blanca, Atarjea, Santa Catarina y Doctor Mora;
- XIX.- CORTAZAR y Villagrán;
- XX.- URIANGATO; y
- XXI.- SANTA CRUZ DE JUVENTINO ROSAS.

Art. 26.- En las cabeceras de los Partidos Judiciales habrá tantos Jueces de Primera Instancia encargados de los Ramos Civil y Penal como lo acuerde el Tribunal Pleno en vista de las necesidades locales y de la importancia del Partido. En los Partidos para los que se designe un solo Juez, conocerá de los dos Ramos.

Art. 27.- El despacho en los Tribunales Judiciales del Estado, será de

las nueve a las quince horas días hábiles. Son días hábiles todos los del año, con exclusión de los sábados y domingos, el 1o. de enero, 5 de febrero, 1o. y 5 de mayo, 14, 15, 16 de septiembre, 12 de octubre, 20 de noviembre y 25 de diciembre.

No obstante cuando, se trate del cumplimiento de disposiciones de orden constitucional o de diligencias que resulte necesario practicar por ministerio de la Ley, el Tribunal del conocimiento deberá integrarse para funcionar en los días como inhábiles.

Para sentar las bases del funcionamiento y correcta organización de la labor jurisdiccional; en los preceptos 28, 29 y 30 se prevé:

Art. 28.- La residencia ordinaria de los Jueces será la cabecera del partido donde ejerzan sus funciones, y no podrán cambiarle sino con autorización del Pleno del Supremo Tribunal. Para salir de la Cabecera o del lugar de residencia del Juzgado a la práctica de alguna diligencia, y por cualquier otro motivo justificado, dentro del mismo Partido, deberán dar aviso al Presidente del Supremo Tribunal, y para salir de su circunscripción necesitan licencia del propio funcionario.

Art. 30.- Son atribuciones y obligaciones de los Jueces de Primera Instancia:

I.- Conocer de los negocios civiles en los términos que establece el Código de Procedimientos de la materia;

II.- Conocer de los negocios que afecten a la Hacienda Pública de Estado a otro fondo público, cualquiera que sea su cuantía;

III.- Conocer de los procesos penales que no sean de la competencia del Supremo Tribunal o de alguna de sus Salas ni de los Jueces Menores, en la forma y términos que determinen las disposiciones legales relativas;

IV.- Librar excitativas de Justicia a los Jueces Menores;

V.- Dirimir las cuestiones de competencia que se susciten entre los

Jueces Menores de su Partido y ramo, y conocer de las recusaciones con causa y de las excusas de los mismos.

VI.- Conocer de la segunda instancia en los términos de los códigos de procedimientos, de los negocios que la competencia de los Jueces Menores;

VII.- Practicar las diligencias que les encomienden el Supremo Tribunal y las autoridades judiciales de la Federación y cumplimentar los exhortos que se les dirijan, si estuvieren legalmente requisitados;

VIII.- Autorizar, en cada caso que sea necesario, al empleado que deba desempeñar funciones secretariales;

IX.- Conocer de los delitos cometidos por los agentes de la autoridad a que se refiere la parte final del Artículo 136 de la Constitución Política del Estado, de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 142 de la misma.

X.- Remitir mensualmente informe de entradas y salidas de los negocios de su competencia al Presidente del Supremo Tribunal;

XI.- Nombrar y remover al secretario y empleados del Juzgado a su cargo, sometiendo las designaciones y remociones a la aprobación del Supremo Tribunal; y

XII.- Practicar mensualmente una visita a las cárceles de la Cabecera de su partido, a la que asistirá acompañado de su Secretario, del Juez Menor y su Secretario, así como de las demás autoridades a quienes las leyes respectivas impongan esta obligación.

Estas visitas tendrán por objeto que los detenidos manifiesten sus quejas relativas al despacho de sus procesos y al tratamiento que reciban dentro de la prisión; además, el de revisar los libros que lleven los Alcaldes o encargados de las prisiones, a fin de que se corrijan las irregularidades que se observen.

En los lugares en que haya dos o más Jueces Penales, asistirán todos a las visitas, presidiéndolas por turno. Cuando se denuncien irregularidades,

se levantará acta circunstanciada que firmarán los funcionarios que en ella intervengan y autorizada, se remitirá al Presidente del Supremo Tribunal para su estudio y revisión.

### 3. 2. EL JUEZ PENAL.

#### SU FORMACION Y SUS FUNCIONES.

La función judicial como la legislativa puede analizarse desde dos puntos de vista:

Como función formal y como función material.

a) Desde el punto de vista formal, la función judicial está constituida por la actividad desarrollada por el Poder que normalmente, dentro del régimen constitucional, está encargado de los actos judiciales, es decir, por el Poder Judicial.

b) Como función considerada materialmente, algunos autores la denominan función jurisdiccional, por creer que la expresión "judicial" sólo evoca el órgano que la realiza, debiendo, por lo tanto, reservarla para cuando se haga alusión a su aspecto formal.

Se ha llegado a negar a la función jurisdiccional el carácter de actividad de orden jurídico porque se dice que en ella el Estado no realiza ni un acto de voluntad ni crea una situación jurídica, que son los dos elementos fundamentales del acto jurídico.

Se dice que la sentencia no aporta modificación alguna al orden jurídico, porque se limita a fijar el derecho que había sido discutido o contrariado. En otros términos, se afirma que la sentencia judicial no es atributiva, sino simplemente declarativa de derechos.

Las afirmaciones anteriores no pueden sostenerse si se tiene un concepto completo del acto jurisdiccional.

Si se reduce el carácter de éste a una simple operación lógica y a una simple declaración de derechos, no se explica por qué en esa misma operación y esa misma declaración cuando son realizadas por un particular no tienen los mismos efectos que cuando se realizan por el Estado.

Esto hace suponer que existen otros elementos que no concurren cuando un particular interviene.

Y en efecto, cuando el Estado decide jurisdiccionalmente un conflicto de derechos no se limita a determinar si éstos existen sino que además, como una consecuencia del reconocimiento de su existencia provee al respeto de ellos por medio de un acto emanado de la voluntad, acto que, aunque realizado dentro de las normas legales produce una modificación en el orden jurídico puesto que hace concreta la ley para los derechos de la naturaleza del que está a discusión. Así, cuando se discute la validez de un acto jurídico por haber sido ejecutado sin sujeción a la ley, aunque un particular por medio de un simple silogismo puede llegar a la conclusión de que aquel acto está viciado, tal conclusión no llega a afectar la subsistencia del acto viciado. Por el contrario, cuando el Estado interviene juzgando el caso, no se detiene donde el particular se ha detenido, en el reconocimiento de que el acto viola la ley sino que como una consecuencia de ese reconocimiento provee por medio de una decisión que constituye un acto voluntario al respeto de la ley violada, declarando que aquel acto viciado venía produciendo consecuencias jurídicas y deja de producirlas por virtud de la sentencia, ésta causa una modificación en el orden jurídico existente.

“Cuando se tiene un derecho, la abstención de su ejercicio produce, por regla general, su extinción por prescripción. El término para que ésta se consume es variable. Pues bien, cuando ese derecho se hace valer en la vía judicial, se interrumpe esa prescripción; pero si además se ha llegado hasta la sentencia, entonces, por efecto de ésta, el derecho que en ella se reconoce tiene un término de prescripción especial distinto del que tenía el derecho antes de ser objeto del fallo”.(30)

30.- Pág. 23 Revista "Criminalia No. 1 Enero-Abril 1995" Ed. Pomúa S. A. México. D. F.

Cuando un particular desconoce el derecho de otro, se niega al cumplimiento de una obligación que ha contraído, el interesado, al ocurrir a la vía judicial no sólo obtiene el reconocimiento de su derecho, sino los medios para hacerlo efectivo y además de acuerdo con las circunstancias puede obtener una condena al pago de los daños y perjuicios. Esa obligación de pago de los daños y perjuicios aunque derivada de la ley no puede hacerse efectiva sino hasta que exista la sentencia, lo cual equivale a decir que ésta viene a producir una modificación en el orden jurídico preexistente.

Si del campo del derecho civil se pasa al del derecho penal, el efecto jurídico que se produce por la resolución judicial es todavía más apreciable. Cuando en el procedimiento se llega a comprobar la violación de la ley penal la sentencia no se limita a reconocerlo sino que a consecuencia del reconocimiento impone una sanción, determinándose así una situación jurídica especial para el infractor.

Todo lo anterior viene a demostrar la exactitud de la afirmación de que la función jurisdiccional es una función del orden jurídico, pudiendo ser útil corroborar las razones expuestas con la opinión de un reputado autor que se expresa sobre el particular en la siguiente forma: "Esta función, dice refiriéndose a la que se realiza en la sentencia judicial, en ningún modo tiene un carácter meramente declarativo, como da a entender la palabra "jurisdicción" y como supone la teoría corriente, como si el derecho estuviera ser expresado o hallado en el acto del tribunal. Más bien, la función llamada jurisdiccional, es absolutamente constitutiva: es producción de derecho en el propio sentido de la palabra. Así como los dos elementos (hecho y consecuencia jurídica) deben ser ligados por la ley en la esfera de lo general, así también, el dominio de lo individual tiene que serlo por la sentencia judicial. Por esto la sentencia es una norma jurídica individual: es la individualización o concreción de la norma general o abstracta".(31)

Ha habido una parte de la doctrina que se ha inclinado a considerar que la función jurisdiccional no se distingue substancialmente de la administrativa; que en la realidad en el Estado hay sólo dos actividades diferentes: la de hacer las leyes y la de ejecutarlas, sin que haya razón de fondo para distinguir la ejecución en casos de controversia y la ejecución en casos en que no hay conflicto.

31.- Pág. 11 Sánchez Galindo Antonio "Derecho a la readaptación social" 1ª Ed. 1983 Ed. Depalma Buenos Aires, Argentina.

“Hacer las leyes, hacerlas ejecutar, me parecen, en buena lógica, dice Berthélemy, dos términos entre los cuales, o al lado de los cuales, no hay lugar vacío. El acto particular de interpretar la ley en caso de conflicto forma necesariamente parte del acto general “hacer ejecutar la ley”.(32)

Esta opinión que no ha llegado a ser satisfactoriamente destruida no parece que muestra que la doctrina no ha logrado precisar la diferencia específica que separe la función administrativa de la función jurisdiccional.

La existencia de la función jurisdiccional obedece a un proceso histórico de diferenciación que ha llegado a separar objetivamente una esfera de actividades del Estado que pueden precisarse cuantitativamente como formando parte de la función administrativa, de otra esfera que se ha sustraído de las manos de la Administración para entregarse a los tribunales.

Esto nos llevaría a pensar que sólo es posible caracterizar a la función jurisdiccional por el órgano que la realiza. Sin embargo, existen, además del elemento orgánico, algunos otros caracteres externos que separan, aunque no de modo radical, la función jurisdiccional de la función administrativa.

La función jurisdiccional supone, en primer término y a diferencia de las otras funciones, una situación de duda o de conflicto preexistentes; supone generalmente dos pretensiones opuestas cuyo objeto es muy variable. Ellas pueden referirse a un hecho, actitud o acto jurídico que se estimen contradictorios con un derecho o una norma legal, o a un estado de incertidumbre sobre la interpretación, alcance o aplicación de una norma o de una situación jurídica.

De aquí se desprende que si el antecedente o motivo de la función jurisdiccional es un conflicto de derecho que no puede dejarse a las partes resolver, el primer elemento del acto jurisdiccional consiste en la declaración que se haga de la existencia de tal conflicto.

Esa declaración requiere un procedimiento especial previo en el cual hay un debate contradictorio y audiencia de pruebas y alegatos de las partes contendientes, habiéndose llegado a pensar que el procedimiento, con sus formalidades especiales, constituye un elemento del acto jurisdiccional.

32.- Pág. 22. Cafferata Nores José “Eccarcelación y Exhimiación de Prisión” 1ª Ed. 1986 Ed. Depalma Buenos Aires, Argentina.



Indudablemente que, desde un punto de vista político, el procedimiento constituye una garantía para las partes en conflicto pero esto de ninguna manera autoriza a concluir que la esencia del acto jurisdiccional se encuentra en las formas procesales. Son múltiples los casos en que el acto administrativo tiene que realizarse después de un procedimiento organizado en forma similar al procedimiento judicial y sin embargo, en dichos casos no se altera la esencia jurídica del acto final que se realiza, el cual sigue caracterizándose por el efecto de derecho que produce.

Hay que advertir además que el acto jurisdiccional está constituido únicamente por la sentencia y no por los actos previos del procedimiento que, aunque implican determinaciones judiciales, solamente constituyen condiciones sucesivas para el desarrollo del proceso, y una colaboración de parte de los litigantes para conocer y defender sus respectivas pretensiones.

La función jurisdiccional está organizada para dar protección al derecho, para evitar la anarquía social que se produciría si cada cual se hiciera justicia por su propia mano; en una palabra, para mantener el orden jurídico y para dar estabilidad a las situaciones de derecho.

La sentencia debe como consecuencia lógica de la declaración que contiene completarse con una decisión que haga cesar el conflicto y que ordene restituir y respetar el derecho ofendido.

Esa decisión constituye el otro elemento esencial del acto jurisdiccional; forma un todo indivisible con la declaración, pero, a diferencia de ésta, sí produce un efecto de derecho, según lo hemos demostrado antes al referirnos a opiniones que niegan el carácter jurídico al acto jurisdiccional.

El efecto de derecho que produce la decisión varía según el objeto de la controversia. Así por ejemplo, el objeto de ésta es la regularidad de un acto creador de situación jurídica general, de un acto creador de una situación jurídica individual, o de un acto condición, y si la declaración resuelve que existe la irregularidad, la decisión consecuencia lógica de aquélla, priva de efectos al acto irregular produciendo un efecto jurídico ya que extingue para el futuro una situación que venía produciendo hasta ese momento consecuencias de derecho. Ahora bien, como los actos jurídicos no pueden ser suprimidos, sino por otros de la misma naturaleza la decisión tendrá que revestir para operar la privación de efectos referida la misma naturaleza del acto al cual se aplica.

Otra consecuencia se deriva también de la finalidad del acto

jurisdiccional. Si esta es la de hacer respetar el derecho, de darle estabilidad, el acto con que trate de satisfacer ese propósito debe tener el mismo carácter fijo y estable. Esa fijeza y estabilidad sólo se logran dando a la sentencia fuerza definitiva e irrevocable, presumiendo que en ella está contenida la verdad legal.

La legislación positiva ha satisfecho esta exigencia estableciendo en favor de la sentencia, una vez que contra ella se han agotado todos los recursos, la presunción absoluta de verdad que no admite prueba en contrario, dándole la autoridad de cosa juzgada, *res iudicata pro veritate, pro lege habetur*.

### 3. 3. INDEPENDENCIA DEL JUEZ FRENTE AL PODER EJECUTIVO Y LEGISLATIVO.

En su obra clásica del espíritu de las leyes, en la que se plantea como cuestión central la estructura jurídica del Estado como mecanismo de certidumbre, Montesquieu escribe sobre el poder judicial:

“No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y de la vida de los ciudadanos: como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor”.(33)

Para el funcionamiento efectivo del Estado de Derecho, que presupone un sistema de frenos y contrapesos entre los órganos estatales mediante el cual el poder detiene al poder, es condición necesaria, aunque no suficiente, la existencia de un poder judicial que actúe con eficacia y con independencia. La lucha por el derecho no se detiene en la búsqueda de buenos textos legislativos: incluye el objetivo de lograr un poder judicial fuerte y capaz, que garantice que la norma jurídica se cumpla en los casos concretos.

33.- Pág. 10 González de la Vega Rene “Política Criminológica Mexicana”. 1ª Ed. 1993 Ed. Porrúa S. A. México, D. F.

En materia penal, además de jueces con esas características, el imperativo de la justicia requiere de un procedimiento penal que permita, hasta donde sea humana y razonablemente posible, llegar a conocer la verdad histórica del suceso que se juzga. Entre otras, dos preguntas básicas deben resolverse en el procedimiento: ¿existió el delito? De existir el delito, ¿es culpable el acusado? No hace falta abundar en la relevancia de esas interrogantes y en la trascendencia de las respuestas. De éstas depende, básicamente, que se haga justicia o se cometa una injusticia. Es injusto que se absuelva a un culpable. Es asimismo injusto - y monstruoso - que se condene aun inocente.

La Constitución de 1917 consagra un procedimiento acusatorio a través de principios estructuralmente organizados en un conjunto coherente. En este conjunto, la función de la defensa reviste importancia mayúscula. Olga Islas y Elpidio Ramírez enumeran exhaustivamente los actos que implica la defensa del acusador:

- a) Escuchar del acusado la versión del hecho que se considera delictivo;
- b) Conocer el contenido de todas las constancias procesales a fin de conocer bien el hecho punible y estar en posibilidad de refutar la acusación;
- c) Buscar las pruebas que reafirmen la inocencia del acusado o, al menos, le favorezcan en relación a la pena, para ofrecerlas y desahogarlas ante el órgano jurisdiccional;
- d) Solicitar del juez la libertad provisional, cuando proceda;
- e) Solicitar del auxilio para el desahogo de las pruebas;
- f) Interponer los recursos procedentes;
- g) Pedir al órgano jurisdiccional la absolución, o al menos, la pena menos desfavorables (conclusiones);
- h) Estar presente en todos los actos del procedimiento.

Apuntan dichos autores: En esta forma concebida (por el Constituyente) la función de la defensa, queda equilibrada y racionalmente desarrollada la impartición de la justicia. Y concluyen: "... el Constituyente de Querétaro, de 1916-1917, plasmó en la Constitución una igualdad jurídica entre el Ministerio Público y la Defensa..." .

Poder Judicial independiente y profesional, e igualdad jurídica y real entre Ministerio Público y Defensa son, por lo expuesto, condiciones indispensables para un juicio penal imparcial, democrático, en el que sea posible que, al dictarse la sentencia, se haga justicia.

¿Son los jueces mexicanos autónomos, eficientes y capaces en sus decisiones? ¿Se da en realidad una paridad en las actuaciones del órgano de la acusación y del órgano de la defensa en el procedimiento penal? ¿Cómo aproximarnos a una respuesta mínimamente objetiva que vaya más allá de los casos aislados que se conocen o del rumor público?

Es difícil creer en la independencia del Poder Judicial, no sólo porque el Presidente de la República nombra a los ministros de la Suprema Corte y la aprobación del Senado es un mero trámite (situación similar al nombramiento de magistrados por parte de los gobernadores con la aprobación de la legislatura), sino porque en las resoluciones delicadas nuestro Poder Judicial ha mostrado un criterio complaciente hacia el Ejecutivo.

En los procesos de 1968 se dio el vergonzoso caso de altas sentencias condenatorias por los delitos de incitación a la rebelión, asociación delictuosa, sedición, daño en propiedad ajena, ataques a las vías de comunicación, robo de uso, despojo, acopio de armas, homicidio y lesiones contra agentes de la autoridad, con base en los siguientes elementos probatorios (en los que el agente del Ministerio Público basaba su acusación): las mantas, pancartas, carteles y fotografías en las que aparecían líderes como Lenin, Che Guevara, Mao Tse Tung, Fidel Castro; bandera del Partido Comunista; la formación de comités de huelga y brigadas de lucha por parte de los acusados; la participación de uno de ellos (Heberto Castillo en el grito de la noche del 15 de septiembre en Ciudad Universitaria actuando como autoridad al sancionar actos de matrimonio), la militancia de los procesados en organizaciones de izquierda.

Tampoco es fácil creer en la independencia del Poder Judicial cuando nuestro máximo tribunal estableció el criterio - ya hoy insostenible por la reciente reforma procesal, al menos en el Distrito Federal y en el fuero federal- de que, ante dos o más declaraciones de un inculpado, debe prevalecer la primera,

pues al rendirla, el detenido aún no ha tenido oportunidad de ser aconsejado por su abogado, que por lo general entra en funciones en el momento de la declaración preparatoria, la que el inculpado hace ante el juez.

México, como la mayoría de los países en América Latina, adoptó en su Constitución el sistema de división de poderes y el federalismo de tipo estadounidense. Sin embargo, de hecho no tenemos un sistema de frenos y contrapesos efectivo. Ello se debe principalmente a dos problemas.

En primer lugar, nuestro sistema constitucional de frenos y contrapesos de hecho no funciona porque los distintos órganos de poder no tienen intereses contrapuestos y capacidad institucional de defenderlos. La idea básica de la división de poderes medisoniana es que para que los poderes públicos efectivamente se controlen entre sí, sus miembros deben tener los medios constitucionales necesarios y los motivos personales para resistir violaciones de los otros poderes. Por motivos personales Madison se refiere a que la propia ambición individual de los políticos debe estar institucionalmente ligada al puesto, de tal forma que cuando éstos actúen en vista de sus intereses personales, estén defendiendo a su vez los derechos constitucionales de sus puestos. "La ambición debe estar encaminada a contrarrestar la ambición"; ésta es la base del sistema madisoniano de división de poderes.

En el sistema estadounidense, la posibilidad de reelegir a los miembros del Congreso representa el principal incentivo individual para que éstos respondan a la voluntad de sus electores y tengan una base de apoyo político propia para contrarrestar el poder del Ejecutivo. Al votar por una propuesta legislativa del Presidente, por ejemplo, cada miembro del Congreso valora la manera como ésta afecta los intereses de sus electores, y tiene la capacidad de oponerse a ella si así lo considera necesario, en la medida de que sus posibilidades de mantenerse en el poder dependen principalmente de sus electores.

En México, el Poder Legislativo no cuenta con similares incentivos institucionales para limitar el poder del Ejecutivo. Los miembros del Congreso no pueden ser reelectos, lo cual impide que cuenten con incentivos individuales para representar los intereses de sus electores. Para hacer avanzar sus carreras políticas, los legisladores deben servir, no a los electores, sino al líder de sus partidos, que en el caso del PRI es el ejecutivo federal, en la medida de que éste determinará sus fortunas políticas en el futuro. Esto, en sí mismo, no resultaría tan negativo para la división de poderes si no fuera por dos hechos adicionales: primero, el PRI tiene asegurado el control mayoritario de la Cámara de Diputados, la gran parte gracias a la así llamada "cláusula de gobernabilidad" que automáticamente concede la mayoría absoluta al partido más grande; y segundo,

a que el Presidente es el líder de dicho partido.

En segundo lugar, en México las elecciones juegan un papel muy limitado en el control del poder público. El voto popular es el principal mecanismo de control de gobierno en las democracias. Las elecciones regulares desempeñan una doble función: obligan a que el gobierno tenga un interés común con los ciudadanos, en la medida de que los representantes deben conocer los sentimientos de sus electores para ganar o reelegirse. Por otro lado, las elecciones sirven para evitar que los gobernantes cometan abusos, dado que si ofenden a sus electores, perderán la posibilidad de reelegirse.

De ahí que en México, a pesar de tener una división de poderes de tipo estadounidense, el Presidente y el Congreso de hecho se encuentren fusionados como en los sistemas parlamentarios. Sin embargo, como constitucionalmente no tenemos un sistema parlamentario, no contamos con los mecanismos adicionales que dichos sistemas poseen para controlar los abusos del poder, tales como los tribunales constitucionales, la posibilidad de que los Secretarios de Estado y el Presidente respondan ante el parlamento, o el hecho de que los gobiernos en general se formen mediante coaliciones por las que las minorías obtengan representación.

### 3. 4. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL JUEZ.

La justicia es el fundamento del derecho penal, y nosotros decimos que es su límite; en este sentido todos los delitos son contra la justicia, y sería un absurdo crear una clase especial de ellos, porque esto implicaría el concepto de que todos los demás no van contra la justicia, lo que es una iniquidad evidente.

La palabra justicia expresa la aplicación de ese ideal a un hecho humano determinado, como también el desarrollo de un principio de aquella ley suprema manifestando en una declaración o una orden impuesta a determinados individuos, es decir, en un precepto práctico; así decimos que un juez ha hecho justicia y llamamos injusticiado al inculpable que es sometido a muerte por medio de una sentencia judicial.

Expresamos con el nombre de justicia aquel ordenamiento con que las leyes del Estado crean una institución especial a la que adscriben a ciertos

hombres, para que con actos y formas determinados convierten en precepto práctico esa ley abstracta y hagan justicia, conforme a la justicia, cuantas veces la necesidad lo requiera.

En el capítulo primero, del título decimoprimer del Código Penal Federal, se estipula cuales son los delitos contra la administración de justicia, cometidos por los servidores públicos, de la siguiente manera (artículo 225):

I. El servidor público que conozca de negocios para los cuales tenga impedimento legal o abstenerse de conocer de los que le corresponda, sin tener impedimento legal para ello.

En esta fracción, se plantean dos formas de comisión del ilícito, ya sea conociendo de los negocios ante los cuales tiene un impedimento legal y la segunda, abstenerse de conocer, de los que deba conocer, sin tener un impedimento legal.

Es necesario apuntar que en los diversos Códigos de procedimientos civiles, penales, en el código de comercio, así como en las leyes orgánicas del poder judicial de la federación, del Ministerio Público - entre otras- respectivamente señalan los impedimentos que tienen los servidores públicos para conocer de algunos casos.

II.- Desempeñar algún otro empleo oficial o un puesto o cargo particular que la ley les prohíba.

Las leyes orgánicas aplicables, indican las prohibiciones para los jueces, magistrados, ministros, secretarios, agentes del Ministerio Público, etc., para desempeñar algunos otros empleos, puestos o cargos particulares, ajenos a sus funciones.

El elemento material consumativo del delito, que puede ser instantáneo o continuo, es el desempeño de la función vedada a lo que forman parte de la administración de justicia en sus diversas ramas.

El delito, siempre intencional, queda sujeto a lo que dispone el Artículo 11 Código Penal del Estado. Este es el elemento subjetivo de la acción delictuosa.

III. Litigar por sí o por interpósito persona, cuando la ley les prohíba el ejercicio de su profesión. De la misma manera que en la fracción anterior, la ley explícitamente indica los casos en que los servidores públicos no pueden litigar, como por ejemplo, al ocupar un cargo que por su propia naturaleza dejaría en desventaja a la otra parte, verbigracia, los jueces, entre muchos otros casos.

IV. Dirigir o aconsejar a las personas que ante ellos litiguen. Dos de los principios existentes en el derecho y a los cuales se deben ajustar los que imparten justicia, son la imparcialidad y la equidad; así, el servidor público que incurra en la conducta establecida en esta fracción será responsable penalmente de la misma.

V. No cumplir una disposición que legalmente se les comunique por su superior competente, sin causa fundada para ello. Esta fracción hace referencia a la obligación de los funcionarios públicos de obedecer a su superior jerárquico en los mandatos lícitos requeridos, porque de lo contrario, cuando sea una petición ilícita, el servidor público tendrá causa fundada para desobedecerlo.

VI: Dictar, a sabiendas, una resolución de fondo o una sentencia definitiva que sean ilícitas por violar algún precepto terminante de la ley, o ser contrarias a las actuaciones seguidas en juicio o al veredicto de un jurado; u omitir dictar una resolución de trámite, de fondo o una sentencia definitiva lícita, dentro de los términos dispuestos en la ley.

La conducta establecida en esta fracción, hace referencia a aquellos funcionarios con la facultad de dictar resoluciones o sentencias, que con conocimiento de su actuar ilícito, dictan resoluciones de fondo o sentencias definitivas contrarias a las leyes o a las actuaciones seguidas en el juicio o al veredicto del jurado. Asimismo, también sanciona a aquellos funcionarios que omiten dictar una resolución de trámite, de fondo o una sentencia definitiva lícita, dentro del término que marca la misma ley.

VII: Ejecutar actos o incurrir en omisiones que produzcan un daño o concedan a alguien una ventaja indebida. "El delito consiste, pues, en abusar de la autoridad que se detenta, para ejecutar intencionalmente un acto u omitirlo también intencionalmente, a fin de causar daño a tercero o concederle una ventaja indebidos. Así quedan expresados los elementos materiales del mencionado delito y su elemento subjetivo".



VIII. Retardar o entorpecer maliciosamente o por negligencia la administración de justicia. Como sabemos, la justicia debe ser pronta y expedita, por lo que en esta fracción como delito la conducta de aquellos funcionarios que entorpecen la impartición de justicia, ya sea maliciosamente, es decir con la plena intención de retardarla, o por la negligencia, imprudencialmente, faltando a las obligaciones del cargo.

De igual manera se efectúa la conducta delictiva cuando un servidor público con las mismas características ejerce acción penal sin que preceda denuncia, acusación o querrela, tutelándose de esta forma los bienes jurídicamente protegidos, amparados en el Artículo 16 de nuestra Constitución en su párrafo segundo, en relación a que no podrá librarse orden de aprehensión sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley establece como delito.

IX. Detener una persona en el transcurso de la averiguación previa, fuera de los casos específicamente señalados por la ley en el séptimo del Artículo 16 Constitucional, el cual ordena textualmente: "Ningún indiciado podrá ser detenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial...", indicando la posibilidad de duplicarse dicho plazo de cuarenta y ocho horas en el supuesto de delincuencia organizada.

X. No otorgar, cuando se solicite, la libertad caucional, si procede legalmente. Por libertad caucional debemos entender "aquella libertad que se concede a los inculpados, para los efectos de gozar de ella sin estar detenido ante el Ministerio Público ni en prisión preventiva mientras dure el proceso penal correspondiente. Equivale además en nuestro sistema penal, a la categoría de un derecho fundamental organizado en la Constitución precisamente en la fracción I del Artículo 20 de la Constitución Política del país. La conducta delictiva consistirá entonces, en no otorgar la libertad que hacemos referencia, cuando proceda legalmente.

XI. Obligar al indiciado o acusado declarar en su contra, usando la incomunicación o cualquier otro medio ilícito. En esta fracción, la conducta consiste en obligar al indiciado o acusado a declarar, mediante la incomunicación o cualquier otro medio ilícito, como la violencia física o moral. La incomunicación referida se efectúa

cuando el servidor público niegue que el indiciado pueda informar a las personas que crea pertinente, con la intención de que acudan a su auxilio y efectúen todos los trámites necesarios para ayudarlo en su situación jurídica. Esta incomunicación también se realiza si el funcionario niega tener detenido al indiciado, cuando acudan al lugar personas buscándolo.

XII. No tomar al inculpado su declaración preparatoria dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación sin causa justificada, u ocultar el nombre del acusador, la naturaleza y causa de la imputación o el delito que se le atribuye.

Una de las garantías individuales estipulada en el Artículo 20 Constitucional dice: "En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías... en su fracción tercera "Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria".(34)

Por lo tanto, si no se le toma su declaración preparatoria y se le hace saber la naturaleza y causa de la acusación, así como el nombre del acusador, se estará violando una garantía Constitucional.

Prolongar la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motive el proceso. El texto de esta fracción alude a las penas máximas de prisión citadas en cada uno de los tipos penales, es decir, si el inculpado se encuentra acusado por un delito cuya pena máxima es de tres años, y el proceso rebasa estos años sin dictarse sentencia, se incurrirá en la conducta delictiva si el inculpado continúa en prisión preventiva.

Imponer gabelas o contribuciones en cualesquiera lugares de detención o internamiento. En los lugares de detención o internamiento, las autoridades no pueden imponer gabelas o contribuciones a los detenidos o reclusos, de hacerlo efectúan la conducta ilícita estipulada en esta fracción. Demorar injustificadamente el cumplimiento de las providencias judiciales, en las que se ordene poner en libertad a un detenido.

34.- Pág. 9 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 6va. Ed. 1990 Ed. Porrúa S. A. México, D. F.

La conducta de este ilícito, se efectúa cuando el servidor público con las facultades de poner en libertad al detenido, no lo hace en tiempo y forma como se lo indica la resolución judicial correspondiente. No dictar auto de formal prisión o de libertad de un detenido, dentro de las setenta y dos horas siguientes a que los pongan a su disposición, a no ser que el inculcado haya solicitado ampliación del plazo, caso en el cual se estará al nuevo plazo.

En esta fracción, la conducta ilícita consiste en no dictar auto de formal prisión o de libertad de un detenido, dentro de las setenta y dos horas siguientes a que lo hayan puesto a su disposición. Con las reformas publicadas el 10 de enero de 1994, se establece como innovación la ampliación del término de setenta y dos horas siempre que así lo solicite el inculcado o su defensor, en la declaración preparatoria del primero, con el fin de aportar y desahogar pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica.

Ordenar o practicar cateos o visitar domiciliarias fuera de los casos autorizados por la ley. Aquí se establece como conducta delictiva el hecho de ordenar o practicar cateos o visitas domiciliarias fuera de los casos autorizados por la ley; el artículo 56 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato indica: "cuando en la averiguación previa el Ministerio Público estime necesaria la práctica de un cateo, acudirá a la autoridad judicial competente, a solicitar por escrito la diligencia, así como la ubicación del lugar a inspeccionar y de la persona o personas que han de localizarse o de aprehenderse, y de los objetos que se buscan o han de asegurarse a lo que únicamente debe limitarse la diligencia. Durante la diligencia de cateo estarán presentes dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad judicial que practique la diligencia; al concluir esta se levantará acta circunstanciada de la misma. Cuando no se cumplan con estos requisitos, la diligencia carecerá de valor probatorio, sin que sirva de excusa el consentimiento de los ocupantes del lugar."

Según el Artículo 16 Constitucional, "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento." Añadiendo más adelante: "en toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse..." y finalmente: la autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía".

Abrir un proceso penal contra un Servidor Público, con fuero, sin habérselo retirado éste previamente, conforme a lo dispuesto por la ley.

“Abrir un proceso penal significa iniciar un enjuiciamiento en esta materia después de haber recibido el juez la correspondiente consignación. Esta conducta típica, en concreto consiste en abrir un proceso penal contra un servidor público, con fuero, sin habérselo retirado, previamente conforme a lo dispuesto por la ley. Ello significa incoar dicho proceso admitiendo la consignación, en primer lugar, así como si se tratare de una consignación sin detenido, proveer lo relacionado con la orden de aprehensión, como sería él dictarla, emitirla o, en su caso, entregarla al Ministerio Público y Policía Judicial para su ejecución; en fin, significa realizar los trámites iniciales a la instancia criminal correspondiente, por el órgano jurisdiccional penal”.(35)

Ordenar la aprehensión de un individuo por delito que no amerite pena privativa de libertad, o en casos en que no proceda denuncia, acusación o querrela; o realizar la aprehensión sin poner al detenido a disposición del juez, en el término señalado por el párrafo tercero del artículo 16 de la Constitución.

Reformada el 10 de enero de 1994, esta fracción indica como conducta delictiva; primero, decretar la orden de aprehensión de una persona por delito que no amerite pena privativa de la libertad, o cuando no proceda denuncia, acusación o querrela; y como segunda hipótesis efectuar la aprehensión sin poner al detenido a disposición del juez, en el término señalado en el párrafo tercero del artículo 16 Constitucional.

A los encargados o empleados de lugares de reclusión o internamiento que cobren cualquier cantidad a los internos o a sus familiares, a cambio de proporcionarles los bienes o servicios que gratuitamente brinde el Estado para otorgarles condiciones de privilegios en el alojamiento o régimen.

Este tipo penal se realizará cuando el alcaide, carcelero o celador cobra por alguno de los servicios que están obligados a prestar gratuitamente como la alimentación, el alojamiento, entre otros, pero no sólo se configura el delito si la petición se la hacen al recluso, sino también la efectuada a sus familiares.

Admitir y nombrar un depositario o entregar a éste los bienes secuestrados, sin el cumplimiento de los requisitos legales correspondientes. El hecho delictivo consiste en admitir o nombrar un depositario o entregarle los bienes secuestrados, sin el cumplimiento legal correspondiente. La función del depositario, es muy importante, ya que interviene como tercero en el proceso, pudiéndose hacer cargo, en depósito, de los bienes embargados o secuestrados en la instancia.

Hacer conocer al demandado, indebidamente, la providencia de embargo decretada en su contra. Aquí el agente le hace conocer -indebidamente- al demandado, que va a ser embargado, dando pie a que este último oculte sus bienes, se prevenga.

Nombrar síndico o interventor en un concurso o quiebra, a una persona que sea deudor, pariente o que haya sido abogado del fallido, o a persona que tenga con el funcionario relación de parentesco, estrecha amistad o esté ligada con él por negocios de interés común.

El bien jurídicamente tutelado en este punto es la seguridad y certeza jurídica del proceso penal, en tanto se afecta la credibilidad y confianza en la administración de justicia, si sus funcionarios actúan correctamente o faltando a sus deberes de lealtad y probidad en sus funciones.

Por ello, diversas normas sancionan sus actos ilícitos que realicen apartándose de sus deberes; como, v. Gr., los artículos 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, 277, 280, 288, 298 y relativos de la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común.

Permitir, fuera de los casos previstos por la ley, la salida temporal de las personas que están reclusas.

En esta hipótesis se alude a aquellos funcionarios con facultades de permitir o no la salida temporal de los internos, de los centros de reclusión, configurándose el delito cuando éstos permiten, indebida e ilegalmente, la salida temporal de persona reclusas, bajo su jurisdicción.

No ordenar la libertad de un procesado, decretando su sujeción a proceso, cuando sea acusado por delito o modalidad que tenga señalada pena no privativa de libertad o alternativa. Se sancionará a los jueces que ordenen la libertad de un procesado con sujeción a proceso dentro del plazo estipulado por la

ley (Artículo 19 Constitucional), cuando sea acusado por delito o modalidad que tenga señalada pena privativa de libertad o alternativa.

Esta es la razón profunda que se encuentra en la base de la reforma procesal penal, misma que explica porque, ha pasado a un primer plano el núcleo de problemas vinculado a la seguridad jurídica de los ciudadanos: órganos judiciales y ministeriales profesionales, honestos, prestigiados y expedito, equitativo y equilibrado en cuanto a la participación de las partes, respeto a los derechos de la víctima y garantías en el aseguramiento de la reparación del daño, pero también a los derechos del infractor, penas humanas, versátiles y adecuadas a la peligrosidad y magnitud de los delitos, medidas precautorias modernas que permitan sustituir la prisión para aligerar la carga de los tribunales por una parte, y la sobrepoblación de los reclusorios por la otra y un proceso de ejecución de la pena que permita la readaptación social de los sentenciados y la reincorporación tranquila de los infractores a la vida social.

Todo lo anterior dentro de un marco que permita los establecimientos de mecanismos de acceso a la justicia, democráticos e imparciales, ajenos a las actitudes discriminatorias y al otorgamiento de privilegios indebidos por razones de poder político y de fuerza económica. Perfeccionar los modelos de desarrollo, adecuar al Estado a las nuevas demandas sociales y modernizar los sistemas penales son un proceso único.

"Esto así, porque la reforma del Estado busca replantear sobre nuevas bases las relaciones de los órganos de poder en todos los niveles, con la sociedad civil, y con las organizaciones políticas y profesionales. En última instancia, la reforma del Estado pretende, en primer lugar, definir con más precisión las atribuciones, las facultades, los límites y los alcances de los órganos del poder; en segundo lugar, propiciar la apertura de espacios políticos que permitan una democracia participativa apoyada en una clara conciencia política y jurídica de los ciudadanos que, dinamice y fortalezca una sociedad plural, realista y respetuosa y, en tercer lugar, la ampliación de las expectativas y oportunidades sociales. La existencia de un sistema penal justo, moderno, equilibrado y humano es, al mismo tiempo, una condición para que florezca y prospere el respeto a los derechos humanos y la premisa general de la seguridad jurídica y pública de los ciudadanos".

Dentro del sistema jurídico mexicano la Procuraduría General de Justicia de la Nación concentra una dualidad incompatible de funciones, ya que, al mismo tiempo, realiza las actividades propias del Ministerio Público y las funciones de consejero jurídico y representante legal del Poder Ejecutivo.

Este doble carácter de la institución del Ministerio Público, en la práctica, se ha expresado como un impedimento para cumplir su función de representante social, sacrificando los intereses de la sociedad en favor de los intereses del Poder Ejecutivo. Para dotar de transparencias las actividades del Ministerio Público, para recuperar la confianza y la credibilidad de los gobernados en los órganos encargados de procurar justicia, propongo la separación de las funciones del Ministerio Público de las tareas del abogado de la Federación.

Para que el nuevo Ministerio Público pueda cumplir con la función de procuración de justicia, es indispensable unificar y actualizar el marco jurídico para alcanzar los objetivos siguientes:

- Dotar de unidad de criterios a la representación social, propósito que exige reglamentar la averiguación previa sujetándola a un riguroso régimen de plazos y términos procesales.

- Suprimir todas las facultades del Ministerio Público que invaden la competencia de los jueces: el Ministerio Público no puede ni debe valorar las excluyentes de responsabilidad; excepción de flagrante delito no puede ejecutar detenciones; tampoco puede ni debe asegurar bienes, rematarlos y disponer de esos recursos, puede, en todo caso, asegurarlos y ponerlos a disposición inmediata del juez; el desistimiento de la acción penal por su parte del Ministerio Público no significa en ningún momento sobreseimiento, la valoración de este acto corresponde siempre al juez, quien debe decidir de inmediato.

- Deber eliminarse de la legislación la facultad del Ministerio Público para proceder a la detención en caso urgente. Este dispositivo, fruto de enmiendas precipitadas se presta al tráfico de influencias, la corrupción y la violación de los derechos humanos.

- Creo que ante el noejercicio de la acción penal procede el amparo. Es indispensable proteger a la víctima y al ofendido frente a prácticas viciadas de una representación social que se alejó de sus funciones, conculcando al Estado de Derecho.

- La nueva institución del Ministerio Público, para contribuir al debilitamiento del rezago judicial y para impedir la sobre población en los reclusorios, deber intensificar, durante la averiguación previa, los mecanismos de conciliación y moralidad que permiten una negociación concertada entre las partes y hacen posible abatir los costos y costas procesales. Simultáneamente el legislador deber ampliar la querrela hacia un amplio catálogo de delitos.

- Un Ministerio Público renovado y al servicio de la sociedad deber hacer efectiva la libertad provisional bajo fianza, tanto en la averiguación previa, como durante el cumplimiento de las órdenes de aprehensión.

La nueva Procuraduría General de la República aplicará, en todos sus niveles, políticas y medidas orientadas a desterrar la espontaneidad y la improvisación e impedir las recomendaciones derivadas del tráfico de influencias y los ascensos meteóricos. La carrera ministerial, en todas sus jerarquías seguirá en mecanismos rigurosos de selección, capacitación y actualización; Al mismo tiempo se aplican estrategias de promoción y estímulo que conduzcan a una mejor remuneración de los empleados como medio para alcanzar una mejor conducta dentro de la administración pública.

La procuración e impartición de justicia enfrenta un grave problema: la pobreza de amplios sectores de nuestra sociedad. Creo que, paralelamente a la reestructuración del Ministerio Público, es necesario transformar y fortalecer la defensora de oficio. La defensora de oficio, que hoy se subordina a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el fuero federal puede ser protagonizada como una verdadera defensora del pueblo, bajo la dependencia del abogado de la Nación.

La nueva Procuraduría General de la República pondrá un énfasis especial en la prevención del delito. Muchos esfuerzos del Estado mexicano realizados por diversas secretarías y dependencias dirigidos a dotar a la sociedad de espacios para el uso del tiempo libre, nunca han sido coordinados y centralizados bajo programas de promoción y difusión. La prevención del delito se da ahí donde se crea un nuevo empleo, donde se constituye una vivienda, donde se edifica un centro de salud o un campo deportivo. Una política de prevención del delito implica desarrollar instrumentos eficaces de comunicación social, optimizar la capacidad instalada de todas las instituciones de servicios y dirigir las en una sola dirección: mejorar la calidad de vida. A fin de cuentas fortalecer la seguridad pública y los órganos que, como el Ministerio Público, tutelan los bienes jurídicos que los gobernados, no significa otra cosa que abrir las esclusas para una sociedad participativa, actuante y dinámica dentro de un orden legal.



## CAPITULO IV

### LA APLICACIÓN DE LAS PENAS.

#### 4.1 EJECUCION DE LAS SANCIONES.

El delito es un hecho natural, tan común en las comunidades primitivas como en las modernas. La esencia pecaminosa del hombre, su afán por acumular riquezas, sus rivalidades y egoísmos siempre lo han impulsado a realizar conductas desviantes y criminosas y, consecuentemente, alterar la paz social entre sus semejantes.

En un principio el respectivo castigo de estas conductas quedaban al arbitrio de las clases reales y sacerdotales primero, y después al del ofendido o del jefe familiar. No existía un Código Punitivo escrito que castigara determinada conducta prohibida con una determinada sanción. Con la creación del Estado Moderno, surgió el principio de la división de poderes y se estableció así la

competencia de cada órgano del Estado para hacer leyes, para aplicarlas y para ejecutarlas.

El Estado Moderno se caracterizó por ser creador del derecho. La función legislativa es una actividad creadora del derecho objetivo del Estado, subordinada al orden jurídico y que consiste en expedir las normas que regulan la conducta de los individuos, luego entonces, corresponde al Poder Legislativo la tarea de elaborar y discutir, entre otras, las normas jurídicas penales que definen con certeza las conductas prohibidas, y al Poder Ejecutivo refrendarlas, publicarlas y sancionarlas, a fin de que los gobernados conozcan su vigencia" (36).

La comunicación impresa es el medio más común para dar publicidad a tales leyes. La prevención general implantada a través de la publicidad de estas normas pretende, a través de su efecto disuasivo, si no hacer desaparecer el delito como fenómeno social, al menos disminuir el índice de criminalidad a su mínima expresión, a índices tolerables para la convivencia armónica de la gente.

Por su parte, la sociedad civil también ha creado, a través de su historia, agentes y procesos de aculturación que han ayudado a la sociedad misma, interesada también ella en el combate contra la criminalidad, a lograr tan anhelado fin. La educación familiar, las normas de urbanidad y religiosas, el culto y los héroes y a los santos, son factores que han contribuido de esta manera a alejar a las personas de la tentación de cometer delitos y a formar buenos súbditos y gobernados.

“Cuando estos factores y agentes fracasan, se recurre como razón última a la norma jurídica penal, aun cuando no sea el recurso más idóneo ni deseable para enfrentar el evento social. Por ello, el derecho reservó el principio de mínima intervención para el derecho punitivo, teniendo en cuenta que por otros medios se pueden lograr los mismos objetivos. Si al legislador corresponde elaborar las leyes y sus respectivas sanciones, el juez es el único órgano llamado a interpretarlas y aplicarlas al caso concreto” (37).

Por ello, cuando se manifiesta que la punición es un acto en el cual concurre instantánea y simultáneamente en el ánimo del juzgador todo el bagaje de conocimientos jurídicos, criminológicos y su experiencia de la vida al imponer un castigo adecuado al hombre que hallare responsable de un hecho antijurídico, sin duda afirmamos una cosa cierta, porque en verdad no existe en la tierra un acto de tanta trascendencia ética como el hecho que un hombre juzgue a su semejante, independientemente del poder con que se encuentre investido.

Y no puede ser de otra manera, pues el típico caso de una justicia imperfecta lo ejemplifica el procedimiento punitivo. El procedimiento se ha dispuesto para buscar y establecer la verdad jurídica del caso que debe coincidir, en el momento del juicio, con la verdad histórica del hecho, la culminación del juicio será una declaración de culpabilidad o inocencia y la imposición de las penas concretas al sentenciado.

Esta serie de actos, a los ojos de la víctima o víctimas, es un rito incomprensible pues se otorgan al acusado toda una serie de garantías procesales que contratan con su impropiedad y a su actuación inconsecuentemente. Por otro lado, el juez penal debe allegarse de las pruebas aportadas por las partes, de los elementos necesarios para emitir una sentencia justa. La justicia es, así pues, la finalidad deontológica a alcanzar, el ideal de todo ser humano que aspira a preservar la paz social, al dar a cada uno de ellos, reo y agraviado, lo que se merecen.

En estos términos, parecería que la función del juez fuese una operación sencilla y muy simple. Cuando se le presenta un caso, debe extraer los hechos más importantes del problema, luego encuadrarlo dentro de la disposición legal apropiada y razonar porque ésta es aplicable al caso.

La discrecionalidad judicial restringida al mínimo de cuotas sancionadoras le impide, a su vez, imponer una pena que traspase dichos límites.

Pero aun cuando se obedezcan cuidadosamente las reglas procesales y se observen las normas de la individualización judicial, se puede llegar a un resultado equivocado: un hombre inocente puede ser declarado culpable, y un culpable puede ser puesto en libertad; o bien al responsable de un delito se le puede imponer una sanción demasiado severa o una demasiado leve.

En tales casos, se habla de un error de justicia surgido de una combinación fortuita de circunstancias que hacen fracasar el fin y la función judicial. Aún cuando estos errores no constituyen la regla general sino la excepción, el dogma de infabilidad del juez penal ha perdido vigencia, los errores de la justicia se atribuyen al factor humano y no a la norma, y para corregirlos se han establecido los remedios jurídicos que tienden a revocar o ha modificar las determinaciones equivocadas.

Pienso que existen errores en la actividad jurisdiccional que dan lugar a sentencias dispares, esto se debe a los siguientes factores:

1. Diferencias existentes entre los jueces en particular.
2. Diferencias entre el procedimiento adoptado con los procesados, aun cuando éstos sean juzgados por el mismo delito y en presencia prácticamente de los mismos factores.
- 3.- Diferencias relativas al tipo de delito, especialmente en los patrimoniales, en los cuales se impondrán las diferentes sanciones en razón del valor del objeto desapoderado.
- 4.- Las disparidades de sanciones entre los Códigos Penales Estatales y el Código Penal Federal.

Todo esto hace pensar en lo delicado de la función jurisdiccional y en la importancia de la selección de la persona destinada a interpretar la concreta voluntad de la ley. Esta selección se puede inspirar en varios criterios y principios que, a su vez, podrían dar lugar a diversos problemas y límites encontrados. Toda la historia de la jurisdicción pasada y presente muestra, en efecto, los grandes intereses que siempre han girado alrededor de la nominación del juez penal; intereses de carácter moral y jurídico, inspirados en la exigencia de una recta administración de la justicia; intereses de carácter político, por la influencia determinante que el juez ejerce en la vida social y por el control de un poder sobre el otro, pues al lograr la docilidad del Poder Judicial, éste resolverá los casos

según los designios del Ejecutivo en turno y dejará a un lado las garantías individuales del gobernado.

Determinada legalmente la sanción por los tribunales de justicia y agotados los remedios penales o vías de impugnación para modificarla, la sentencia se convierte en cosa juzgada y debe ser ejecutoriada. El reo pasa de una institución de preventiva a una ejecución de penas; el sentenciado que permanecía bajo el amparo del Poder Judicial, está ahora bajo la custodia de la administración penitenciaria, es decir, del Poder Ejecutivo.

Es la última etapa del sistema de administración de la justicia penal, cuyo resultado dará la pauta al Estado para evaluar su política criminal. Cada uno de sus polos (subsistemas legislativo de individualización de las sanciones, judicial de determinación de la pena e individualización de la pena-tratamiento), desarrollan una función específica del engranaje del combate a la criminalidad.

En este último supuesto, se habla de ruptura del principio de inderogabilidad de la pena, de invasión de competencias, de lo finito del Poder Judicial y del mito de la ejecución de las sanciones.

Al trabajo se les reconoce el mérito de combatir el ocio, de sacudir al detenido del aburrimiento físico y moral, de templar su cuerpo en la disciplina y sostenerlo espiritualmente haciéndolo sentir en cualquier modo útil.

El tratamiento penitenciario solamente hace prevención especial del delito, en cuanto que va dirigido únicamente a la enmienda de un individuo en particular, por tratamiento penitenciario, debemos entender el complejo de las intervenciones posibles y utilizables para los fines de la reeducación del delincuente.

En esta amplia definición confluyen todos los medios mediante los cuales, la sociedad dispone para readaptar a ese individuo llamado delincuente, y entre los cuales podemos mencionar los siguientes:

“1.- Tratamiento de tipo jurídico-criminológico basados en el trabajo penitenciario, la educación, la instrucción religiosa, los contactos del detenido con el mundo exterior por medio de los coloquios y relaciones con sus familiares, amigos y de quien constituye en el exterior un núcleo familiar; la correspondencia y la información, la visita íntima y los permisos; y las actividades culturales, deportivas y

recreativas.

2.- Tratamiento médico-quirúrgico: como la castración, la lobotomía y lobectomía, uso de psicofármacos y terapias de shock.

3.- Tratamientos psicológicos: como las técnicas psicoterapéuticas, las técnicas de group-counseling y la comunidad terapéutica.

4.- Tratamiento de tipo jurídico-administrativo: tales como las medidas alternativas a la detención, tanto para penas de corta como para penas de larga duración" (38).

El capítulo III de la Ley de Normas Mínimas bajo el título "sistema", reúne la exposición de los varios elementos del tratamiento penitenciario: en primer lugar, figura el trabajo penitenciario.

Este ha suscitado muchas discusiones en un tiempo había sido considerado como un medio de exacerbación de la pena o sea una pena en más a la pena privativa de la libertad; otras veces aplicado en manera monótona y solitario, sin ninguna intención precisa o formativa, sino como un mero entretenimiento, más adelante en el tiempo, ha sido visto con interés como instrumento para afrontar algunas necesidades de las cárceles; otras veces ha entrado en competencias con el trabajo libre y ha resentido las protestas, tanto sindicales como empresariales, quienes en más de una ocasión han auspiciado y obrado a favor de la clausura de dicho trabajo carcelario; otras veces ha sido objeto de simple comercio, asignado sin ningún destino u objeto terapéutico por algunos funcionarios públicos quienes explotan sin misericordia la mano de obra barata de los detenidos pagándoles un salario inferior al mínimo, explotando en suma, su necesidad de ganarse unos cuantos pesos para poder subsistir él y su familia.

¿El trabajo penitenciario es un derecho, una obligación o un elemento de readaptación social de los detenidos?

38.- Pág. 38 Autores Varios "Las Penas Substitutivas de Prisión" 1ª Ed. 1995 U.N.A.M.

El derecho al trabajo esta organizado por la constitución (Artículo 123 párrafo primero), y por esta razón nadie puede conculcarlo y aunque el detenido es un sujeto (hasta cierto punto), delante a la administración penitenciaria, es al mismo tiempo un sujeto de derecho, por lo que aquél debe de gozar también de esta garantía social.

Podemos llegar, a preguntarnos ¿si el trabajo para los detenidos es una obligación y que para las personas que se encuentran libres es un derecho? ¿o que el trabajo penitenciario para los detenidos es una pena más que se agrega a la pena privativa de su libertad? ¿y que, existen dos tipos de ciudadanos: de primera y segunda categoría, para los cuales el trabajo será un derecho y para los segundos una obligación?.

Me atrevo a manifestar que los detenidos siguen gozando de todos sus derechos y obligaciones que como personas poseen, salvo ya lo afirme al tratar el tema de los derechos subjetivos de los detenidos, aquellos derechos que le vienen disminuidos por una sentencia.

Ahora bien, si como hasta la fecha no existe ningún delito que imponga como pena el trabajo, en artículo 5º. Constitucional párrafo III y el artículo 81 del Código Penal Federal, queda sin materia toda vez que la autoridad judicial no puede imponer pena alguna que no este decretada como tal por alguna norma; por lo que debemos propugnar por la derogación de tales preceptos y en su lugar afirmar que el trabajo penitenciario es antes que todo una ergoterapia.

Un medio para obtener como dice el artículo 18 Constitucional, el readaptamiento social del detenido, que el trabajo penitenciario en su reglamentación se debe tomar en cuenta está su carácter porque constituye la mejor garantía frente a eventuales excesos del poder público, y no podría servir a sus fines de readaptación, aquel trabajo que no respetase escrupulosamente la dignidad del hombre y que no fuese atento a sus posibilidades y necesidades.

Con la primera Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de Libertad del Estado de México de 1966, el trabajo penitenciario deviene obligatorio únicamente para todos los detenidos-sentenciados y son exceptuados de él, a los procesados, toda vez que ha su favor opera la presunción de inocencia.

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica del trabajo penitenciario con relación a los condenados, la actual legislación penitenciaria ha permanecido fiel a los esquemas tradicionales, es decir, de pena con carácter afflictiva-explativa;

ya que mientras en la normativa constitucional, el trabajo se convierte en objeto de un derecho, privado de una específica coercibilidad; en la normativa penitenciaria, el trabajo del detenido condenado viene representando como una obligación.

Entre los fines del trabajo Penitenciario está el de enseñarles un oficio.

Para otros el trabajo tiene como fin el hacer "sentir" la falta cometida a quién cometió un ilícito penal. Es decir, la pena con sentido expiatorio, o sea, el viejo concepto que existía en un penitenciarismo caduco.

Creo que esas ideas ya deben dejarse a un lado. Hay que buscar en el trabajo la enseñanza de un oficio y la remuneración adecuada para satisfacer las necesidades del interno, de su familia y la reparación del daño ocasionado. De esta forma señalo un fin reparatorio.

Así como el derecho al trabajo está garantizado por la Constitución y nadie puede conculcarlo si no forma parte de la pena, así también, no se puede pretender que un detenido trabaje sin que venga remunerado con un salario. Si no fuese así se podría pensar que el trabajo penitenciario es una pena más que se agrega a la pena detentiva, lo que sería contrario al espíritu del 123 Constitucional.

La remuneración representa así, la suma de dinero que recibe un detenido-trabajador como resultado de un trabajo que desempeñe dentro de un instituto carcelario. En estas perspectivas, la remuneración asume un valor fundamental, no sólo por la afirmación del principio de justicia que ello comporta, en cuanto que reconoce el derecho a ser compensado por una actividad prestada, sino también por el efecto psicológico que de ello deriva.

En efecto, el hombre que desarrolla un trabajo remunerado es agradecido y se da cuenta de la utilidad del desempeño laborativo, que lo impulsa a trabajar con más ahínco para satisfacer sus necesidades y la de los suyos.

A modo de síntesis general, se afirma, que el trabajo debe dejar de ser una forma expiatoria de la pena. Tiene un declarado fin educativo, y es un poderoso resorte en la rehabilitación social de los condenados. Se apunta que en el trabajo no se debe buscar un fin utilitario, sino los propuestos en el punto anterior. Así, no debe existir el trabajo automatizado, sino el de la enseñanza de un oficio o profesión.



Además, sería de desear el otorgamiento de títulos habilitantes, sin figurar el nombre de la prisión.

Aspecto fundamental es el de la remuneración, que debe ser igual a la del obrero libre, deducidos los gastos de mantenimiento, reparación del daño, etc.

Se debe estudiar por otra parte, la inserción en los planes de economía nacional. Las licitaciones públicas, deben tener en cuenta la existencia de talleres carcelarios y se debe proveer un porcentaje de internos que pueden trabajar dichas obras.

A modo de recomendación sugiero, que se debe buscar la plena ocupación de los internos en un establecimiento carcelario, y es necesario contar con lugares apropiados, en cuanto a higiene, ventilación, salubridad. Se debe bregar por el cumplimiento de los postulados cooperativos, establecidos en la legislación penal positiva de México. De esta forma lograremos sensibilizar a nuestra sociedad sobre la recuperación de los que cometieron algún delito, y evitaremos el derrumbe moral y económico de las familias de los internos, y el auxilio positivo a las víctimas de los mismos.

Para el logro de estos objetivos, una de las principales preocupaciones de las administraciones penitenciarias, deberá ser la imaginación e inteligencia en la planificación de este postergado aspecto penitenciario. Junto a ello, los medios de comunicación masiva pueden brindar apoyo, en vez de exaltar hecho de violencia para nuestra sociedad ya bastante deteriorada en salud.

En cuanto al aspecto legislativo considero que el trabajo debe estar incluido dentro del Derecho Laboral de cada país. Además el trabajo penitenciario debe tener en cuenta las particularidades de cada país y región. Importante sería tender un puente de comunicación con el exterior, antes de las salidas que den seguridades a los internos, para combatir la enorme angustia que produce el campo de lo incierto. Esta es una de las tareas vitales de los Patronatos de Presos y Liberados, que por lo general se pierden en objetivos retóricos y de una nefasta y gris burocracia.

El Estado no debe escapar de estas preocupaciones, si realmente tiene un legítimo interés en la recuperación social de los miembros de su pueblo, aunque alguna vez transgredieron las normas penales. Los principios de justicia social, deben tener plena constatación con estos postulados, para evitar la

reincidencia y el mal lograr a hombres y mujeres recuperables.

## 4.2. REGIMENES PENITENCIARIOS ACTUALES.

Los centros penitenciarios, denominados Instituciones totales para internos residuales, controles sociales máximos con los que cuenta el Estado, presentan características de un ente vivo, por la constante interrelación de sistemas y grupos sociales que en ellos intervienen. Se ha analizado a la prisión como un medio artificial que alberga a una comunidad delincencial o sociedad de reclusos, con valores y normas propios que matizan sus relaciones y comportamiento, reproduciendo que se dan en libertad.

“La subcultura carcelaria combina estructuras sociales y de poder, elaborando su código de valores y manifestaciones específicas que regulan la vida cotidiana en el interior de los establecimientos, apreciando que las prisiones son vitrinas políticas del sistema vigentes, ya que el grado de avance de una sociedad se refleja directamente en el estado de sus prisioneros” (39).

Los problemas económicos, sociales, políticos, étnicos, educativos, culturales, de salud, de corrupción, de falta de seguridad, organización y planeación que ocurren en México. Son reproducidos a gran escala en las Instituciones por lo que el estudio de la vida intercarcelaria adquiere importancia significativa para la seguridad nacional.

En los últimos tiempos son recurrentes los disturbios en las prisiones, las escenas de violencia, corrupción y brutalidad hacen cuestionable el que a pesar del gran avance, científico y tecnológico se sigan presentando comportamientos de violencia extrema, con elevado montaje de agresividad, generando reacciones en cadena (fenómenos colectivos de alteración en prisión), ya que se ha observado que cuando surge un disturbio en una prisión, paralelamente ocurren brotes de violencia en otros, correspondiente a fenómenos cíclicos, que con cierta periodicidad vuelven a presentarse, alterando la vida carcelaria y política, con el consabido costo social que esto implica.

La complejidad en los establecimientos alerta a los especialistas a entender y resolver los problemas de convivencia de la sociedad de reclusos, el autor José Ma. Rico realiza una extraordinaria exposición de la biología de la prisión, y nos dice que "existen instintos básicos en el ser humano, como el de la guarida, que cuando se cambia de ubicación se genera angustia, otro instinto es el de huida, examinando a través de los conceptos de "distancia de huida" y "distancia crítica", esta última de gran peligrosidad, ya que de la huida pasa al ataque como una forma de instinto de supervivencia.

Los anteriores instintos adquieren su máxima expresión en la prisión, desde el shock inicial que recibe el interno al ingresar al reclusorio, a un medio ambiente donde todo es impuesto autoritariamente, las emociones, el miedo en el futuro y la gran confusión por el desconocimiento del régimen carcelario realizan una tarea de bloqueo y deformación de la personalidad. Si a lo anterior se agrega la inseguridad sobre su situación jurídica y la crisis de la pérdida de estatus social, de su situación familiar, económica y laboral, se generan manifestaciones conductuales de angustia, negación, regresión, fantasía y evasión de la realidad, para evitar el dolor que causa la reclusión.

En algunos casos, la prisión es factor reforzador del denominado "síndrome de desadaptación".

"Otro instinto que destaca en las prisiones es el de denominación y subordinación, existiendo las jerarquías sociales. Los diversos núcleos de poder real que coexisten en las instituciones, paralelamente al poder oficial de las autoridades, el código del recluso y su contraposición con las normas y reglamentos establecidos, genera un medio de relaciones de poder extremo" (40).

Se ha observado que existen en los establecimientos tres núcleos básicos de poder, el de las autoridades, el del personal de seguridad y el de grupos de internos.

1. **Las autoridades:** Generalmente es el poder reconocido, integrado por el régimen carcelario, por la normatividad penitenciaria, reglamentos y manuales, y el personal, poder legal ejercido por los directivos del establecimiento de estructura jerárquica rígida debiendo dichas autoridades contar con los siguientes requisitos: preparación especializada en administración de prisiones, vocación penitenciaria, honestidad a toda prueba, disciplina institucional y elevada moralidad (esta última por su calidad de guía en instituciones en las que se pretende la reforma de personalidades desviadas). Dependiendo de la estructura de los penales, son: el director, los subdirectores, técnico, administrativo y jurídico y los jefes de las unidades departamentales.
2. **Seguridad y custodia:** Aunque ejerce funciones de autoridad, por su estructura paramilitar y su sistema se considera una categoría separada, en la mayoría de los establecimientos es quien ejerce el poder real, llegando incluso a tener más fuerza que los directivos, no es raro ver que se prioriza la seguridad a la reincorporación del recluso; este grupo de poder manejar niveles de información y control de grupos significativos, además de contar con la mayor parte del personal de la Institución. Sus operativos y tácticas de seguridad adolecen de respeto a los derechos humanos y en frecuentes ocasiones su actuar está marcado de violencia, extorsión y brutalidad hacia los presos.

En el interior de las prisiones asignan de facto funciones de autoridad a internos que frecuentemente extorsionan a otros presos, de los estudios de campo efectuados por algunos investigadores acerca de los perfiles de personalidad de internos "comisionados", de apoyo al personal de seguridad y custodia, en los Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal, en el período de 1989 a 1992, relataron las características de. Personalidad antisocial, rasgos agresivos, bajo control de impulsos y tolerancia a la frustración, eventualmente rasgos psicopáticos, liderazgo negativo y en marcados casos habitualidad jurídica y criminológica, esto sin contar con los reportes conductuales de alteraciones en el ámbito afectivo, de adiciones y de identificación psicosexual que hace de alto riesgo su manejo de poder hacia el resto de la población. El área de seguridad y custodia dentro de las prisiones mexicanas se caracteriza por su poder y su fuerza, existiendo elementos preparados y con mística de servicio, que desgraciadamente son minoría en las instituciones.

3. **La sociedad de reclusos:** La microsociedad carcelaria se encuentra inmersa en un mundo diferente y propio, colmado de fantasías que como mecanismos de defensa recurre el interno, evadiéndose de una realidad frustrante, generadora de angustia por el ambiente despersonalizador y hostil que existe en la prisión; dando lugar a la cohesión de grupo, reforzadora de la autoestima perdida.

En numerosos establecimientos carcelarios existe sobrepoblación, hacinamiento, corrupción, tráfico de alcohol, drogas y prostitución, homosexualidad y privilegios para un cierto sector, núcleo de poder paralelo a las autoridades, que en frecuentes ocasiones cuenta con la alianza y complacencia de los directivos y del personal de seguridad y custodia, dándose el triunvirato de poder máximo que estructura a diversos centros y que cuando se desestabiliza, genera disturbios y violencia individual, como colectiva.

La conducta de la población responde a las características de sus instituciones, que varían desde la arquitectura penitenciaria, los diversos sistemas de control, tratamiento, seguridad número y calidad de personal adscrito al mismo (directivo, técnico, administrativo y de seguridad y custodia), así como la cantidad y distribución de población aprisionada y las medidas de política criminal que operan en las cárceles.

Sin embargo, se observa que existen ciertas similitudes en todas las prisiones, una de las más importantes es el denominado "proceso de prisionalización", definido por el autor Clemmer como "la adopción en mayor o menor grado de los usos, costumbres, tradiciones y cultura general de la penitenciaria" (41).

El nuevo recluso debe seguir un proceso de adaptación social semejante al de cualquier nuevo miembro de todo grupo cultural.

41.- Pág. 44 Martínez Pineda Angel "El proceso penal y su exégesis intrínseca"  
1ª Ed. 1993 Ed. Porrúa México, D. F.

A su llegada, su punto de referencia continúa siendo el mundo libre, al paso del tiempo la aculturación carcelaria provoca un sentido inverso, o sea la adaptación a la prisión, a un medio antinatural, a las normas no escritas del denominado código del recluso "conjunto explícito de valores y normas que coexisten con las reglas oficiales de la institución".

Uno de los objetivos de las normas que rigen a la sociedad de reclusos es proporcionar a sus miembros condiciones aceptables para su supervivencia en las instituciones totales.

Sin embargo, muchas de estas normas se encuentran enfocadas a los llamados antivalores e incluso a la comisión de conductas parasociales y antisociales para conseguir y mantener un estatus de poder, así vemos algunos de sus principios y manifestaciones:

- 1) No afectar o traicionar a los compañeros, en base al principio de lealtad, solidaridad y cohesión de grupo.
- 2) Obstaculizar la labor del personal penitenciario preferentemente atacando el "principio de autoridad".
- 3) Obtener a través de la manipulación condiciones de privilegios y beneficios dentro del establecimiento, como ejemplo resaltan: control de negocios, reclasificaciones a zonas privilegiadas, facilidades para las visitas familiares e íntimas, alternativas, preliberaciones, etcétera.
- 4) La sociedad de reclusos es autoritaria y rígida, y posee una estructura jerárquica. En todas las instituciones existe un grupo de dirigentes.

Una de las manifestaciones comunes dentro de la prisión es su religiosidad, situación que se plasma en las artesanías que elaboran en los diversos penales del país en los que el culto a vírgenes, santos y a otros simbolismos, como la llamada "Santa Muerte", adquiere para los presos importancia significativa.

Otras manifestaciones carcelarias son los tatuajes, dibujos sobre la

piel, elaborados con tinta vegetal a través de los cuales, los internos se autofirman ante la sociedad o al grupo al que pertenece, en este caso al carcelario. Las categorías más significativas de tatuajes, comprenden a los de identificación, de protección (figuras religiosas o mágicas), sexuales y criminológicos.

Se ha apreciado que el aglutinar personalidades con marcada proclividad delincencial, genera situaciones contaminantes e incluso patológicas, por lo que una inadecuada clasificación puede alterar severamente el orden y la estabilidad del establecimiento carcelario.

### 4.3. REGIMEN PENITENCIARIO IDEAL

A la prisión, considerada en la actualidad como el máximo control social con el que cuenta el Estado se le ha cuestionado desde sus bases teóricas, sus fines sus objetivos y principalmente su efectividad, constituyéndose en el blanco de ataque de un sistema de administración de justicia penal en crisis.

Diversos especialistas han concluido que existe una hipertrofia del sistema represivo, y eso es un peligroso indicador de la ineficacia de la política oficial y su específicamente de su política criminal y penitenciaria.

Las instituciones de ejecución de penas revisten pluralidad de objetivos, destacando entre otras retribuciones, readaptación y según Mireles, "un carácter político como una forma de control social".

"En la normatividad mexicana en materia penitenciaria no se encuentran asociados presupuestos y fines de la pena, ya que se han dejado intactas las bases sistemáticas de la teoría de la retribución, y con las recientes reformas jurídico-penales se da un abandono de concepciones de prevención especial, que habían coadyuvado a humanizar la ejecución penal y específicamente el sistema penitenciario; es más, de la concepción que el sistema debe de estar al servicio de la idea de resocialización (la pena debe de ser usada para readaptar al sujeto) surge una línea dura enfocada a la teoría de culpabilidad, que como lo menciona Rghi, retoma esquemas talionarios, retributivos de prevención general, así se aprecia que" (42).

- El art. 18 constitucional consagra la readaptación social como fin de la pena.
- El Código Penal mantiene un sistema basado en pautas retributivas y de prevención general.
  
- El Código de Procedimientos Penales está orientado a la comprobación de la culpabilidad del autor por la realización del injusto típico.
  
- La Ley de Ejecución de penas privativas de libertad para el Estado de Guanajuato está orientada claramente en criterios preventivos especiales.

“Si a lo anterior agregamos que en los últimos congresos, efectuados en materia de prevención de delito y tratamiento de delincuentes de la Organización de Naciones Unidas se ha discutido y concluido la conveniencia de reducir el número de internos en las prisiones ya que “su traumática ejecución ha sido negativa, constituyendo en la mayoría de los casos un factor criminógeno de primer orden, para la recaída o reincidencia en el delito” (43).

A través de varios siglos de existencia la cárcel ha adoptado una diversidad de modelos sistemáticos para el trato y el tratamiento del sujeto aprisionado destacando entre otros; el correccional, laboral, militar, educación, formación, médico-psiquiátrico y readaptador.

“Considerando necesaria su evolución a Instituciones de verdadero tratamiento que permitan en un futuro crear una comunidad terapéutica, que incida en la rehabilitación del desviado social y lograr su cambio en una persona apta para la libertad con un adecuado equilibrio biopsicosocial “ (44).

En lo particular me adhiero al modelo de comunidad terapéutica, a pesar de ser duramente cuestionado el “intentar readaptar” a un interno, ya que se argumenta que se viola el derecho de una persona para elegir libremente cómo quiere ser, esgrimiendo esta premisa entre otros cuestionamientos.

43.- Pág. 22 Barrita López Fernando “Delitos, sistemáticas y reformas penales”, 1ª Ed. 1995 Ed. Porrúa S. A. México D. F.

44.- Pág. 33 Op. Cit, Neuman Elías



Como se ha apreciado, las concepciones del sistema penitenciario han avanzado de manera significativa replanteando ideas tradicionales y en algunos casos estableciendo mecanismos modernos que inciden directamente en la prisión y en los hombres que en ella se encuentran reclusos.

Por lo que se propone toda una corriente de restablecimiento de un orden jurídico penitenciario que concilie el pleno derecho de los encarcelados con la observancia de normas de trato por parte de las autoridades y un sistema lógico y progresivo que permita al interno acceder y gozar del derecho de recibir tratamiento, así como dotarlo de potencialidades que los hagan apto para su vida en libertad.

En la actualidad los diversos reclusorios y centros de readaptación social existentes en el país, forman parte de un sistema complejo, que se hace necesario regular y adaptar a las necesidades vigentes, contando con una gama variada de acciones y técnicas terapéuticas, sin que se haya realizado un adecuado programa evaluatorio y de supervisión de las actividades detectándose que no es conveniente continuar utilizando una cantidad de recursos humanos, técnicos y económicos en programas readaptatorios, sin que exista una constante evaluación de los resultados.

Los medios que el tratamiento penitenciario dispone, son fundamentalmente de dos clases: preservadores y readaptadores.

Los preservadores tienden a la conservación de la vida y la salud del interno, necesidades básicas como la alimentación, la salud la seguridad, etc., y evitar los factores contaminantes de la prisión.

Los medios readaptadores son aquellos que influyen positivamente sobre la personalidad del interno y la modelan.

Al ingresar un interno al reclusorio se desarrolla una complicada maquinaria técnico-administrativa, para realizarlo a través de atención individualizada entendiéndose por tratamiento penitenciario "la aplicación intencionada a cada caso particular de aquellas influencias peculiares, específicas reunidas en una institución determinada para remover, anular o neutralizar los factores de la inadaptación social del delincuente" (45)

El Dr. Carlos Tornero Díaz elaboró en 1990, una clasificación de tratamiento con fines tanto didácticos como prácticos, que no se ha superado en la actualidad, partiendo de la idea de que la totalidad de la institución carcelaria debe de estar impregnada de la idea reeducativa y terapéutica, a continuación se ilustrará dicha clasificación.

#### 1. Tratamientos Básicos.

Deberá entenderse por tratamientos básicos, aquellos procesos dirigidos a incrementar y/o mejorar las potencialidades laborales, capacitativas y educativas de los internos que contribuyen a lograr su readaptación social.

#### II. Tratamientos de Apoyo.

Los tratamientos de apoyo consisten en las terapias médica, médica-psiquiátrica, psicoterapias individuales y de grupo y la socioterapia (constituida por la atención de visita familiar e íntima), que inducirá en el restablecimiento de la salud y en la integración al núcleo familiar y social del interno.

#### III. Tratamientos Auxiliares.

Los tratamientos auxiliares son todas aquellas acciones implementadas, técnicamente dirigidas a los internos, enfocadas a medidas preventivas, informativas y asistenciales que coadyuven en su reincorporación social y son: pláticas preventivas sobre farmacodependencia, alcoholismo, orientación sexual y familiar, la atención espiritual del voluntariado.

#### IV. Tratamiento de Inimputables.

Las medidas de seguridad para inimputables, son aquellas medidas aplicables obligatoriamente sin carácter afflictivo a los internos, en este caso, mayores de edad que presenten oligofrenia o perturbaciones psiquiátricas, que no cuentan con la capacidad decisoria de querer y entender, las medidas de seguridad consisten en atención médica, psiquiátrica, psicológica, de trabajo social, criminológica y rehabilitación.

## V. Tratamiento Preliberacional.

Por último, el tratamiento preliberacional, en institución abierta encuentra su fundamento en La Ley de Ejecución de Sanciones Privativas de Libertad (aplicable en materia federal) en que son instituciones abiertas los establecimientos destinados a los internos que por acuerdo de la autoridad competente (en este caso la Dirección General de Prevención y Readaptación Social), deban continuar en ellas el tratamiento readaptatorio mediante las medidas prevista por el artículo 8º. Frac. V de la Ley de Normas Mínimas y que son:

- Permisos de salida de fin de semana o diaria son reclusión nocturna, o bien de salidas en días hábiles con reclusión de fines de semana.
- El tratamiento preliberacional es la última fase o paso del sistema progresivo que prepara el interno a su próxima libertad, es un mecanismo gradual de libertad controlada por las autoridades, quienes deben de supervisar y proporcionar ayuda al recién liberado coadyuvando en su proceso de reinserción sobre todo en lo que respecta a los cambios bruscos, en su encuentro con la sociedad y la familia.
- Actualmente la concepción del tratamiento progresivo en México se encuentra alterada ya que la política que desde hace años viene adoptando la Dirección de Prevención y Readaptación Social, sobre el otorgamiento de beneficios preliberacionales se enfoca y condiciona a la manifestación conductual que el interno haya desarrollado en prisión y no como un paso necesariamente obligatorio, siguiendo la idea del Dr. Esteban Righi, el régimen preliberacional debe ser obligatorio, "porque, de todos modos en algún momento el encarcelamiento debe cesar y esto debe ocurrir como máximo en el plazo fijado por el juez en la sentencia. No debe supeditarse el beneficio preliberacional a que el interno haya observado buena conducta, ya que quien tuvo mal comportamiento carcelario necesita más que nadie pasar por el sistema intermedio de libertad bajo control." (46)

Como se podrá apreciar, se pretende que los centros penitenciarios no sean únicamente establecimientos de estancia controlada para internos residuales donde se apliquen acciones aisladas, sino que el tratamiento intercarcelario sea congruente con la realidad del universo aprisionado, en donde se precise la instrumentación específica de métodos para conseguir un fin que es la reincorporación social del interno.

#### **4.4. INTERVENCION DEL JUEZ EN LA EJECUCION Y COMPURGACION DE LAS PENAS.**

Desde el III Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en Palermo en 1932 se planteó la cuestión relativa a la conveniencia de sistematizar las normas legales, referentes a la ejecución de las penas y medidas en un cuerpo legal único, en un Código de ejecución penal, que comprendería todas las normas ejecutivas fundamentales, o en su caso, las disposiciones de ejecución penal en sus líneas fundamentales deberán estar contenidas en el Código Penal, el resto en un reglamento general.

Por otra parte, la ejecución de las sentencias penales, para algunos tratadistas, constituye actividad administrativa; sin embargo, para otros, la jurisdicción no se agota con las actividades de decisión de los jueces, sino que se extiende a las de ejecución.

Eugenio Cuello Calón afirma que fijar la duración de la pena y dejar indeterminado, al arbitrio de la autoridad penitenciaria, su modo de ejecución se considera contrario al principio de legalidad penal y peligroso desde el punto de vista de la protección de la libertad individual.

La administración de una prisión es cosa demasiado importante para abandonarla por completo a un carcelero. Es preciso que un inspector nombrado por los Magistrados o estos mismos hagan las visitas periódicamente a las cárceles, como se hace en hospitales, hablar con los presos, escucharles sus quejas y atender sus peticiones que se estimen justas.

La intervención judicial en la fase educativa de las penalidades es hoy uno de los más unánimes postulados de la nueva política criminal, habiendo merecido la aprobación del Congreso Internacional de París de 1937.

“No concebimos que el juez quede desligado, una vez que pronuncia un veredicto, del futuro del sancionado, porque en una comparación analógica aplicable, consideramos que un médico que receta determinadas medicinas a un enfermo, y le aconseja un tratamiento que otras manos deben cumplir, sin embargo, aunque el facultativo, o ejecuta materialmente el plan recetado, no obstante, lo lógico es que vigile el desarrollo del tratamiento, para cerciorarse de su cumplimiento y vigilar la influencia en el enfermo del indicado. De igual manera, el juez que impone la sanción en virtud de la facultad que le otorga el Estado, no debe ser eliminado, de una tutela y vigilancia sobre el proceso de ejecución de aquella, para poder ponderar directamente, el efecto de la pena o sanción como medida de curación o de mejoramiento y reducción del culpable” (47).

“Es de destacar que, desde bastante tiempo atrás, la mejor doctrina penitenciaria sostiene la necesidad de crear un juez de ejecución de sentencias, que existía rudimentariamente en la institución de la visita de cárceles. En forma relativamente moderna la legislación se inclina por la creación de esa institución de ejecución penal, basada fundamentalmente en la necesidad de contar con una garantía judicial. Claro que no se trata del mismo juez de sentencia, sino de uno diferente que no interfiera en la actividad administrativa, pero que signifique un resguardo a los derechos y garantías de los condenados” (48)

Sergio García Ramírez sostiene que la tesis jurisdiccionalista cobra o pierde apoyo en función de las autoridades que participan, de hecho y por derecho, en la ejecución de las penas. Debemos ser cautelosos aquí, sin embargo, porque no siempre coinciden la signación y las funciones; no basta con denominar juez al funcionario para que sus tareas sean verdaderamente jurisdiccionales, y es cosa de todos los días, también en la administración penitenciaria, observar el cumplimiento de tareas de jurisdicción por funcionarios administrativos.

Las razones del jurisdiccionalismo tienen como sustrato, en primer término, el temor a la arbitrariedad en el recinto penitenciario, con tanta frecuencia ejercitada, y secundamente, el propósito de concertar en unas solas manos, para dotarlo de unidad técnica, el tratamiento resocializador. Lo dicho revela una creciente desconfianza en la administración, al par que una confianza creciente, absoluta o relativa, esto es, sino por contraste con aquélla, en los dispensadores profesionales de justicia. La mera presencia de un juez en la prisión, es un alivio para el penado, en la medida en que la formación del juzgador (que podría ser entendida, y a menudo así lo es, como deformación por parte de ciertos miembros de equipo de tratamiento) tiende a preservar hasta por mera inercia, los derechos del ejecutado.

47.- Pág. Op. Cit. Revista Criminalia

48.- Pág. 13 Revista Criminalia No. 3 Septiembre-Diciembre 1995

Esta preservación puede ofrecer también una ventaja política: la intranquilidad de la opinión pública, a menudo atareada en la censura a los procedimientos carcelarios, o en el peor de los casos el endoso a la judicatura de las críticas que, de otra forma, caerían sobre el Poder Ejecutivo.

¿Es aconsejable judicializar la ejecución de las penas privativas de libertad y, en mayor o menor grado, la de las medidas de seguridad?

Esta es una cuestión de política a la que posible responder afirmativamente, aunque sin perder de vista que tal respuesta apareja, tácitamente, la descalificación del Poder Ejecutivo para el desempeño de una faena típicamente ejecutiva. Y téngase en cuenta que la idoneidad no solo obedecería a razones técnicas, que serían en fin de cuentas lo de menos, sino al temor, legalmente avalado, justificado, a la irrupción de la arbitrariedad, que es, a no dudarlo, lo de más. Obviamente, lo que en verdad interesa es entregar la ejecución a manos expertas, diestras en el tratamiento y respetuosas del ser humano, al parejo, sustrayendo en cambio tal ejecución a las manos ásperas y aptas para faena empírica que reiteradamente la han manejado. Que sean aquéllas judiciales o administrativas depende, en suma, de otros factores.

Será necesario ponderarlos antes de adelantar cada solución nacional. En este terreno, como en otros más, dudamos de las soluciones demasiado generales.- ¿Podría ser juez executor el mismo que intervino en el proceso?. Creemos que debe rechazarse esta difundida pretensión. El juez del proceso se encuentra realmente desligado del hecho penitenciario, cuya entraña ignora por completo. Su incorporación a los incidentes de la fase penitenciaria ha sido un fracaso, improvisada y enervadora. Lo que es menester subrayar, en cambio, es la urgencia de que el juez posea sólida formación criminológica. El juez executor debe ser jurista criminológico. Esta es la respuesta a las razones que le dan origen: preservación de los derechos y control técnico unitario del tratamiento.

Una verdadera individualización penitenciaria se puede lograr de mejor forma con la intervención de un juez de ejecución penal, que vigila, que resuelva, que escuche, que pueda ser rebatido mediante recursos y procedimientos ciertos y legalmente predeterminados; un juez que conozca y observe el desarrollo de la vida en prisión de cada uno de los internos, que pueda opinar sobre su tratamiento, que represente, en fin, la justicia en las prisiones.

Resulta de estricta lógica jurídica que una determinación judicial penal queda absolutamente invalidada si no se ejecuta, además que si no existe una participación judicial en la ejecución, esta autoridad desconoce las consecuencias reales de las sentencias pronunciadas.

Tradicionalmente, y esto nunca ha significado que sea ésta la mejor manera de hacer las cosas, se ha dejado en manos de la administración penitenciaria el aspecto ejecucional de la resolución judicial penal.

Sabemos que la administración que se rige por el principio de subordinación, de manera contraria respecto al poder judicial que se rige por el principio de la independencia judicial; está sujeta a presiones e instrucciones que no siempre concuerdan con el espíritu de la ley, el cual permite anular toda actitud de parcialidad o inseguridad jurídica.

Por otra parte, se reconoce actualmente que la pena tiene finalidades específicas que pueden ser desvirtuadas o mal interpretadas por las autoridades administrativas, además de que la carencia de un procedimiento judicial en algunas cuestiones como el otorgamiento de beneficios, le concede al aparato administrativo una discrecionalidad excesiva mediante la cual puede tomar decisiones que no estén fundadas y motivadas, lo cual siempre implica el riesgo de injusticias que carecen de instancia judicial para su defensa. Ello independientemente de que en estricto derecho, la modificación de la decisión judicial debería ser hecha por otra decisión judicial siguiendo el principio general respecto a la modificación de decisiones y normas, que exige que sean del mismo o mayor nivel que las modifiquen.

Así, llegamos al reconocimiento del principio de juricidad de las penas en la fase ejecutiva ya que al iniciarse un nuevo período procedimental penal, el de la ejecución de la sentencia, nacen relaciones jurídicas que demandan un órgano que las vigile y resuelva los problemas que en cuanto a su aplicación pudieran, e indudablemente será así, surgir.

Resulta claro que es importante que quede clara la necesaria interrelación y colaboración entre ambas autoridades judicial y administrativa, especialmente en el ámbito penitenciario, en el cual, al crearse la figura del Juez de Ejecución de Penas, pudiera generarse alguna confusión o inclusive una pugna, por lo que es preciso delimitar funciones del Juez de Ejecución: en cuanto a su ingerencia en los conflictos, su participación será claramente jurisdiccional, y en cuanto al desarrollo de la vida penitenciaria, la organización y prestación de los servicios de vigilancia y de la convivencia en el interior de los establecimientos, las actividades de los talleres, los servicios médicos y escolares y el tratamiento en sí mismo, se precisa su naturaleza de órgano consultivo, mismas que deberán claramente señalarse en el instrumento jurídico que le de vida, tomando en cuenta que también deberá participar en la vigilancia y control de la ejecución de penas que impliquen tratamiento en libertad de algún tipo.

Es de esa forma como encontramos justificada la figura del Juez de Ejecución de Penas, quien además será el que viva las consecuencias de la sentencia penal por parte del órgano jurisdiccional mediante el contacto permanente con la realidad de la ejecución de la pena.

Las funciones del Juez de Ejecución de penas deberán ser:

- a) Asegura, a través de las resoluciones que el cumplimiento de las penas se realice en la forma establecida por el ordenamiento jurídico.
- b) Revisar, en vía de recurso, las impugnaciones que se efectúen contra los acuerdos de los órganos administrativos penitenciarios.
- c) Colaborar con los órganos administrativos mediante la aportación de datos y sugerencias penitenciarias.

Es pues, en síntesis, la garantía de los derechos del penado por vía judicial, la misión del Juez de Ejecución.



## ARGUMENTACION.

Los motivos que me llevaron, a la relación de éste trabajo fue la investigación que llevé a cabo en diferentes centros de readaptación social del Estado.

Encontrándome y planificando con algunos internos, me comentaban que ya tenían algunos años purgando una condena, pero que desconocían de que existiera una ley donde se señalara, cuales eran los beneficios a los cuales tenían derecho.

Por lo tanto, urge una autoridad independiente del juez, que ejecutó una sentencia par que dicha autoridad, se encargue de llevar a efecto en otras palabras, de seguir el expediente del sentenciado, que no quede allí olvidado. Ya que durante todo el proceso penal, es el acusado el sujeto principal, pero cuando termina tal proceso, se le delega de la escena del drama penal, esto es cuando el juez hace su veredicto poniendo una sanción, que en ocasiones no es tan prudente en la decisión de una sentencia.

Ya que si bien es cierto, en nuestro Estado contamos con un ordenamiento legal, que en éste caso se llama Ley de Ejecución de Sanciones Privativas de la libertad para el Estado de Guanajuato, donde se enumeran algunos beneficios para el reo, o sentenciado, éstos son la preliberación, la libertad anticipada, la remisión parcial de la pena entre otras. Nada más que su aplicación está sujeta a un Comité Técnico Interdisciplinario, que por lo general nunca o rara vez aparece como parte integrante de un Centro de Reclusión.

Ahora bien, a principios de este y ante la grave situación por la que atravesaban los establecimientos penitenciarias, y en torno a la violación de los derechos humanos, la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, antes de su disolución, elaboró las primas reglas para el trato y tratamiento del delincuente, adoptadas oficialmente el 31 de julio de 1957, por la Naciones Unidas.

En la actualidad ningún tratado de Derecho Penal, en alguno de sus ordenamientos, ya sea el sustantivo o el adjetivo, puede emitir su referencia.

Un problema importante, que es preciso resolver desde antes que el interno obtenga su libertad, es el condicionamiento del medio al que a retornar. En todo caso, la estancia de un interno en la prisión no es otra cosa que una preparación para su libertad; por eso es tan importante seguir todos los pasos de un sentenciado. Dos son los problemas básicos: El Familiar y el de trabajo.

El personal custodia deberá ser preparado con mayor conciencia, porque está llamado a ser, en gran parte, la clave del éxito o del fracaso de la rehabilitación que prescriben las nuevas normas, de tratamiento. Es el personal de línea de fuego, es decir, el que se enfrentará diariamente con ejemplo y paciencia, en la vida íntima de la prisión, a los internos. Por eso su selección y adiestramiento. Digo esto porque es el personal que de no estar lo suficientemente fortalecido en inteligencia, conocimientos y moralidad, se contaminará con facilidad y pasará al campo de la corrupción y del delito rápidamente.

La readaptación social será posible y el interno volverá a ser un individuo útil a la sociedad y a su familia, si el sistema de readaptación toma como

base fundamental el respeto de la legalidad interna, que la propia normatividad lo establece.

## CONCLUSIONES.

Aunque en el marco teórico doctrinario de estos días es de generalizado conocimiento lo que debe ser y a lo que debe aspirar un régimen penitenciario moderno que responda a las proclamas de un Estado de Derecho, y que se tiene una concepción claramente diferenciada de lo que es la política criminal, de lo que es una política penal eminentemente represiva, esto es, negativa de una política penal desinstitucionalizadora, la mayoría de los sistemas penales acusan un verdadero proceso de involución y no de evolución, hay una tendencia o propuesta de derecho penal máximo y de recorte de garantías constitucionales, principalmente cuando se trata de combatir delitos de

delincuencia profesional o tráfico de drogas.

Un buen sector del régimen penal penitenciario latinoamericano es una instancia más del Ejecutivo y hasta se han llegado a crear regímenes de excepción como en los casos colombiano y peruano en que se han delegado funciones judiciales y penitenciarias a los mandos militares, lo que deviene en una abierta contradicción con cualquier razonable criterio de democracia y de respeto al Estado de Derecho y a un Derecho Penal Liberal de tipo garantista.

Antes de que nuestro sistema penitenciario llegue a los extremos de una dura militarización es menester buscar otras y mejores opciones de cumplir el objetivo de la "reinserción social", de la "readaptación social", que caracterizan a nuestros CERESOS en el Estado, para lograr – a mi juicio –, sólo nos queda una opción: la formación de un juez de penas.

Durante todo el procedimiento penal, es el acusado el actos principal que a la postre se ve delegado de la escena del drama penal cuando el juzgador habiendo hecho uso de su arbitrio que a veces no es tan prudente, le impone una sanción privativa de libertad, basándose exclusivamente en lo que su conciencia le dicta y fijando a esa pena un cuántum necesario para lograr la readaptación del reo.

Sin embargo, parece que los ojos del jurista no ven más allá de cuando se culminan las instancias legales con el dictado de esa sentencia, y es entonces, cuando el reo se convierte en un simple objeto olvidado, creo firmemente que nosotros tenemos la solución, y esta precisamente, reconocer que parte del procedimiento penal es la Ejecución.

En efecto, la fase de ejecución está destinada - como su nombre lo indica -, al Ejecutivo, quien a su vez encarga a otro organismo la vigilancia y cabal cumplimiento de los fines de la pena. Basta un mero ejemplo, en nuestro Estado contamos con un ordenamiento legal como lo es la actual Ley de Ejecución de Sanciones Privativas de la Libertad para el Estado de Guanajuato, donde se contemplan varias alternativas para el reo, beneficios tales como la preliberación, la libertad anticipada, la remisión parcial de la pena, etc., solamente que su aplicación queda sujeta a un Comité Técnico Interdisciplinario que rara vez aparece como parte integrante de un Centro de Reclusión.

Ello es así, porque es comprensible que para el Estado la administración de una fuente generadora de un ingreso, antes bien se convierte en un centro de permanente gasto no recuperable, pero que pasaría si empezamos a mejorar con la creación de una recta política penitenciaria, con la formación de patronatos para reos, con la aplicación de tratamientos resocializantes, sinceramente la cosa habrá de ser diferente.

Bajo estas premisas extender los brazos actuantes de judicializar la pena, parece ya no ser una idea descabellada como lo sugiere el propio título de la tesis que aquí pongo a su consideración.

Un órgano encargado de la ejecución de las penas, haría realidad el sueño de los penitenciaristas de quienes se apasionan con este tema. Porque a través de esta entidad jurídica, ni siquiera es que se proponga conformar un aparato burocrático más, o quizás, el origen de una nueva instancia; en cambio, sería velar por un sistema penitenciario eficiente y eficaz que a la larga redundaría en una óptima salud pública y seguridad social.

Así entonces, el juez de penas vendría a ser la única instancia – valga la expresión –, válida para terminar de raíz y a lo mejor de un solo golpe con las figuras que consuetudinariamente van agarrando forma en el fenómeno de la “sociedad carcelera”, concluiría también con figuras como la “pirámide del autoritarismo”, de las arbitrariedades en los castigos administrativos y porque no, en su caso, con la corrupción imperante hacia el interior del centro de reclusión.

El juez de penas de cumplir también con exigencias personales y



profesionales que ameritan sus análisis, y así, es bueno pedirle sin duda, una profunda vocación penitenciaria, de servicio, honestidad, probidad, rectitud y, en lo académico, preparación en la creación y formación de programas de integral reinserción social del reo, capacidad y aptitud para la formación de un diseño curricular aplicable al reo, conocimientos para la administración de un centro de reclusión, entre otras cosas, porque estimo solo así puede el reo encontrar una justa motivación en la búsqueda afanosa de su libertad.

A guisa de ser siempre tradicionalista, pongo a su consideración una serie de factores que me parecen más bien, conceptos o formas de resumir las ideas centrales de mi trabajo, y que son las siguientes:

1. La cárcel no es, en manera alguna, un elemento real de prevención del delito. Sólo deberá utilizarse en los casos en que, por las características de personalidad del procesado, que imposibiliten su tratamiento en libertad, la única opción para proteger la convivencia social sea su internamiento.
2. Las instituciones penitenciarias deberán organizarse de manera que se tenga permanentemente presente la finalidad de readaptación y el respeto a los derechos fundamentales de los internos, más allá del ministerio que históricamente ha rodeado la

ejecución de la pena de prisión.

3. La ejecución de la pena de prisión debe efectuarse dentro de un marco de absoluta legalidad, reduciendo la discrecionalidad de la actuación de las autoridades a un mínimo indispensable, en aras de la seguridad jurídica y del verdadero sentido de la pena.
4. Para una real garantía de la legalidad de la ejecución penal, se debe propugnar por la intervención del Poder Judicial en la etapa ejecutiva.
5. Se propone la creación del Juez de Ejecución de Penas, como una autoridad en el período ejecutivo, con funciones tanto de vigilancia del funcionamiento de la prisión como de resolución de los conflictos que con motivo de las relaciones jurídicas nacidas entre Estado y sentenciado, pudieran surgir, otorgándosele las facultades necesarias para intervenir en las modificaciones que a las sentencias se puedan legalmente hacer, un motivo de la readaptación del sentenciado.
6. Se debe establecer legalmente, el procedimiento para las actuaciones del Juez de Ejecución de Penas, señalando con precisión, como en todo asunto penal, términos, recursos, instancias, así como sus áreas de jurisdicción. Lo que

seguramente vendría a verse reflejado en una reforma integral a nuestra actual Ley de Ejecución de Sanciones Privativas de Libertad para el Estado de Guanajuato.

7. Las personas que se designen para el desempeño de la función de Juez de Ejecución de Penas, deberán ser peritos, además de serlo en Derecho Penal, en Derecho Penitenciario y Criminología, especialmente en Ciencia Penitenciaria.

En este mismo orden de ideas, es imperativo que para cumplir con las funciones atribuidas requiere su absoluta independencia de las autoridades administrativas y del poder ejecutivo, aunque reconociendo la colaboración entre ambas como base para el respeto al principio de legalidad que debe regir el proceso de ejecución penal.

8. La función del Juez de Ejecución de Penas deberá extenderse a la ejecución de los sustitutivos penales determinados por el Juez de la causa además de los que él mismo determine a nivel de ejecución de sentencias.

9. La participación del Juez de Ejecución de Penas en la ejecución de las sentencias permitirá una verdadera individualización

criminológica dentro de un marco de legalidad indispensables para el cumplimiento de las previsiones constitucionales y de los fines de la pena.

10. El Juez de Ejecución de Penas haría realidad el derecho a la readaptación social del sentenciado, es decir, es una manera de objetivar la norma constitucional que consagra este derecho.

Hasta aquí valen entonces, las apreciaciones que motivaron al suscrito al estudio y la investigación de un aspecto de la realidad de la dramatización penal, espero que en mis sinodales despierte la curiosidad y el ánimo de fantasear como en su oportunidad lo hice, siempre en la espera incesante de que algún día este análisis vea la luz de la reforma integral penitenciaria que reclaman los reos de nuestro Estado y quizás del país.

## BIBLIOGRAFIA

### I.- TEXTOS

- 1) Barrita López Fernando "Delitos, Sistemáticas y Reformas Penales" 1ª Ed. 1995 Ed. Porrúa S. A. México D. F.
- 2) Cafferata Nores José "Excarcelación y Exhimbición de Prisión" 1ª Ed. 1986 Ed. Depalma Buenos Aires, Argentina.
- 3) Carrará Francesco "De los Delitos y las Penas", 4ª Ed. 1981 Ed. Porrúa S. A. México.
- 4) Castillo Soberanes Miguel Angel "El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal.

- 5) Castellano Tena Fernando "Lineamientos Elementales del Derecho Pena" 8va. Ed. 1981 Ed. Porrúa S. A. México D. F.
- 6) García Ramírez Sergio "Justicia Pena" 3ª Ed. 1991 Ed. Porrúa S. A. México D. F.
- 7) Gómez Lara Cipriano "Teoría del Proceso" 7ª Ed. 1981 Ed. Harla
- 8) González de la Vega Rene "Política Criminológica Mexicana". 1ª Ed. 1993 Ed. Porrúa S. A. México D. F.
- 9) González de la Vega Rene "Reflexiones sobre el Derecho Mexicano" 1ª Ed. 1984 U. N. A. M.
- 10) Kaufman Hilde. "La Función del Concepto de la Pena en la Ejecución del Futuro", Nuevo Pensamiento Penal. Año IV. No. 5. Argentina, 1975.
- 11) Martínez Pineda Angel "El Proceso Penal y sus Exégesis Intrínseca" 1ª Ed. 1993 Ed. Porrúa México D. F.
- 12) Neuman Elias "La Sociedad Carcelaria" 3ª Ed. 1990. Depalma Buenos Aires, Argentina.
- 13) Ojea Velázquez Jorge "Derecho Punitivo" 1ª Ed. Trillas México D. F.
- 14) Ramírez Delgado Juan Manuel "Penología" 1ª Ed. 1995 Ed. Porrúa S. A. México D. F.
- 15) Reynoso Davila, Roberto "Teoría General de las Sanciones" 1ª Ed. 1996 Ed. Porrúa S. A. México D. F.
- 16) Rodríguez Manzanera Luis. "La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión".

- 17) Rodríguez Manzanera Luis. "Teoría General de las Sanciones".  
1ª Ed. 1996. Ed. Porrúa S. A. México D. F.
- 18) Reynoso Davila Roberto "Teoría General de las Sanciones" 1ª  
Ed. 1996 Ed. Porrúa S. A. México D. F.
- 19) Sánchez Galindo Antonio. "Derecho a la Readaptación Social" 1ª  
Ed. 1983 Ed. Depalma Buenos Aires Argentina.

FALTA PAGINA

No. *102*



### III.- OTRAS FUENTES.

- 1) Autores varios "Las Penas Substitutivas de Prisión". 1ª Ed. 1995  
U. N. A. M.
- 2) Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales N° 13,  
México 1984.
- 3) Revista "Criminalia No. 1 Enero-Abril 1995" Ed. Porrúa, S. A.  
México D. F.
- 4) Revista "Criminalia No. 3 Septiembre-Diciembre Ed. Porrúa 1995  
México D. F.